

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 6: Internationales Gesellschaftsrecht, Grenzüberschreitende Umwandlungen

von

Prof. Dr. Stefan Leible, Dr. Jochem Reichert, Dr. Stephan Brandes, Dr. Florian Drinhausen, Prof. Dr. Jochen Hoffmann, Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger, Dr. Florian Kienle, Matthias Lehmann, Dr. Dr. Norbert Mückl, Prof. Dr. Thomas Reith, Prof. Dr. Wolfgang Servatius, Dr. Detlef Spranger, Dr. Felix Steffek, R. Süß, Prof. Dr. Christoph Teichmann, Dr. Ulrich Thölke, Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

4. Auflage

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 6: Internationales Gesellschaftsrecht, Grenzüberschreitende Umwandlungen – Leible / Reichert / Brandes / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Gesamtdarstellungen](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 59046 7

2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

§ 37 Sanierungsmigration

Übersicht

	Rdnr.		Rdnr.
I. Begriff und Hintergründe	1–5	d) Anerkennung und Wirkung des Hauptverfahrens	42–44
II. Vor- und Nachteile einer Sanierungs- migration	6–21	3. Sekundärinsolvenzverfahren und Einschränkungen der lex fori con- cursus	45–55
1. Differenzierung und Abwägung	6	a) Grundlagen	45–47
2. Mögliche Vorteile	7–16	b) Sekundärinsolvenzverfahren und Anwendbarkeit verschiede- ner Insolvenzrechte	48–55
3. Mögliche Nachteile	17–21	V. Gesellschaftsrechtliche Aspekte	56–60
III. Migrationsmodelle und -strukturen im Überblick	22–27	1. Grundentscheidung	56–57
1. Insolvenz- und Gesellschaftsstatut .	22–23	2. Universalsukzession	58–60
2. Migrationsmodelle	24–27	a) Grenzüberschreitender Form- wechsel	58
a) Identitätsauflösende Migration .	24–26	b) Grenzüberschreitende Ver- schmelzung	59
b) Identitätswahrende Migration ..	27	c) Anwachsung	60
IV. Insolvenzrechtliche Aspekte	28–55	VI. Vertrags- und Verkehrsrecht	61–64
1. Grundlagen	28–29	1. Change-of-COMI-Klauseln	61
2. Bestimmung und Auswirkung des Insolvenzstatuts	30–44	2. Verkehrsrecht	62–64
a) EuGH-Entscheidungen <i>Euro- food</i> und <i>Interdil</i>	30–35		
b) Für Fremdgläubiger erkennba- rer effektiver Verwaltungssitz	36–40		
c) Zeitpunkt	41		

Schrifttum: *Adam*, Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz internationaler Unternehmensverbindungen, 2006; *Bachner*, The Battle over Jurisdiction in European Insolvency Law, ECFR 2006, 310–329; *Bailey/Groves*, Corporate Insolvency, 3. Aufl. 2007; *Baird/Ho*, Company Voluntary Arrangement: The Restructuring Trends, Ins Int 2007, 124–126; *Baird/Westpfahl*, How to Get Through Passport Control, ABI Journal 2007, Vol. XXVI, No. 7, 30–31, 56; *Beisel/Klumpp* (Hrsg.), Der Unternehmenskauf, 6. Aufl. 2009; *Berger*, Die Verwertung von Absonderungsgut – im Spannungsverhältnis von Bürgerlichem Recht, Insolvenzrecht und Europäischem Recht, KTS 2007, 433–450; *Bitter/Laspeyres*, Rechtsträgerspezifische Berechtigungen als Hindernis übertragender Sanierung, ZIP 2010, 1157–1165; *Blasche*, Umwandlungsmöglichkeiten bei Auflösung, Überschuldung oder Insolvenz eines der beteiligten Rechtsträger, GWR 2010, 441–445; *Bork*, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters – ein hohes Gut, ZIP 2006, 58–59; *ders.*, Einführung in das Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2009; *Brocker*, Die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, BB 2010, 971–977; *Busch/Remmert/Rüntz/Vallender*, Kommunikation zwischen Gerichten in grenzüberschreitenden Insolvenzen – Was geht und was nicht geht, NZI 2010, 417–430; *Buth/Hermanns* (Hrsg.), Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 3. Aufl. 2009; *Bungert/Schneider*, Grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften, in: *Hutter/Gruson* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Michael Gruson, 2009, 37–52; *Dave*, Der Sonderkonkurs des deutschen internationalen Insolvenzrechts, 2005; *Deyda*, Der Konzern im europäischen Internationalen Insolvenzrecht, 2007; *Duursma-Kepplinger*, Aktuelle Entwicklungen zur internationalen Zuständigkeit für Hauptinsolvenzverfahren – Erkenntnisse aus Stau-bitz-Schreiber und Eurofood, ZIP 2007, 896–903; *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* (Hrsg.), Europäische Insolvenzverordnung, 2002; *Ehricke*, Konzerninsolvenzrecht, in: Arbeitskreis Insolvenz-wesen Köln e. V. (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, 1037–1066; *Eidenmüller* (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004; *ders.*, Der Markt für interna-tionale Konzerninsolvenzen: Zuständigkeitskonflikte unter der EuInsVO, NJW 2004, 3455–3459;

ders., Finanzkrise, Wirtschaftskrise und das deutsche Insolvenzrecht, 2009; ders., Rechtsmissbrauch im Europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 137–161; ders., Wettbewerb der Insolvenzrechte?, ZGR 2006, 467–488; Eidenmüller/Frobenius/Prusko, Regulierungswettbewerb im Unternehmensinsolvenzrecht: Ergebnisse einer empirischen Untersuchung, NZI 2010, 545–550; Franz, Internationales Gesellschaftsrecht und deutsche Kapitalgesellschaften im In- bzw. Ausland, BB 2009, 1250–1259; Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2008; Freundorfer/Festner, Praxisempfehlungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung, GmbHR 2010, 195–199; Fröhlich/Sittel, Game over? Auswirkungen der Finanzmarktkrise auf die übertragende Sanierung, ZInsO 2009, 858–862; Früchtel, Die Anwachsung gem. § 738 I 1 BGB – Unbeachteter Eckpfeiler und gestaltbares Instrument des Personengesellschaftsrechts, NZG 2007, 368–372; Gebert/Fingerhut, Die Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung ins Ausland – Steuerliche Fallstricke im Licht aktueller gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen, IStR 2009, 445–449; Geva, National Policy Objectives from an EU Perspective: UK Corporate Rescue and the European Insolvency Regulation, EBOR 2007, 605–619; Godfrey, Current Developments in English Insolvency Law, IILR 2011, 545–554; Göpfert/Müller, Englisches Administrationsverfahren und deutsches Insolvenzarbeitsrecht, NZA 2009, 1057–1063; Goetker/Brinkmans, Migration als Bestandteil eines Restrukturierungsplanes, Status Recht 2008, 410–411; Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 2. Aufl. 2009; Großfeld, Die Entwicklung der Anerkennungstheorien im internationalen Gesellschaftsrecht, in: Hefermehl/Gmür/Brox (Hrsg.), Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, 1974, 199–222; Gruschinske, Die Aufrechnung in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren – Eine Untersuchung anhand der vereinheitlichten europäischen Regelungen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts, EuZW 2011, 171–176; Hackemann/Fiedler, Voraussetzungen einer Nichtigkeitsklage gegen den Beschluss der Europäischen Kommission vom 26. 1. 2011 zur Sanierungsklausel, BB 2011, 2972–2977; Hackemann/Momen, Sanierungsklausel (§ 8 c Abs. 1 a KStG) – Analyse der Entscheidungsbegründung der EU-Kommission, BB 2011, 2135–2141; Hennrichs/Pöschke/von der Laage/Klavina, Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften in Europa – Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH und ein Plädoyer für eine Neuorientierung, WM 2009, 2009–2016; Hess/Laukemann/Seagon, Europäisches Insolvenzrecht nach Eurofood – Standortbestimmung und praktische Schlussfolgerungen, IPRax 2007, 89–98; Hirte, Das Recht der Umwandlung (Teil 1), ZInsO 2004, 353–363; Hirte/Knof/Mock, Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (Teil I), DB 2011, 632–643; dies., Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (Teil II), DB 2011, 693–698; Ho, Cross-border Fraud and Cross-border Insolvency: Proving COMI and Seeking Recognition under the UK Model Law, JIBFL 2009, 537–542; Hortig, Kooperation von Insolvenzverwaltern, 2007; Hützen/Poertzgen, Insolvenzgeld für Arbeitnehmer in Deutschland bei ausländischem Insolvenzereignis am Beispiel der Niederlande, ZInsO 2010, 1719–1726; Jacoby, Der ordre public-Vorbehalt beim forum shopping im Insolvenzrecht, GPR 2007, 200–206; Kallmeyer (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 4. Auflage 2010; Kammel, Die Bestimmung der zuständigen Gerichte bei grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen, NZI 2006, 334–338; Klöhn, Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen einer Limited bei Einstellung der werbenden Tätigkeit, NZI 2006, 383–386; Köchling, Übertragende Sanierung in der Finanzmarktkrise, ZInsO 2009, 641–646; Köhler-Ma/Burkard, Deutsches Insolvenzrecht = unflexibel?, DZWIR 2007, 410–413; Knof/Mock, Anm. zu EuGH (Staubitz-Schreiber), ZIP 2006, 189–192; Kolmann, Werkstatt-Bericht zu international-insolvenzrechtlichen Fragestellungen im BenQ-Fall, in: Wächter (Hrsg.), Festschrift für Sebastian Spiegelberger zum 70. Geburtstag, 2009, 796–808; Laier, Die stille Sanierung deutscher Gesellschaften mittels eines „Scheme of Arrangement“, GWR 2011, 252–255; Leible/Staudinger, Die europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, KTS 2000, 533–575; Leithaus/Riewe, Inhalt und Reichweite der Insolvenzantragspflicht bei europaweiter Konzerninsolvenz, NZI 2008, 598–602; Leitzen, Die GmbH mit Verwaltungssitz im Ausland, NZG 2009, 728–733; Linn, Generalanwältin Kokott hält Entstrickungsvorschriften für nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar, IStR 2011, 817–821; Lüttringhaus/Weber, Aussonderungsklagen an der Schnittstelle von EuGVVO und EuInsVO, RIW 2010, 45–51; Lutter (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2009; Mankowski, Anm. zu AG München (Hettlage), NZI 2004, 450–452; ders., Anm. zu BGH, NZI 2008, 575–576; ders., Anm. zu OLG Wien, NZI 2007, 360–361; ders., Gläubigerstrategien zur Fixierung des schuldnerischen Centre of Main Interests (COMI), ZIP 2010, 1376–1386; ders., Insolvenznahe Verfahren im Grenzbereich zwischen EuInsVO und EuGVVO, NZI 2010, 508–512; ders., Keine Anordnung von Vollstreckungsmaßnahmen nach Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens in anderem Mitgliedstaat, NZI 2010, 178–179; ders., Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts durch die Eurofood-Entscheidung?, BB 2006, 1753–1758; Menjuq, EC-Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings and Groups of Companies, ECFR 2008, 135–147; Meyer-Löwy/Plank, Entbehrlichkeit des Sekundärinsol-

venenzverfahrens bei flexibler Verteilung der Insolvenzmasse im Hauptinsolvenzverfahren?, NZI 2006, 622–624; *Mock*, Handlungsoptionen bei ausufernden Sekundärinsolvenzverfahren, ZInsO 2009, 895–902; *Moore*, COMI Migration: The Future, Ins Int 2009, 25–28; *Moss/Fletcher/Isaacs* (Hrsg.), The EC Regulation on Insolvency Proceedings, 2. Aufl. 2009; *Müickl*, Steuerliche Transaktionsrisiken bei Unternehmenssanierungen in der Praxis, GWR 2010, 262–265; *Oberhammer*, Von der EuInsVO zum europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 27–67; *Omar*, Cross-border Assistance in the Common Law and International Insolvency Texts: An Update, [2009] ICCLR 379–386; *ders.*, Cross-Border Insolvency Law in the United Kingdom: An Embarrassment of Riches, (2006) 22 IL&P 132–136; *Pannen* (Hrsg.), Europäische Insolvenzverordnung, 2007; *Paterson/Elms/Fast*, Assistance to Foreign Courts in Cross-border Insolvencies, CRI 2008, 152–153; *Paulus*, Ch. G., Anm. zu High Court of Justice London, NZI 2007, 367; *ders.*, Das englische Scheme of Arrangement, ZIP 2011, 1077–1083; *ders.*, Die EuInsVO – wo geht die Reise hin?, NZI 2008, 1–6; *ders.*, Europäische Insolvenzverordnung, 3. Aufl. 2010; *ders.*, Insolvenzverwalter und Gläubigerorgane, NZI 2008, 705–710; *ders.*, Notwendige Änderungen im Insolvenzrecht?, ZIP 2005, 2301–2302; *Paulus*, R., Die ausländische Sanierung über einen Debt-Equity-Swap als Angriff auf das deutsche Insolvenzrecht, DZWIR 2008, 6–14; *Pogacar*, Rechte und Pflichten des Hauptverwalters im Sekundärverfahren, NZI 2011, 46–51; *Prager/Keller*, Die Einrede des Art. 13 EuInsVO, NZI 2011, 697–701; *Ralli*, The Battle of the Insolvency Practitioners: How does the UNCITRAL Model Law Interpret COMI?, CRI 2009, 196–197; *Reinhart*, Die Bedeutung der EuInsVO im Insolvenzeröffnungsverfahren – Besonderheiten paralleler Eröffnungsverfahren, NZI 2009, 201–208; *ders.*, Die Bedeutung der EuInsVO im Insolvenzeröffnungsverfahren – Verfahren bei internationaler Zuständigkeit nach Art. 102 EGIinsO, NZI 2009, 73–79; *Ringe*, Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation, EBOR 2008, 579–620; *ders.*, Strategic Insolvency Migration and Community Law, in: *Ringe/Gullifer/Théry* (Hrsg.), Current Issues in European Financial and Insolvency Law, 2009, 71–109; *Rotstege*, Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz in- und ausländischer Konzerngesellschaften, ZIP 2009, 955–962; *Rumberg*, Entwicklungen der Rescue Culture im englischen Insolvenzrecht, RIW 2010, 358–367; *Rutstein/Bloomberg*, A wind blows through an English brothel, CRI 2010, 156–158; *Saenger/Kloedenbrink*, Anerkennungsfragen im internationalen Insolvenzrecht gelöst? – Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 2. 5. 2006 – Rs. C-341/04 (Eurofood/Parmalat), EuZW 2006, 363–367; *Scheunemann/Hoffmann*, Debt-Equity-Swap, DB 2009, 983–986; *Schmerbach/Staufenbiel*, Die übertragende Sanierung im Insolvenzverfahren, ZInsO 2009, 458–467; *J. Schmidt*, Kurzkommentar zu High Court of Justice London v. 3. 7. 2009 (Stanford), EWIR 2009, 571–572; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht im ESUG-Entwurf, BB 2011, 1603–1610; *Schmitker/Grau*, Arbeitsrechtliche Aspekte von Unternehmensumstrukturierungen durch Anwachsung von Gesellschaftsanteilen, ZIP 2008, 394–401; *Schwenmer*, Die Verlegung des centre of main interests (COMI) im Anwendungsbereich der EuInsVO, NZI 2009, 355–359; *Semler/Stengel* (Hrsg.), Umwandlungsgesetz mit Spruchverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2012; *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, 2011; *ders.*, Insolvenzgründe in Europa – Rechtsvergleich, Regelungsstrukturen und Perspektiven der Rechtsangleichung, KTS 2009, 317–353; *ders.*, Unternehmenssanierung und Unternehmensinsolvenz – Grundzüge, Regelungsprobleme und zukünftige Herausforderungen, in: *Allmendinger/Dorn/Lang/Lumpp/Steffek* (Hrsg.), Corporate Governance nach der Finanz- und Wirtschaftskrise – Vorbilder und Ziele eines modernen Wirtschaftsrechts, 2011, 301–332; *Stoecker/Zschaler*, Internationale Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen: Die Entscheidung Seagon/Deko in der Rechtsprechung deutscher Landgerichte, NZI 2010, 757–761; *Vallender*, Aufgaben und Befugnisse des deutschen Insolvenzrichters in Verfahren nach der EuInsVO, KTS 2009, 283–329; *ders.*, Gefahren für den Insolvenzstandort Deutschland, NZI 2007, 129–137; *Virgós/Schmit*, Erläutern der Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, in: *Stoll* (Hrsg.) Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, 1997, 32–134; *Wagner*, Insolvenzantragstellung nur im EU-Ausland? Zivil- und strafrechtliche Risiken für den GmbH-Geschäftsführer, ZIP 2006, 1934–1941; *Weller*, Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England, ZGR 2008, 835–866; *ders.*, GmbH-Bestattung im Ausland, ZIP 2009, 2029–2037; *Westpfahl/Goetker/Wilkens*, Grenzüberschreitende Insolvenzen, 2008; *Westpfahl/Janjua*, Zur Modernisierung des deutschen Sanierungsrechts, Beilage zu ZIP 3/2008; *Westpfahl/Knapp*, Die Sanierung deutscher Gesellschaften über ein englisches Scheme of Arrangement, ZIP 2011, 2033–2047; *Wiedemann*, Kriterien und maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des COMI, ZInsO 2007, 1009–1017; *Willemsen/Rechel*, Das ESUG – wesentliche Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf noch auf der Zielgeraden, BB 2012, 203–206; *Windsor/Müller-Seils/Burg*, Unternehmenssanierungen nach englischem Recht – Das Company Voluntary Arrangement, NZI 2007, 7–12; *Wisskirchen/Bissels*, „Kontrollierte Insolvenz“: Arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglich-

§ 37 1–4 2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

keiten des Insolvenzverwalters, BB 2009, 2142–2147; *Wöhlert*, Umzug von Gesellschaften innerhalb Europas – Eine systematische Darstellung unter Auswertung der Entscheidungen „Cartesio“ und „Trabrennbahn“, GWR 2009, 161–163; *Ziegenhagen/Theues*, Die neue Sanierungsklausel in § 8 c Abs. 1 a KStG, BB 2009, 2116–2120.

I. Begriff und Hintergründe

- 1 Der Begriff **Sanierungsmigration** bezeichnet die Herbeiführung der Anwendbarkeit einer von der Ursprungsrechtsordnung verschiedenen Zielrechtsordnung zum Zwecke der Sanierung. Bei der Migration zu Sanierungszwecken zieht das Unternehmen aus dem Anwendungsbereich eines Rechtsregimes (Wegzugsstaat) in den Geltungsbereich eines anderen Rechtsregimes (Zuzugsstaat), um dort eine betriebs- oder finanzwirtschaftliche Krise rechtlich zu bewältigen. Die Sanierungsmigration im Sinne der gestaltenden Wahl eines sanierungsgerechten Gesellschafts- und/oder Insolvenzrechts kann somit eines von mehreren Elementen eines Sanierungsplans sein.
- 2 Erleichtert wird die Sanierungsmigration in Europa auf der **Ebene des Insolvenzrechts** durch die Zuständigkeits- und Rechtsanwendungsregeln der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO).¹ Die Verordnung erlaubt eine in weiten Teilen rechtssichere Änderung des anwendbaren Insolvenzrechts (Insolvenzstatuts), obwohl sie das sog. Forum Shopping laut Erwägungsgrund 4 gerade verhindern will.² Auf der **Ebene des Gesellschaftsrechts** hat der EuGH durch seine Rechtsprechung in *Centros*,³ *Überseering*⁴ und *Inspire Art*⁵ die Freizügigkeit der Gesellschaften in Europa gestärkt.⁶ In Reaktion darauf hat der deutsche Gesetzgeber das Sitzrecht deutscher Kapitalgesellschaften durch das MoMiG⁷ liberalisiert, welches die Wegzugsbeschränkungen in § 4 a Abs. 2 GmbHG a.F. und § 5 Abs. 2 AktG a. F. aufgehoben hat.⁸
- 3 Die Sanierungsmigration hat erst in jüngerer Zeit Einzug in die Sanierungsberatung gehalten. Zu Vorbildern sind Fälle geworden, in denen sowohl die Migration als auch die Sanierung erfolgreich waren. Dazu zählen – mit Bezug zu Deutschland – die bekannt gewordenen Beispiele **Schefenacker** (dazu ausführlich unten § 42 Rdnr. 1 ff.) und **Deutsche Nickel** (dazu eingehend unten § 42 Rdnr. 17 ff.). Allerdings sind auch problematische Migrationen publik geworden, etwa der Fall **Brochier** (dazu näher unten § 42 Rdnr. 33 ff.), und haben die rechtspraktischen Schwierigkeiten der Migration zu Sanierungszwecken vor Augen geführt.
- 4 In der Regel erfordert eine Sanierungsmigration einen nicht unerheblichen Beratungsaufwand, bringt rechtliche und tatsächliche Strukturänderungen mit sich und setzt eine rechtzeitige Planung voraus.⁹ Die Emigration deutscher Kapitalgesellschaften zur Sanierung nach England ist daher zahlenmäßig mit der Immigration englischer Kapitalgesellschaften zum Einsatz in Deutschland nicht vergleichbar. Allerdings wird die Eignung der Sanierungsmigration in Restrukturierungsfällen zunehmend geprüft¹⁰ und der Schritt in die ausländische Rechtsordnung **in spezifischen Situationen** unternommen.

¹ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, Abl. EU L 160 vom 30. 6. 2000, S. 1 ff.

² *Eidenmüller* ZGR 2006, 467, 473 ff.; *Mankowski* BB 2006, 1753, 1756.

³ EuGH NJW 1999, 2027 ff.

⁴ EuGH NJW 2002, 3614 ff.

⁵ EuGH NJW 2003, 3331 ff.

⁶ Siehe aber auch EuGH NJW 1989, 2186 ff. (*Daily Mail*) und EuGH NJW 2009, 569 ff. (*Cartesio*).

⁷ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008, BGBl. 2008, Teil I, Nr. 48 vom 28. 10. 2008, S. 2026 ff., in Kraft getreten am 1. 11. 2008.

⁸ *Franz* BB 2009, 1250, 1251.

⁹ Ähnlich *Paulus* DZWIR 2008, 6, 7.

¹⁰ *Westpfahl/Goetker/Wilkens* Grenzüberschreitende Insolvenzen S. 305.

Aus Sicht deutscher Unternehmen gilt die Aufmerksamkeit vor allem der Sanierungs- migration in die **englische Rechtsordnung**. Um einen Wegzug aus der deutschen Rechtsordnung hin zur englischen handelte es sich auch bei den drei genannten Fällen Schefenacker, Deutsche Nickel und Brochier. Das erklärt sich aus möglichen Vorteilen einer Sanierung nach englischem Recht gegenüber dem deutschen (dazu und zu möglichen Nachteilen unter Rdnr. 6–21). Entsprechend ihrer rechtspraktischen Bedeutung wird **hier ausschließlich die Sanierungsmigration von Deutschland nach England behandelt**. Darüber ist jedoch nicht zu vergessen, dass grundsätzlich auch eine Sanierungsmigration nach Deutschland in Betracht kommt, etwa mit Blick auf das Insolvenzgeld, die Eigenverwaltung, das Insolvenzplanverfahren oder die Zusammenführung sämtlicher Konzerngesellschaften in einer Rechtsordnung.¹¹

Keine Sanierungsmigration ist der Einsatz ausländischen Rechts zur **Sanierung im Wege der Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht**. Für dieses Vorgehen stehen beispielhaft die Fälle **La Seda de Barcelona**,¹² **Metrovacesa**,¹³ **Tele Columbus**¹⁴ und **Rodenstock**¹⁵ (dazu ausführlich unten § 42). Bei diesen Sanierungen spanischer bzw. deutscher Gesellschaften fand auf die relevanten Finanzierungsverträge englisches Recht Anwendung.¹⁶ Dieser Umstand erlaubte eine Sanierung im Wege eines **scheme of arrangement**¹⁷ nach englischem Recht. Im Unterschied zu einer Sanierungsmigration eröffnet diese Gestaltung die Nutzung englischen Rechts zur Restrukturierung ohne den vergleichsweise hohen Aufwand einer Migration.¹⁸

II. Vor- und Nachteile einer Sanierungsmigration

1. Differenzierung und Abwägung

Die **Vor- und Nachteile** einer Sanierungsmigration lassen sich nicht pauschal bestimmen. Sie unterscheiden sich vielmehr je nach **Perspektive**, darunter diejenige der Gesellschafter, der Geschäftsleiter, der Kreditgeber, der Arbeitnehmer und der europäischen Staaten, die im Wettbewerb der Insolvenzrechte¹⁹ stehen. In der konkreten Sanierungssituation vervielfachen sich regelmäßig die widerstreitenden Interessen wegen unterschiedlicher Ausgangssituationen innerhalb der Stakeholdergruppen: Einzelne Gesellschafter haben unterschiedliche strategische Interessen, verschiedene Gläubiger sind unterschiedlich besichert, risiko- und sanierungsgeneigt, die beteiligten Mitgliedstaaten weisen unterschiedliche Rechts- und Sanierungskulturen auf, usw.

Zudem ist eine Sanierungsmigration für die Beteiligten niemals nur mit Vor- oder nur mit Nachteilen verbunden. Vielmehr bedarf es einer **Abwägung** der Kosten und des Nutzens mit den zur Verfügung stehenden Alternativen, etwa der Nutzung englischen Rechts durch Einsatz eines scheme of arrangement ohne Sanierungsmigration, der Restrukturie-

¹¹ Vgl. *Westpfahl/Goetker/Wilkens* Grenzüberschreitende Insolvenzen S. 305 f. zu sanierungsfreundlichen Aspekten des deutschen Insolvenzrechts; für einen Zuzugsfall nach Deutschland (PIN Gruppe) siehe AG Köln NZI 2008, 257 ff.; *Eidenmüller* KTS 2009, 137, 151; *Goetker/Brünkmans* Status Recht 2008, 410.

¹² *Re La Seda De Barcelona SA* [2010] EWHC 1364 (Ch).

¹³ Dazu *Westpfahl/Knapp* ZIP 2011, 2033, 2041, 2044.

¹⁴ Vgl. *Trimast Holding Sarl v Tele Columbus GmbH* [2010] EWHC 1944 (Ch).

¹⁵ *Re Rodenstock* [2011] Bus LR 1245 = [2011] EWHC 1104 (Ch); abgedruckt in NZI 2011, 557.

¹⁶ *Westpfahl/Knapp* ZIP 2011, 2033 f.

¹⁷ Dazu § 39 Rdnr. 31–73 ff.

¹⁸ Zur Sanierung deutscher Gesellschaften im Wege eines scheme of arrangement näher § 39 Rdnr. 31–73; außerdem *Westpfahl/Knapp* ZIP 2011, 2033; *Paulus* ZIP 2011, 1077; *Laier* GWR 2011, 252.

¹⁹ *Eidenmüller/Frobenius/Prusko* NZI 2010, 545 ff.; *Ringe* EBOR 2008, 579, 582 ff.; *Eidenmüller* ZGR 2006, 467, 469; *ders.* KTS 2009, 137, 156 (Missbrauch der EuInsVO durch Mitgliedstaaten und ihre Gerichte).

§ 37 7–9 2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

rung außerhalb eines Insolvenzverfahrens nach deutschem Recht oder der Sanierung im Rahmen eines Insolvenzplans gem. §§ 217 ff. InsO.²⁰ Die nähere Zukunft wird zeigen, inwieweit das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)²¹ das rechtliche Umfeld zur Sanierung in Deutschland verbessert hat.²²

2. Mögliche Vorteile

- 7 Vorteile einer Sanierungsmigration in die englische Rechtsordnung können sich aus der im Vergleich zum deutschen Recht deutlich **liberaleren Ausgestaltung des englischen Insolvenz- und Kapitalgesellschaftsrechts** ergeben. Das englische Recht räumt in der Krise und Insolvenz der Kapitalgesellschaft größere Gestaltungsspielräume ein. Sie können vor allem von expertise-, kontroll- und verhandlungsstarken Beteiligten genutzt werden, insbesondere Mehrheitsgesellschaftern, Kreditinstituten und anderen krisenerfahrenen Akteuren. Auf der Kehrseite der Medaille finden sich allerdings Gefahren für schlecht informierte und verhandlungsschwache Beteiligte, darunter etwa Minderheitsgesellschafter und Kleingläubiger. Die Frage, ob die höhere Sanierungsfreundlichkeit des englischen Rechts im volkswirtschaftlichen Saldo nützlicher ist als der stärkere individuelle Gläubigerschutz des deutschen Rechts, ist gegenwärtig jedoch noch nicht beantwortet.²³
- 8 Die liberale Grundanlage des englischen Insolvenz- und Gesellschaftsrechts findet ihren Ausdruck im **Fehlen zivil- und strafrechtlich sanktionierter Insolvenzantragspflichten** nach dem Modell von § 15a InsO.²⁴ Die Haftung wegen wrongful trading gem. s. 214 IA 1986 greift regelmäßig erst deutlich nach Eintritt der Überschuldung ein und eröffnet so größere Spielräume für die Sanierung außerhalb eines formellen Insolvenzverfahrens.²⁵ Auch die **Gesellschafterhaftung** in Krise und Insolvenz der Kapitalgesellschaft ist im englischen Recht weit **weniger streng** als im deutschen. Beispielhaft dafür sei das Fehlen eines funktionalen Haftungsdurchgriffs in der Insolvenz genannt²⁶ und der Verzicht des englischen Rechts auf den Nachrang von Gesellschafterdarlehen im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO.²⁷
- 9 In der grundsätzlichen Gleichbehandlung von Gesellschafterdarlehen und Drittgläubigerdarlehen²⁸ kommt zudem ein prägender Strukturunterschied zwischen dem englischen und dem deutschen Recht zum Ausdruck, der in Sanierungssituationen hilfreich sein kann. Das **englische Recht erkennt eher als das deutsche formelle Rechtspositionen an** und unterwirft sie in Anerkennung der gesetzlichen bzw. privatautonomen Entscheidung nur sehr zurückhaltend einer Umqualifizierung.²⁹ Das englische Recht hat daher dogmatische Strukturen wie die im deutschen Recht bekannten eigenkapitalersetzenden Darlehen

²⁰ In dieselbe Richtung *Westfahl/Goetker/Wilkens* Grenzüberschreitende Insolvenzen S. 305.

²¹ Gesetz vom 7. Dezember 2011, BGBl. 2011, Teil I, Nr. 64 vom 13. 12. 2011, S. 2582 ff., im Wesentlichen in Kraft getreten am 1. 3. 2012.

²² Einen Überblick über die Reform geben *Hirte/Knof/Mock* DB 2011, 632 ff. (Teil 1), 693 ff. (Teil 2); *Steffek* in *Allmendinger/Dorn/Lang/Lumpp/Steffek* Corporate Governance nach der Finanz- und Wirtschaftskrise S. 301 ff.; *Willemsen/Rechel* BB 2012, 203 ff.

²³ *Steffek* Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft Kapitel 8.

²⁴ Zur umstrittenen Frage der Insolvenzantragspflicht bei deutschem Gesellschafts-, aber englischem Insolvenzstatut AG Köln NZI 2005, 564; *Leithaus/Riewe* NZI 2008, 598, 600 f.; *Wagner* ZIP 2006, 1934, 1935 ff.; zur internationalen Verweisung bei Antragstellung zum international unzuständigen Gericht AG Hamburg NZI 2006, 486, 487 (m. krit. Anm. *Mankowski*).

²⁵ Näher § 41 Rdnr. 1 ff.

²⁶ Dazu unten § 41 Rdnr. 25 ff.

²⁷ Siehe eingehend *Steffek* Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft S. 788 f.; ferner *Weller* ZIP 2009, 2029, 2032.

²⁸ Dazu im Rahmen von Debt/Equity-Swaps unter § 40 Rdnr. 30.

²⁹ Die Anerkennung formeller Rechtspositionen lässt sich zurückverfolgen zum bekannten Urteil *Salomon v Salomon & Co Ltd* [1897] AC 27, das hinsichtlich der kapitalgesellschaftsrechtlichen Haftungsbeschränkung einen formalistischen Ansatz aufweist und die Behandlung eines Gesellschafterdarlehens gleich einem Drittgläubigerdarlehen zementierte.

oder gesellschaftlicher Treupflichten grundsätzlich nicht oder allenfalls rudimentär ausgebildet.³⁰ Eine Migration vom deutschen in das englische Insolvenzrecht führt daher häufig zu einer Neuordnung der Gläubigerrangklassen, darunter insbesondere zur relativen Bevorzugung der Gesellschafterdarlehen mangels einer § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO vergleichbaren englischen Norm.³¹

Vor diesem Hintergrund erleichtert das englische Gesellschafts- und Insolvenzrecht einige Transaktionstypen, die bei Sanierungen häufig zum Einsatz kommen. Dazu gehört der **Debt/Equity-Swap**.³² Hier ermöglicht das englische Recht ein leichteres Hinausdrängen der Altgesellschafter und verringert so sanierungshemmende Blockaden.³³ Das gilt auch für die Rechtslage nach Inkrafttreten des ESUG. Dieses ermöglicht zwar den Debt/Equity-Swap im Rahmen eines Insolvenzplans.³⁴ Das englische Recht verhindert sanierungshemmende Blockaden von Altgesellschaftern jedoch nicht nur stärker im Insolvenzverfahren sondern auch in Verfahren, die eine stärkere Sanierungsorientierung aufweisen als das deutsche Insolvenzverfahren.³⁵ Eine weitere Erleichterung ergibt sich daraus, dass dissentierende Altgläubiger in verschiedenen Verfahren mit Mehrheitsentscheidungen in einen Debt/Equity-Swap eingebunden werden können.³⁶ Dies ist ein möglicher Vorteil des englischen Rechts, der nicht nur im Rahmen eines Debt/Equity-Swap für eine Sanierung entscheidend sein kann.

Das englische Insolvenzrecht erlaubt außerdem die **Einbindung von Gläubigerminderheiten gegen ihren Willen** in einer Vielzahl von Verfahrenskonstellationen. Minderheiten können insbesondere durch ein company voluntary arrangement (CVA)³⁷ oder ein scheme of arrangement gem. ss. 895 ff. CA 2006³⁸ durch Gläubigermehrheiten dazu gezwungen werden, einen Beitrag zur Sanierung zu leisten. Aber auch eine administration³⁹ kann diesen Effekt haben, nämlich wenn der Verwalter aus eigener Kompetenz Verwerfungsentscheidungen gegen den Willen und unter bestimmten Umständen sogar ohne Information der Gläubigerminderheit trifft.⁴⁰ Insbesondere außergerichtliche Sanierungen scheitern nach deutschem Recht – mit Blick auf die Akkordstörerentscheidung des BGH aus dem Jahr 1991⁴¹ – häufig an der mangelnden Zustimmung von Gläubigerminderheiten.

Sanierungsfördernd kann sich der Umstand auswirken, dass im englischen Insolvenzrecht die **Vorbefasstheit des Insolvenzverwalters** seiner Bestellung zum Verwalter eines Sanierungs- oder Insolvenzverfahrens nicht entgegensteht.⁴² Insbesondere bei sog. **pre-packs**⁴³ ist es deshalb möglich, den Verwalter bereits vor seiner Bestellung in die Restruk-

³⁰ Freilich gibt es Ansätze zur Lösung der damit verbundenen funktionalen Probleme; vgl. etwa s. 215(4) IA 1986 und s. 994 CA 2006.

³¹ Goetker/Brückmanns Status Recht 2008, 410, 411; zur insolvenzrechtlichen Qualifizierung der Eigenkapitalersatzregeln BGH NZI 2011, 818 ff.; AG Hamburg NJW-RR 2009, 483; jeweils m. w. N. zur a. A. und Diskussion.

³² Ausführlich zum Debt/Equity-Swap nach englischem Recht § 40.

³³ Näher unter § 40 Rdnr. 16 ff.; weiterhin Eidenmüller Finanzkrise, Wirtschaftskrise und das deutsche Insolvenzrecht, S. 36; Vallender NZI 2007, 129, 136 f.; Scheunemann/Hoffmann DB 2009, 983; siehe aber BGH NJW 2010, 65 zum Ausschluss sanierungsunwilliger Gesellschafter einer GmbH & Co. OHG.

³⁴ K. Schmidt BB 2011, 1603, 1608 ff.; Steffek in Allmendinger/Dorn/Lang/Lumpp/Steffek Corporate Governance nach der Finanz- und Wirtschaftskrise S. 301, 315 ff.

³⁵ Näher § 40 Rdnr. 19.

³⁶ Näher § 40 Rdnr. 26.

³⁷ Ausführlich unter § 39 Rdnr. 1 ff.

³⁸ Näher unter § 39 Rdnr. 31 ff.

³⁹ Dazu § 38 Rdnr. 58 ff.

⁴⁰ Dazu im Rahmen von pre-packs § 38 Rdnr. 100.

⁴¹ BGHZ 116, 319 ff. = NJW 1992, 967 ff.

⁴² Näher unter § 38 Rdnr. 100; außerdem Ringe in Ringe/Gullifer/Théry Current Issues in European Financial and Insolvency Law S. 71, 89.

⁴³ Eingehend unten § 38 Rdnr. 97 ff.

§ 37 13–15 2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

turierungs- und Verkaufsverhandlungen einzubinden. Das ermöglicht dem Verwalter, bereits am Tag seiner Bestellung oder nur kurze Zeit später die vor Verfahrenseröffnung abgestimmten Verhandlungsergebnisse umzusetzen. Dadurch werden die unmittelbaren und mittelbaren Kosten einer Insolvenz minimiert. Im deutschen Insolvenzrecht wurde das Ausschlusskriterium der Vorbefasstheit⁴⁴ durch das ESUG zwar etwas gelockert.⁴⁵ Der reformierte § 56 Abs. 1 InsO, der gem. § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 InsO auch auf die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters Anwendung findet, zieht die Grenzen der Vorbefasstheit jedoch viel enger als das englische Recht. Allerdings ist zu bedenken, dass das liberale englische Recht durch den Verzicht auf das Verbot der Vorbefasstheit für manche Gläubigergruppen erhebliche Gefährdungslagen schafft.

13 Sachlich eng mit diesem Problembereich verbunden ist die Einflussnahme der Gläubiger auf die Auswahl des Verwalters. Auch hier unterscheidet sich die Rechtslage in England und Deutschland erheblich. Das **englische Insolvenzrecht gestattet die Auswahl des Verwalters durch die Gläubiger** und sogar durch einzelne Großgläubiger. Gem. pp. 14 ff. Sch B1 IA 1986 kann der Inhaber einer qualifying floating charge, das sind in der Praxis vorwiegend Kreditinstitute, ohne Beteiligung des Gerichts den Verwalter einer administration bestellen.⁴⁶ Ein weiteres Beispiel ist das company voluntary arrangement (CVA), ein formelles Sanierungsverfahren, dessen Verwalter ebenfalls von Anfang an von den Gläubigern bzw. der Gesellschaft ausgewählt wird.⁴⁷ In Deutschland ist eine gesetzlich verbürgte Einflussnahme der Gläubiger auf die Person des vorläufigen Verwalters, welcher die entscheidenden Weichen stellt, zwar durch das ESUG in § 56a InsO neu geschaffen worden. Die Möglichkeiten der Einflussnahme von Gläubigern auf die Verwalterauswahl sind in Deutschland jedoch weiterhin deutlich geringer als in England.

14 Schließlich bietet das englische Recht **formelle Sanierungsverfahren** an, die **nicht mit dem Makel des Insolvenzverfahrens behaftet** sind. Namentlich genannt seien das company voluntary arrangement und das scheme of arrangement. Die Fallstudien zur Sanierung der Schefenacker Gruppe und der Rodenstock GmbH zeigen, dass diese Gestaltungsoptionen praktisch relevant sind. Bei der Sanierung der Schefenacker Gruppe verzichtete man bewusst auf die flankierende Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Form der administration wegen der damit einhergehenden negativen Publizitätswirkungen.⁴⁸ Der Fall Schefenacker offenbart noch einen weiteren Vorteil des company voluntary arrangement (CVA). Dessen Bindungswirkung konnte nicht nur für Europa, sondern auch für die USA mittels des dort geltenden Chapter 15-Verfahrens sichergestellt werden.⁴⁹ Vor diesem Hintergrund eröffnet sich die Option, eine Sanierungsmigration nach England bei Konzernen derart zu gestalten, dass Konzerngesellschaften aus anderen Rechtsordnungen in die englische Rechtsordnung migrieren, um so die **Anwendbarkeit einer Rechtsordnung für den Gesamtkonzern** zu erreichen.⁵⁰ Freilich muss dabei nicht zwingend auf ein CVA zurückgegriffen werden, sondern auch die anderen englischen Verfahrensarten sind grundsätzlich eröffnet.

15 Hinzu kommt, dass das englische Recht **Sanierungsplanverfahren** wie etwa das company voluntary arrangement (CVA) anbietet, bei denen die im Wesentlichen nur **ex post**

⁴⁴ OLG Celle NZI 2008, 551 f., 553.

⁴⁵ Dazu Steffek in *Allmendinger/Dorn/Lang/Lumpp/Steffek* Corporate Governance nach der Finanz- und Wirtschaftskrise S. 301, 307 ff.; zur Diskussion Paulus NZI 2008, 705, 706 f.; ders. ZIP 2005, 2301, 2302; Westpfahl/Janjua Beilage zu ZIP 2008/3, S. 8 ff.; Bork ZIP 2006, 58 f.

⁴⁶ Dazu näher unter § 38 Rdnr. 59, 62, 71.

⁴⁷ Eingehend unter § 39 Rdnr. 10, 24; Paulus ZIP 2005, 2301.

⁴⁸ Siehe § 42 Rdnr. 9.

⁴⁹ Näher § 42 Rdnr. 16.

⁵⁰ So geschehen im Zuzugsfall der PIN Gruppe nach Deutschland (dazu AG Köln NZI 2008, 257 ff.; Goetker/Brückmans Status Recht 2008, 410) und der Nortel Gruppe für die europäischen Konzerngesellschaften nach England (dazu *Re Nortel Networks SA* [2009] BCC 343 = NZI 2009, 450 (m. Anm. Mankowski); Mock ZInsO 2009, 895, 896 ff.).

vorgesehene Kontrolle durch Gerichte zeitliche Verzögerungen vermeidet.⁵¹ Die dadurch gestärkte Gläubigerautonomie erleichtert die zügige Durchführung der Verfahren im Unterschied zum deutschen Recht, nach dem die Gerichte das Insolvenzplanverfahren vergleichsweise stärker steuern.⁵² So greifen die Wirkungen eines CVA nach erfolgreicher Abstimmung unmittelbar,⁵³ während das deutsche Recht gem. § 248 InsO die gerichtliche Bestätigung des Insolvenzplans verlangt und weitere zeitliche Verzögerungen durch Rechtsmittel gem. §§ 253, 254 Abs. 1 InsO zulässt. Das ESUG hat ungerechtfertigte Wirksamkeitsverschleppungen von Insolvenzplänen zwar eingeschränkt, ist im Grundansatz aber nicht zu einer Kontrolle ex post übergegangen.⁵⁴

Weitere Vorteile einer Sanierungsmigration nach England können sich aus sog. **soft factors** ergeben, die in ihrer Bedeutung nicht gering zu schätzen sind: die **Vertrautheit von Investoren mit dem englischen Recht**, die **Gängigkeit der englischen Sprache**, die leichte **Verfügbarkeit von Rechtsrat** zum englischen Recht, die **pragmatisch-liberale Reputation** des englischen Wirtschaftsrechts und die **geographische Nähe** Englands.

3. Mögliche Nachteile

In den Abwägungsprozess sind jedoch auch mögliche Nachteile einer Migration in das englische Gesellschafts- bzw. Insolvenzrecht einzustellen. Wenngleich unter den aufgeführten Vorteilen auch solche sind, welche die unmittelbaren und mittelbaren Insolvenzkosten verringern, ist die Migration als solche mit **Kosten für Beratung, Struktur- und Organisationsveränderungen** verbunden. Angesichts mittlerweile vorhandener Erfahrungen der Berater und Gerichte mit Sanierungsmigrationen sind zwar nicht mehr die hohen Kosten der Pioniertage zu erwarten. Dennoch können erhebliche Kosten anfallen, weil die Sanierungsmigration kein Massengeschäft ist und die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Unter Umständen kann der erforderliche **zeitliche und organisatorische Vorlauf** einer Sanierungsmigration als Nachteil empfunden werden, insbesondere wenn die Liquiditätsslage sehr angespannt ist. Hinzu können administrative Effizienzverluste aufgrund der Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes kommen.

Nachteile können auch durch die **steuerrechtlichen Auswirkungen** einer Sanierungsmigration entstehen. Das gilt besonders dann, wenn sie die Liquiditätsslage und die Überschuldungsbilanz beeinträchtigen und so den Sanierungserfolg an sich bedrohen. Die Migration einer Gesellschaft zu Sanierungszwecken führt zu seiner Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes i.S.v. § 1 KStG, was wegen des damit verbundenen Wegfalls des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland gem. § 12 KStG als fiktive Veräußerung bzw. Überlassung unter Besteuerung der stillen Reserven führt.⁵⁵ Bei einer EU-internen Migration eröffnet § 12 Abs. 1 KStG i.V.m. § 4g EStG jedoch auf Antrag eine Streckung der Steuerlast über fünf Jahre.⁵⁶ In die steuerliche Gesamtbetrachtung sind allerdings auch erzielbare Steuervorteile durch die Sanierungsmigration einzubeziehen. Die relative Sanierungsfeindlichkeit⁵⁷ des deutschen Steuerrechts wurde durch die Statuierung

⁵¹ Dazu unten § 39 Rdnr. 25 ff.

⁵² Zutreffend *Windsor/Müller-Seils/Burg* NZI 2007, 7, 11; die schwächere gerichtliche Kontrolle ex ante führt allerdings zu einem schwächeren Individualschutz.

⁵³ Dazu unten § 39 Rdnr. 14.

⁵⁴ Siehe aber den neuen § 254 Abs. 4 InsO.

⁵⁵ Gosch/*Lambrecht* KStG § 12 Rdnr. 35; *Westpfahl/Goetker/Wilkens* Grenzüberschreitende Insolvenzen S. 315; allgemein zu steuerlichen Fragen der Verlegung der Geschäftsleitung in das Ausland *Geibert/Fingerhut* IStR 2009, 445.

⁵⁶ *Westpfahl/Goetker/Wilkens* Grenzüberschreitende Insolvenzen S. 315 f. m.w.N.; zur Frage der Vereinbarkeit von § 4g EStG mit dem Europarecht *Linn* IStR 2011, 817, 820; zur Unverhältnismäßigkeit der sofortigen Fälligkeit der Wegzugsbesteuerung EuGH DStR 2011, 2334 (*National Grid*).

⁵⁷ Dazu *Westpfahl/Goetker/Wilkens* Grenzüberschreitende Insolvenzen S. 313; *Müickl* GWR 2010, 262 ff.

§ 37 19–21 2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

einer zeitlich befristeten Sanierungsklausel in § 8 c Abs. 1 a KStG⁵⁸ betreffend Verlustabzüge vorübergehend gemildert, durch das Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz⁵⁹ wegen eines Beschlusses der Europäischen Kommission⁶⁰ jedoch wieder eingeschränkt.⁶¹

- 19 Zu einer Belastung der Restrukturierung können **rechtliche Unsicherheiten** beitragen. Zwar liegen bereits einige Erfahrungen mit Sanierungsmigrationen vor⁶² und die Rechtsprechung hat deren Voraussetzungen auf nationaler⁶³ und internationaler Ebene⁶⁴ weiter geklärt. Dennoch handelt es sich um noch nicht durchweg erschlossenes rechtliches Neuland, was zu Verunsicherungen der Beteiligten samt Transaktionskosten beitragen kann. Mit der Migration nicht einverständene Beteiligte könnten daher versuchen, die Sanierungsmigration mit der Stellung eines Antrags auf Verfahrenseröffnung im Wegzugsstaat zu erschweren. Überhaupt stellen mögliche **Sekundärinsolvenzverfahren** eine Gefahr für die Sanierung nach englischem Recht dar,⁶⁵ da der Insolvenzbeschluss der einem etwaigen deutschen Sekundärinsolvenzverfahren unterliegenden Vermögensbestandteile dazu zwingt, ergänzend die Sanierung nach deutschem Recht zu betreiben.⁶⁶
- 20 Einen **Missbrauchsvorwurf** (fraus legibus) wegen der gezielten Herbeiführung der Anwendbarkeit eines ausländischen Gesellschafts- bzw. Insolvenzstatuts brauchen die Beteiligten bei Sanierungsversuchen **jedenfalls dann nicht** zu fürchten, wenn Zweck die **Maximierung des Werts der Haftungsmasse im Interesse der Gläubigersamtheit** ist.⁶⁷ Eine andere Beurteilung kann angezeigt sein, wenn die Migration auf die Benachteiligung der Gläubiger allgemein oder einer Gläubigergruppe im Besonderen zu Gunsten der schuldnerischen Gesellschaft oder einer anderen Gläubigergruppe zielt.⁶⁸
- 21 Bei redlichen Sanierungsversuchen relevanter ist regelmäßig die Frage, ob nicht **Vorteile verloren gehen**, die unter der **deutschen Rechtsordnung** winken. Dabei ist zu denken an das Fortführungsgebot bis zum Gerichtstermin (§§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 158 InsO), das Insolvenzgeld sowie die Möglichkeit seiner Vorfinanzierung durch die Agentur für Arbeit (§§ 183 Abs. 1, 186 SGB III),⁶⁹ die durch das ESUG reformierte Eigenverwaltung

⁵⁸ Näher Neumann/Stimpel Konzern 2009, 409 ff.; Ziegenhagen/Theves BB 2009, 2116 ff.

⁵⁹ Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz – BeitrRLUmsG) vom 7. Dezember 2011, BGBl. 2011, Teil I, Nr. 64 vom 13. 12. 2011, S. 2592 ff.

⁶⁰ Beschluss der Kommission vom 26. 1. 2011 über die staatliche Beihilfe Deutschlands C 7/10 (ex CP 250/09 und NN 5/10) „KStG, Sanierungsklausel“, ABl. L 235 vom 10. 9. 2011, 26.

⁶¹ Zur Einschränkung siehe § 34 Abs. 7 c KStG; außerdem Hackemann/Momen BB 2011, 2135; Hackemann/Fiedler BB 2011, 2972.

⁶² Vgl. die Fallstudien in § 42.

⁶³ Siehe für Deutschland nur AG Köln NZI 2008, 257; AG Nürnberg NZI 2007, 185–186 und 186–187; für England nur *Hans Brochier Holdings Ltd v Exner* [2007] BCC 127.

⁶⁴ Siehe nur EuGH EuZW 2011, 912 (*Interdil*); EuGH NZI 2006, 360 (*Eurofood*).

⁶⁵ Vgl. Art. 29 lit. b) EuInsVO, § 14 InsO und den Fall *Brochier* § 42 Rdnr. 33 ff.

⁶⁶ Zu den praktisch begrenzten Handlungsoptionen bei (drohenden) Sekundärinsolvenzverfahren *Mock* ZInsO 2009, 895, 897 ff.; näher zum Umgang mit Sekundärinsolvenzverfahren unter Rdnr. 48 ff.

⁶⁷ *Eidenmüller* KTS 2009, 137, 145 ff. (betr. die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV), 147 ff. (betr. die EuInsVO); *Weller* ZGR 2008, 835, 849 ff. (betr. die EuInsVO); ähnlich *Rotstegge* ZIP 2009, 955, 961; *Duursma-Kepplinger* ZIP 2007, 896, 900 f.; vgl. BGH v. 13. 12. 2007, IX ZB 238/06, referiert von *Webel* in EWiR 2008, 181–182; eine Anfechtung der COMI-Verlegung scheidet aus, zutreffend *Weller* ZGR 2008, 835, 851.

⁶⁸ *Eidenmüller* KTS 2009, 137, 146 (betr. die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV), 150 ff. (betr. die EuInsVO).

⁶⁹ Beachte aber auch § 183 Abs. 1 S. 2 SGB III, wonach ein ausländisches Insolvenzereignis einen Anspruch auf Insolvenzgeld für im Inland beschäftigte Arbeitnehmer begründet; dazu *Hützen/Poertzgen* ZInsO 2010, 1719 ff.; zur Nichtanwendbarkeit von Art. 10 EuInsVO auf das Insolvenzgeld LAG Essen NZI 2011, 203, 205; zu Abweichungen vom deutschen Arbeitnehmerschutzrecht in der Insolvenz und Gestaltungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters *Wisskirchen/Bissels* BB 2009, 2142 ff.; zum englischen Recht vgl. ss. 182, 186 Employment Rights Act 1996.

(§§ 270 ff. InsO), das ebenfalls durch die Reform modernisierte Insolvenzplanverfahren (§§ 217 ff. InsO) und die gut erprobte übertragende Sanierung.⁷⁰

III. Migrationsmodelle und -strukturen im Überblick

1. Insolvenz- und Gesellschaftsstatut

In Vorbereitung einer Sanierungsmigration ist zuerst die Frage zu beantworten, ob die Migration nur zu einem englischen Insolvenzstatut (näher unten Rdnr. 28 ff.) oder auch zu einem englischen Gesellschaftsstatut (näher unten Rdnr. 56 ff.) führen soll. Das **Insolvenzstatut** bestimmt das anwendbare Insolvenzrecht, insbesondere das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen (vgl. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO).⁷¹ Das Insolvenzstatut erlangt aber auch schon vor Verfahrenseröffnung Bedeutung, insbesondere für die Insolvenzantragspflichten.⁷² Im Anwendungsbereich der EuInsVO, der sich auf Deutschland und das Vereinigte Königreich erstreckt,⁷³ liegt das Insolvenzstatut in demjenigen Mitgliedstaat, in dem die Gesellschaft den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen hat (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO). Außerhalb der Anwendbarkeit der EuInsVO gibt es zwei weitere Rechtsregime im englischen Recht zur Bewältigung internationaler Insolvenzen, nämlich zum einen s. 426 IA 1986 und das UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency 1997, welches seine Wirkung durch die Cross-Border Insolvency Regulations 2006⁷⁴ erlangt hat.⁷⁵

Das **Gesellschaftsstatut** bestimmt demgegenüber das anwendbare Gesellschaftsrecht, und zwar sowohl für das Innen- als auch für das Außenverhältnis (Einheitslehre⁷⁶). Das Gesellschaftsstatut ist bei einem **Zuzug** in die englische Rechtsordnung nach der Gründungstheorie zu ermitteln.⁷⁷ Das bedeutet, dass das Gesellschaftsrecht desjenigen Mitgliedstaats Anwendung findet, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet ist. Verbleibt der Sat-

⁷⁰ Zu einem Vergleich von Debt/Equity-Swap und übertragender Sanierung *Paulus* DZWIR 2008, 6, 7 ff., 10 ff.; zu Grundlagen der übertragenden Sanierung *Schmerbach/Staufenbiel* ZInsO 2009, 458 ff.; zu den Auswirkungen der Finanzmarktkrise auf die übertragende Sanierung *Köchling* ZInsO 2009, 641 ff.; *Fröhlich/Sittel* ZInsO 2009, 858 ff.; zu Problemen bei rechtsträgerspezifischen Berechtigungen *Bitter/Laspeyres* ZIP 2010, 1157 ff.

⁷¹ Zur Rechtsnatur von Art. 4 EuInsVO als Kollisionsnorm EuGH NZI 2009, 741, 743 (Tz. 37) – *German Graphics*.

⁷² Zur Relevanz des Insolvenzstatuts für die Insolvenzantragspflichten *Westpfahl/Goetker/Wilkens* Grenzüberschreitende Insolvenzen S. 341; *Leithaus/Riewe* NZI 2008, 598, 599 f.

⁷³ Näher zum Anwendungsbereich aus englischer Sicht *Fletcher* bzw. *Marks* in *Moss/Fletcher/Isaacs* The EC Regulation on Insolvency Proceedings S. 41 ff.; beachtenswert ist insbesondere die Anwendbarkeit der EuInsVO auf das CVA (aaO, S. 43) einerseits und die Nichtanwendbarkeit auf das administrative receivership, internationale Insolvenzen mit COMI außerhalb der EU und schemes of arrangement gem. s. 895 CA 2006 andererseits (aaO, S. 42 f., 45, 215); zu den Voraussetzungen des grenzüberschreitenden Bezugs AG Hamburg NZI 2009, 343, 344 (Vorhandensein eines Gläubigers in einem anderen Mitgliedstaat genügt); zur Anwendbarkeit auf Gesellschaften mit Satzungssitz außerhalb und COMI innerhalb eines Mitgliedstaats High Court of Justice Leeds ZIP 2004, 1769 = *Re Ci4net.com Inc* [2005] BCC 277, 280.

⁷⁴ SI 2006/1030; in Kraft ab 4. 4. 2006.

⁷⁵ Dazu *Omar* (2006) 22 IL&P 132 ff. mit tabellarischer Darstellung der geographischen Anwendungsbereiche; siehe weiterhin *ders.* [2009] ICCLR 379 ff. und *Paterson/Elms/Fast* CRI 2008, 152, 153 zu neuerer Rechtsprechung; für einen Überblick zur Rechtslage in Deutschland jenseits der EuInsVO *Bork* Einführung in das Insolvenzrecht S. 244 ff.

⁷⁶ BGH DNotZ 2000, 782, 785; zur sachlichen Reichweite des Gesellschaftsstatuts *Leitzen* NZG 2009, 728 f.

⁷⁷ Zur Geltung der Gründungstheorie in England *Banque Internationale de Commerce de Petrograd v Goukassow* [1923] 2 KB 682, 691; vgl. ss. 1044 ff. CA 2006 (Overseas Companies); zur Behandlung des Zuzugs aus deutscher Sicht BGH NJW 2005, 1648; MünchKommAktG/Heider § 5 Rdnr. 23; allgemein zur Gründungstheorie *Eidenmüller* in: *Eidenmüller* Ausländische Kapitalgesellschaften § 1 Rdnr. 2 f.; *Michalski/Leible* GmbHG Syst. Darst. 2 Rdnr. 7 ff.; zur historischen Entwicklung der Gründungstheorie im englischen Recht *Großfeld* in FS Westermann S. 199, 200 ff. m. w. N.

§ 37 24–26 2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

zungssitz in Deutschland, verweist das englische Recht endgültig⁷⁸ auf das deutsche Gesellschaftsstatut zurück.⁷⁹ Für den **Wegzug** aus der deutschen Rechtsordnung ist die Rechtslage differenziert zu beurteilen (Verwaltungssitzverlegung, Herausumwandlung, Herausverschmelzung, Anwachsungslösung) und teilweise unklar.⁸⁰ Vor dem Hintergrund der Liberalisierung des Sitzrechts deutscher Kapitalgesellschaften durch das MoMiG per Aufhebung der Wegzugsbeschränkungen in § 4a Abs. 2 GmbHG a.F. und § 5 Abs. 2 AktG a.F. sprechen die besseren Gründe für die Zulässigkeit einer Verlegung des Verwaltungssitzes nach England unter Verbleib des Satzungssitzes in Deutschland.⁸¹ Die gegenwärtig bestehenden rechtlichen Unsicherheiten lassen sich jedoch durch Gestaltungslösungen (Verschmelzung, Anwachsung) weitgehend vermeiden.⁸² Eine Klärung durch die noch ausstehende Verabschiedung der europäischen Sitzverlegungsrichtlinie⁸³ und des deutschen Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen⁸⁴ ist allerdings weiterhin wünschenswert.

2. Migrationsmodelle

- 24 **a) Identitätsauflösende Migration.** Sanierungsmigrationen können weiterhin danach unterschieden werden, ob es sich um eine identitätsauflösende oder eine identitätswahrende Migration handelt. Bei der **identitätsauflösenden Migration** werden die das Unternehmen ausmachenden Vermögensgegenstände (Aktiva und Passiva) auf einen neuen Unternehmensträger, namentlich eine Limited oder plc mit Satzungssitz in England, übertragen. Das kann entweder im Wege der Universal- oder der Singularsukzession geschehen.
- 25 In der Praxis dominiert die **Universalsukzession**. Rechtstechnisch kommen dafür drei Wege unterschiedlicher Eignung in Betracht (ausführlicher unten Rdnr. 58 ff.):⁸⁵ (1) ein grenzüberschreitender Formwechsel gem. §§ 190 ff. UmwG; (2) eine grenzüberschreitende Verschmelzung gem. §§ 122a–122l UmwG auf eine englische Gesellschaft oder (3) die Umwandlung in eine GmbH & Co. KG unter Beteiligung der späteren englischen Gesellschaft als Komplementärin, gefolgt von einer Universalsukzession im Wege der Anwachsung gem. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB, § 738 Abs. 1 S. 1 BGB (englisch: collapse merger) durch Austritt⁸⁶ aller Gesellschafter außer der englischen Komplementärin.
- 26 Weniger gebräuchlich ist die identitätsauflösende Migration im Wege der **Singularsukzession**. Dabei werden die das Unternehmen ausmachenden Vermögensgegenstände (Aktiva und Passiva) im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf den neuen Unternehmensträger, etwa eine Limited mit Satzungssitz in England, übertragen. Der ursprüngliche Unternehmensträger wird anschließend liquidiert und aus dem Register gelöscht. Die gesonderte Übertragung der Aktiva wäre jedoch gerade in der Krisensituation wenig praktikabel, wäh-

⁷⁸ Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB.

⁷⁹ Beisel in Beisel/Klumpp Der Unternehmenskauf Rdnr. 82.

⁸⁰ Vgl. EuGH NJW 2009, 569 (Cartesio); BGH BGHZ 178, 192 = NJW 2009, 289 (Trabrennbahn); für einen kritischen Überblick Hennrichs/Pöschke/von der Laage/Klavina WM 2009, 2009 ff.; Leitzen NZG 2009, 728 ff.; Wöhlert GWR 2009, 161; näher unten Rdnr. 58 ff.

⁸¹ So auch die Gesetzesbegründung zum RegE MoMiG v. 25. 7. 2007, BT-Drs. 16/6140, S. 29; ebenso Wöhlert GWR 2009, 161.

⁸² Dazu unten Rdnr. 59 f.

⁸³ Die Arbeiten an der Richtlinie sind ad calendas graecas verschoben; vgl. Commission Staff Working Document: Impact Assessment on the Directive on the Cross-Border Transfer of Registered Office v. 12. 12. 2007, SEC(2007) 1707.

⁸⁴ Aktuell liegt nur ein – anscheinend nicht weiter verfolgter – Referentenentwurf des BMJ von Anfang 2008 vor; dazu Rotheimer, Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht, NZG 2008, 181–182.

⁸⁵ Westpfahl/Goetker/Wilkens Grenzüberschreitende Insolvenzen S. 330; Vallender NZI 2007, 129, 130 f.

⁸⁶ Alternativ durch Übertragung der Anteile der GmbH und des/der Kommanditisten auf die englische Gesellschaft.

rend die Übertragung der Verbindlichkeiten – abgesehen von §§ 613a BGB, 25 HGB – der Zustimmung jedes einzelnen Gläubigers bedürften.⁸⁷

b) Identitätswahrende Migration. Bei der **identitätswahrenden Migration** bleibt der bisherige Unternehmensträger erhalten. Ziel ist mithin die Sanierung der Gesellschaft (im Unterschied zum Unternehmen). Die identitätswahrende Migration ist nur im Wege der Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nach England unter Verbleib des Satzungssitzes in Deutschland möglich. Die zusätzliche oder alleinige Verlegung des Satzungssitzes nach England scheidet wegen § 4a GmbHG und § 5 AktG aus („Ort im Inland“). Danach muss der Satzungssitz zwingend in der Bundesrepublik Deutschland liegen.⁸⁸ Da bei der identitätswahrenden Migration das Gesellschaftsstatut also in der deutschen Wegzugsrechtsordnung bleibt und nur das Insolvenzstatut in die englische Zuzugsrechtsordnung verlegt wird,⁸⁹ können dabei die Vorteile des englischen Gesellschaftsrechts⁹⁰ nicht genutzt werden. In der Praxis wird daher meist die Umwandlung in eine englische Gesellschaftsform bevorzugt.⁹¹

IV. Insolvenzrechtliche Aspekte

1. Grundlagen

Auf der Ebene des Insolvenzrechts steht bei der Sanierungsmigration die Verlegung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen der Gesellschaft i. S. v. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO von Deutschland nach England im Vordergrund. Der **Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen** – englisch **centre of main interests (COMI)** – ist gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO maßgebliches Tatbestandsmerkmal für die internationale Zuständigkeit der Insolvenzgerichte der europäischen Mitgliedstaaten.⁹² Gem. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO gilt für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen grundsätzlich das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats, in dem das Verfahren eröffnet wird. Zur Erreichung eines englischen Insolvenzstatuts als Grundlage der Restrukturierung gilt es also, den COMI nach England zu verlegen.

Die **bloße Verlegung des Satzungssitzes nach England genügt nicht für einen englischen COMI**.⁹³ Zwar wird gem. Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO bei Gesellschaften und juristischen Personen bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen der Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist. Am Beispiel der fehlgeschlagenen Migration im Fall Brochier wurde jedoch deutlich, dass im Rahmen englischer Insolvenzverfahren zum einen sorgfältige und wahrheitsgemäße Angaben zum COMI zu machen sind, falls dieser vom Satzungssitz abweicht, und zum anderen das englische Insolvenzstatut keinen sicheren Bestand hat, wenn es fehlerhaft unter Hinweis auf den vom COMI abweichenden Satzungssitz begründet wurde.⁹⁴

2. Bestimmung und Auswirkung des Insolvenzstatuts

a) EuGH-Entscheidungen Eurofood und Interdil. Entscheidend ist mithin, welche Schritte für die Verlegung des COMI von Deutschland nach England unternommen werden müssen. Die trennscharfe und rechtssichere Auslegung des COMI bereitete

⁸⁷ Westpfahl/Goetker/Wilkens Grenzüberschreitende Insolvenzen S. 330; Hirte ZInsO 2004, 353.

⁸⁸ MünchKommGmbHG/J. Mayer § 4a Rdnr. 10 (für die GmbH); Hüffer AktG § 5 Rdnr. 13 (für die AG).

⁸⁹ Westpfahl/Goetker/Wilkens Grenzüberschreitende Insolvenzen S. 273 f., 340 ff.

⁹⁰ Dazu oben Rdnr. 7 ff.

⁹¹ So in den Sanierungsfällen Schefenacker und Deutsche Nickel; vgl. aber auch AG Köln NZI 2008, 257 zur Migration der Holding der PIN Gruppe nach Deutschland, bei der der Satzungssitz in Luxemburg verblieb.

⁹² Zur Zuständigkeit bei Insolvenzanfechtungsklagen gegen Anfechtungsgegner mit Sitz im Ausland EuGH NJW 2009, 2189 (Deko Marty); BGH NJW 2009, 2215; Stoecker/Zschaler NZI 2010, 757; keine Anwendung findet die EuInsVO in Dänemark (siehe Erwägungsgrund 33 EuInsVO).

⁹³ Ebenso Schwemmer NZI 2009, 355.

⁹⁴ Dazu unter Darstellung der Normzusammenhänge unter § 42 Rdnr. 34 ff.

§ 37 31, 32 2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

anfangs noch Schwierigkeiten, hat mittlerweile aber ein handhabbares Niveau erreicht. Hintergrund des Auslegungsbedürfnisses ist, dass die EuInsVO keine Legaldefinition bereithält. Einen gewissen Anhaltspunkt bietet immerhin Erwägungsgrund 13 der EuInsVO, wonach als Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen der Ort gelten sollte, an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht, und damit für Dritte feststellbar ist.

31 Die Leitentscheidungen *Eurofood*⁹⁵ und *Interedil*⁹⁶ des EuGH sowie Entscheidungen nationaler Gerichte haben den Voraussetzungen des COMI mittlerweile verlässliche Konturen gegeben.⁹⁷ Danach steht fest, dass der unmittelbar für Art. 3 Abs. 1 EuInsVO und mittelbar für Art. 4 Abs. 1 EuInsVO relevante Anknüpfungstatbestand des COMI **verordnungsautonom** auszulegen ist.⁹⁸ Damit gilt im Anwendungsbereich der EuInsVO ein einheitliches Verständnis des COMI; nationale Rechtsvorschriften sind nicht zur Auslegung des Merkmals heranzuziehen.⁹⁹ Der COMI ist auch in Konzernsachverhalten **für jede Gesellschaft getrennt** zu bestimmen.¹⁰⁰ Dasselbe gilt für die Erstreckung eines bereits eröffneten Insolvenzverfahrens auf eine zweite Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat, etwa wegen Vermögensvermischung.^{100a}

32 Ausgangspunkt der Rechtsanwendung ist die an den **Satzungssitz** geknüpfte **Vermutung** gem. Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO. Befinden sich die Verwaltungs- und Kontrollorgane einer Gesellschaft am Ort ihres satzungsmäßigen Sitzes und werden die Verwaltungsentscheidungen der Gesellschaft für Dritte feststellbar an diesem Ort getroffen, kommt eine Widerlegung der Vermutung nach der *Interedil*-Entscheidung nicht mehr in Frage.¹⁰¹ Befindet sich der Ort der Hauptverwaltung einer Gesellschaft aus der Sicht von Dritten hingegen nicht am Ort des satzungsmäßigen Sitzes, kann die Vermutung widerlegt werden.¹⁰² Die Vermutung ist entkräftet, wenn objektive und für Dritte feststellbare Elemente belegen, dass in Wirklichkeit die Lage nicht derjenigen entspricht, die die Verortung der hauptsächlichen Interessen an dem satzungsmäßigen Sitz widerspiegeln soll.¹⁰³ Entscheidend ist mithin die **tatsächliche Belegenheit** des COMI, nicht der Satzungssitz.¹⁰⁴

Das Arrondissementsgericht Amsterdam hat für die Widerlegung der Vermutung verlangt, dass die Aktivitäten in dem anderen Mitgliedstaat diejenigen in dem Sitzstaat umfangmäßig ganz erheblich übersteigen.¹⁰⁵ Der EuGH hat den Abwägungsvorgang in der *Interedil*-Entscheidung offener beschrieben, nämlich als **Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls**.¹⁰⁶ Auf dieser Linie liegt das englische Leiturteil des Court of Appeal in der Sache *Stanford International Bank*. Danach bemisst sich die Widerlegung der Vermutung danach, ob die hauptsächlichen Interessen unter Berücksichtigung qualitativer und quantitativer Elemente überwiegend nicht im Mitgliedstaat des Satzungssitzes, sondern in einem anderen Mitgliedstaat liegen.¹⁰⁷

⁹⁵ NZI 2006, 360 (*Eurofood*).

⁹⁶ EuZW 2011, 912 (*Interedil*).

⁹⁷ Für einen Überblick zur Rechtslage vor *Eurofood* MünchKommInsO/Reinhart EuInsVO Art. 3 Rdnr. 7 ff.

⁹⁸ EuGH NZI 2006, 360, 361 (Tz. 31); EuGH EuZW 2011, 912, 914 (Tz. 43 f.); EuGH NZI 2012, 147, 149 (Tz. 31); AG Hamburg NZI 2006, 120, 121.

⁹⁹ Weller ZGR 2008, 835, 854.

¹⁰⁰ EuGH NZI 2006, 360, 361 (Tz. 30); Moss/Smith in Moss/Fletcher/Isaacs The EC Regulation on Insolvency Proceedings S. 258.

^{100a} EuGH NZI 2012, 147, 149 (Tz. 27 ff.) – Rastelli.

¹⁰¹ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 50).

¹⁰² EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 51).

¹⁰³ EuGH NZI 2006, 360, 361 (Tz. 34); EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 51).

¹⁰⁴ Vgl. High Court of Justice Leeds NZI 2005, 467 (*MG Rover*).

¹⁰⁵ Arrondissementsgericht Amsterdam ZIP 2007, 492 = *BenQ Mobile Holding BV* [2008] BCC 489; dazu Paulus EWiR 2007, 143 f.; für eine instruktive Fallstudie zum BenQ-Fall siehe Kolmann in Wachter Festschrift Spiegelberger S. 796 ff.

¹⁰⁶ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 52).

¹⁰⁷ *Re Stanford International Bank Ltd* [2011] BCC 211, 257 f. (CA).

Die **Beweislast** für die Widerlegung der Vermutung wird von der englischen Rechtsprechung demjenigen zugewiesen, der die Vermutung widerlegen will.¹⁰⁸ Der aus der deutschen Rechtsordnung bekannte Amtsermittlungsgrundsatz¹⁰⁹ gilt bei Verfahrenseröffnung in England also grundsätzlich nicht.¹¹⁰ Das Tatbestandsmerkmal des COMI ist zwar verordnungsautonom auszulegen; bei der Feststellung des COMI wenden die Gerichte jedoch das nationale Verfahrensrecht an.^{110a} Gelingt der Nachweis, dass der COMI in einem anderen Mitgliedstaat als der Satzungssitz liegt, jedoch nicht, bleibt es bei der Vermutung gem. Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO.¹¹¹

Mit der Entscheidung für **objektive** und für **Dritte feststellbare Kriterien** erteilte der EuGH schon in der *Eurofood*-Entscheidung dem bis dahin teilweise vertretenen mind of management-Ansatz eine Absage.¹¹² In der *Interedil*-Entscheidung hat der EuGH die Maßgeblichkeit objektiver und zugleich für Dritte feststellbarer Kriterien erneut im Interesse der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit betont.¹¹³ Folglich ist kein tauglicher Maßstab, an welchem Ort nach der unternehmensinternen Perspektive die Kontrolle über die wesentlichen wirtschaftlichen Entscheidungen (Personal, Finanzen, Strategie, Rechnungslegung, Einkauf, Marketing) ausgeübt wird.¹¹⁴ Aus den Entscheidungen *Eurofood* und *Interedil* ergibt sich außerdem die Tendenz, nicht auf den Ort der Geschäftstätigkeit abzustellen (business activity-Ansatz).¹¹⁵ Denn nach der Logik beider Entscheidungen ist es möglich, dass der COMI in einem anderen Mitgliedstaat liegt als in demjenigen, in dem die Gesellschaft ihrer werbenden Tätigkeit nachgeht.¹¹⁶

Die Entscheidungen *Eurofood* und *Interedil* gehen vielmehr dahin, den **effektiven Verwaltungssitz**¹¹⁷ zum maßgeblichen Element zu erklären, d.h. den Ort, an dem die wesentlichen Geschäftsleitungsmaßnahmen durchgeführt werden.¹¹⁸ Besonders deutlich wird

¹⁰⁸ High Court of Justice London ZIP 2009, 1776, 1777 = *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch); *Moss/Smith in Moss/Fletcher/Isaacs* The EC Regulation on Insolvency Proceedings S. 254; vgl. *Duursma-Kepplinger* ZIP 2007, 896, 899.

¹⁰⁹ BGH NJW 2012, 936 f.; *Paulus* EuInsVO Art. 3 Rdnr. 17; *Klöhn* NZI 2006, 383 f.; ausführlich zum Meinungsbild *Adam* Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz internationaler Unternehmensverbindungen S. 49 ff.; *Deyda* Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht S. 48 ff.

¹¹⁰ *Bachner* ECFR 2006, 310, 322 f.; *Menjuq* ECFR 2008, 135, 139 f.; vgl. *Re Stanford International Bank Ltd* [2011] BCC 211, 257 (CA).

^{110a} BGH NJW 2012, 936 f.

¹¹¹ MünchKommInsO/Reinhart EuInsVO Art. 3 Rdnr. 5.

¹¹² Zum mind of management-Ansatz vgl. High Court of Justice Leeds NZI 2004, 219, 221 f. (in deutscher Übersetzung) = *Re Daisytek-ISA Ltd* [2003] BCC 562; High Court of Justice Leeds NZI 2005, 467, 468 f. (*MG Rover*) m. krit. Anm. *Penzlin/Riedemann*; *Eidenmüller* KTS 2009, 137, 158 stellt zu Recht fest, dass es sich bei der Berufung auf das Element der Dritterkennbarkeit in *Daisytek* und *MG Rover* jeweils um ein Lippenbekenntnis handelt.

¹¹³ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 49).

¹¹⁴ EuGH NZI 2006, 360, 361 (Tz. 36): „reicht die Tatsache allein, dass ihre wirtschaftlichen Entscheidungen von einer Muttergesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat kontrolliert werden oder kontrolliert werden können, nicht aus“; dem folgend EuGH NZI 2010, 156, 158 (*MG Probud Gdynia*); *Re Lennox Holdings* [2009] BCC 155.

¹¹⁵ Zutreffend *Weller* ZGR 2008, 835, 856 f.; a. A. *Schwemmer* NZI 2009, 355, 356; *Hess/Laukemann/Seagon* IPRax 2007, 89, 90; *Wiedemann*, ZInsO 2007, 1009, 1013; *Kammel* NZI 2006, 334, 336.

¹¹⁶ Vgl. EuGH NZI 2006, 360, 361 (Tz. 36 f.); EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 52); näher *Weller* ZGR 2008, 835, 856 f.; *Paulus* NZI 2008, 1, 2.

¹¹⁷ Zur Auslegung dieses Begriffs unten Rdnr. 36 ff.

¹¹⁸ *Moss/Smith in Moss/Fletcher/Isaacs* The EC Regulation on Insolvency Proceedings S. 255; *Moore* Ins Int 2009, 25, 26; *Weller* ZGR 2008, 835, 856; *Ringe* EBOR 2008, 579, 589; *Rotstegge* ZIP 2008, 955, 959; *Goetker/Brinkmans* Status Recht 2007, 410; *Mankowski* BB 2006, 1753, 1755; *Deyda* Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht S. 121 ff.; a. A. MünchKommInsO/Reinhart EuInsVO Art. 3 Rdnr. 31 ff. (arg. a maiore ad minus aus Art. 2 lit. h) EuInsVO), siehe aber Rdnr. 35; *Pannen/Pannen* EuInsVO Art. 3 Rdnr. 41 ff.; *Geva* EBOR 2007, 605, 611 f. (Gesamtbetrachtung); für die Anknüpfung an den effektiven Verwaltungssitz bereits vor bzw. unabhängig von der *Eurofood*-

§ 37 35 2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

dies in der *Interdil*-Entscheidung daran, dass eine Widerlegung der Vermutung gem. Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO ausscheidet, wenn sich die Verwaltungs- und Kontrollorgane der Gesellschaft am Ort ihres satzungsmäßigen Sitzes befinden und dort für Dritte feststellbar die Verwaltungsentscheidungen getroffen werden.¹¹⁹ Im Unterschied zum mind of management-Ansatz muss der effektive Verwaltungssitz jedoch im Interesse der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit **objektiv und für Dritte feststellbar** sein.

- 35 Mit Blick auf die Leichtigkeit von **COMI-Verlagerungen** geht der EuGH damit einen **Mittelweg**. Eine COMI-Verlegung setzt einerseits mehr voraus als die bloße Kontrolle durch eine Konzernmutter mit COMI im Zuzugsstaat.¹²⁰ Andererseits werden COMI-Verlagerungen selbst für Gesellschaften mit lokal gebundener Geschäftstätigkeit (Betriebs- und Vertriebsstätten, regionale Märkte, Grundeigentum, Finanzierungsverträge etc.) nicht von vornherein ausgeschlossen.¹²¹ In der *Interdil*-Entscheidung wies der EuGH, veranlasst durch den vorgelegten Fall, darauf hin, dass die Gesamtbetrachtung zwar unter anderem zu berücksichtigen habe, an welchen Orten die Schuldnergesellschaft eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübe, an welchen Orten sie Vermögenswerte besitze und an welchen Orten Finanzierungsverträge bestünden, sofern diese Orte für Dritte erkennbar seien.¹²² Diese Faktoren führten jedoch nur dann zur Widerlegung der Vermutung in Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO, wenn eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Faktoren die von Dritten überprüfbare Feststellung zulasse, dass sich der **tatsächliche Mittelpunkt der Verwaltung und der Kontrolle der Gesellschaft** in diesem anderen Mitgliedstaat befinde.¹²³

Die Entscheidung des EuGH für den für Dritte anhand objektiver Kriterien erkennbaren effektiven Verwaltungssitz war mangels eines ausdrücklichen Bekenntnisses in der kurz gehaltenen Urteilsbegründung der *Eurofood*-Entscheidung nicht ganz zweifelsfrei und darüber hinaus hinsichtlich der heranzuziehenden Kriterien mit Unsicherheiten belastet.¹²⁴ Die *Interdil*-Entscheidung hat die Maßgeblichkeit des anhand objektiver und für Dritte erkennbarer Faktoren zu bestimmenden effektiven Verwaltungssitzes jedoch geklärt. Diese Herangehensweise entspricht auch der **englischen Rechtsprechung** nach *Eurofood* zur Auslegung des COMI-Tatbestands in Art. 3 Abs. 1 EuInsVO.¹²⁵ Insbesondere stellt die jüngere englische Rechtsprechung auf den effektiven Verwaltungssitz und nicht auf den Ort der Geschäftstätigkeit ab.¹²⁶ Das Tatbestandsmerkmal des COMI ist grundsätzlich zwar verordnungsautonom auszulegen. Bei einer Antragstellung in England entscheiden jedoch die

Entscheidung *Bailey/Groves*, Corporate Insolvency Rdnr. 34.7, S. 1303; *Eidenmüller* NJW 2004, 3455, 3457; *Mankowski* NZI 2004, 450, 451 f. (Anm. zu AG München, *Hettlage*); offenlassend *Duursma-Kepplinger* ZIP 2007, 896, 899.

¹¹⁹ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 50).

¹²⁰ Vgl. *Eidenmüller* KTS 2009, 137, 157 f. zur Entwicklung des mind of management-Ansatzes zur Bewältigung von Konzerninsolvenzen.

¹²¹ *Moss/Smith* in *Moss/Fletcher/Isaacs* The EC Regulation on Insolvency Proceedings S. 258 (im Kontext von Konzerninsolvenzen).

¹²² EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 52 f.).

¹²³ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 53).

¹²⁴ Allgemeine Auffassung; siehe nur *Mankowski* BB 2006, 1753, 1754; *Duursma-Kepplinger* ZIP 2007, 896, 899; *Leithaus/Riewe* NZI 2008, 598, 599.

¹²⁵ Vgl. *Re Stanford International Bank Ltd* [2011] BCC 211, 228 ff. (CA); *Re Kaupthing Capital Partners II Master LP Inc* [2011] BCC 338, 341 ff.; *Re European Directories (DH6) BV* [2010] EWHC 3472 (Ch) Rn. 36 ff.; High Court of Justice London ZIP 2009, 1776, 1777 ff. = *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch); *Re Lemnox Holdings Plc* [2009] BCC 155, 157 f.; High Court of Justice London NZI 2007, 361, 363 f. (*Stojevic*) für den COMI einer natürlichen Person; *Moss/Smith* in *Moss/Fletcher/Isaacs* The EC Regulation on Insolvency Proceedings S. 255 ff. m. w. N. zur englischen Rspr.; *Weller* ZGR 2008, 835, 856; *J. Schmidt* EWiR 2009, 571 f.

¹²⁶ *Re Stanford International Bank Ltd* [2011] BCC 211, 257 f. (CA); *Re Kaupthing Capital Partners II Master LP Inc* [2011] BCC 338, 342; High Court of Justice London ZIP 2009, 1776, 1778 f. = *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch); vgl. dazu aber auch die kritische Anmerkung von *Ho* JIBFL 2009, 537, 539 ff.

englischen Gerichte nach den dort geltenden Grundsätzen über ihre Zuständigkeit und das Insolvenzstatut.¹²⁷ Bei Sanierungsmigrationen nach England ist daher der englischen Rechtsprechung besondere Beachtung zu schenken.

b) Für Fremdgläubiger erkennbarer effektiver Verwaltungssitz. Unter welchen **Voraussetzungen** liegt der **effektive Verwaltungssitz** nach objektiven und für Dritte erkennbaren Kriterien **in England**? Die Antwort auf diese Frage liefern für Sanierungsmigrationen nach England vor allem die EuGH-Entscheidungen *Eurofood* und *Interdil* sowie die Entscheidungen der englischen Gerichte, soweit sie danach ergangen sind bzw. Bestand haben. Danach muss der Ort der effektiven Hauptverwaltung, d.h. der Ort, an dem die wesentlichen Entscheidungen in Geschäftsleitungsakte umgesetzt werden, in England liegen.¹²⁸ Zu den relevanten Geschäftsleitungsakten zählen insbesondere Entscheidungen zur operativen Strategie und zur Finanzierung.¹²⁹ Die Hauptverwaltung darf dabei nicht nur vorübergehend nach England verlegt worden sein, sondern sie muss eine gewisse örtliche Beständigkeit in England aufweisen.¹³⁰ Konkret bedeutet dies, dass die Gesellschaft ein eigenes, zentrales Büro der Geschäftsleitung in England eingerichtet hat, über welches die Kommunikation (Post, Telefon, etc.) läuft und von dem aus die Gesellschaft im Rechtsverkehr auftritt und Verträge schließt.¹³¹ Eine bloße Briefkastenfirma (letterbox company) in England genügt jedenfalls nicht für eine Verlegung des COMI.¹³²

Zudem muss die Mehrheit der **Geschäftsleiter** ihren gewöhnlichen Aufenthalt in England haben und dort muss die Mehrzahl der Sitzungen der Geschäftsleitung stattfinden.¹³³ Die Bedeutung des Orts der Hauptverwaltung, an dem die Verwaltungs- und Kontrollorgane die Verwaltungsentscheidungen treffen, hat insbesondere die *Interdil*-Entscheidung betont.¹³⁴ Relevant hinsichtlich der Geschäftsleiter und ihrer Sitzungen sind allerdings nur diejenigen Aspekte, die der Öffentlichkeit zugänglich sind.¹³⁵ Die Staatsbürgerschaft der Geschäftsleiter spielt – zu Recht – keine Rolle.¹³⁶ Liegt die effektive Hauptverwaltung in England, schadet dem englischen COMI nicht, dass die Gesellschaft auch in einem anderen Mitgliedstaat werbend tätig ist.¹³⁷

¹²⁷ Vgl. für den Fall *Brochier* § 42 Rdnr. 35 ff.

¹²⁸ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 48); *Re Stanford International Bank Ltd* [2011] BCC 211, 257 f. (CA); *Re Kaupthing Capital Partners II Master LP Inc* [2011] BCC 338, 342; High Court of Justice London NZI 2007, 361, 364 (*Stojevic*); *Duursma-Kepplinger* in *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky* EuInsVO Art. 3 Rdnr. 12; *Rotstegge* ZIP 2008, 955, 959.

¹²⁹ Insofern weiterhin zutreffend *Re Lennox Holdings Plc* [2009] BCC 155, 157 f.; zur Relevanz des Urteils nach *Eurofood* siehe High Court of Justice London ZIP 2009, 1776, 1777 = *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch).

¹³⁰ Insofern weiterhin zutreffend Court of Appeal NZI 2005, 571, 573 und High Court of Justice Leeds ZIP 2004, 1769, 1772 = *Re Ci4net.com Inc* [2005] BCC 277, 285; *Duursma-Kepplinger* ZIP 2007, 896, 899; *Deyda* Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht S. 56 f.; *Rotstegge* ZIP 2008, 955, 959.

¹³¹ *Re Kaupthing Capital Partners II Master LP Inc* [2011] BCC 338, 343; *Weller* ZGR 2008, 835, 860; vgl. AG Hamburg NZI 2009, 343 f.; *Duursma-Kepplinger* ZIP 2007, 896, 899.

¹³² EuGH NZI 2006, 360, 361 (Tz. 35).

¹³³ High Court of Justice London ZIP 2009, 1776, 1778 f. = *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch); *Weller* ZGR 2008, 835, 860; vgl. auch *Re Lennox Holdings Plc* [2009] BCC 155, 157 f.; vgl. auch High Court of Justice Leeds ZIP 2004, 1769, 1772 = *Re Ci4net.com Inc* [2005] BCC 277, 285.

¹³⁴ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 48, 50, 53).

¹³⁵ High Court of Justice London ZIP 2009, 1776, 1778 f. = *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch).

¹³⁶ High Court of Justice London ZIP 2009, 1776, 1778 = *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch).

¹³⁷ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 52 f.); *Re Lennox Holdings Plc* [2009] BCC 155, 158 (“I am satisfied that its centre of main interests in the sense of its head office functions are carried out within the [English] jurisdiction, notwithstanding that it also carries on business in Spain.”); zur Relevanz des

§ 37 38–40 2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

- 38 Ist die Gesellschaft nicht mehr werbend tätig, sondern in **Abwicklung** begriffen, richtet sich der COMI entsprechend nach dem effektiven Verwaltungssitz der Abwicklung.¹³⁸ Der COMI am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen gem. Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO wirkt nach Auffassung des AG Hamburg auch dann fort, wenn weder werbende noch abwickelnde Tätigkeiten entfaltet werden, und zwar unabhängig davon, ob noch Vermögensgegenstände vorhanden sind oder nicht.¹³⁹
- 39 Die vom EuGH eingeforderte **objektive Feststellbarkeit für die außenstehenden Gläubiger**¹⁴⁰ bzw. außenstehenden Dritten¹⁴¹ ist für diejenigen Tatsachen gegeben, die der Öffentlichkeit zugänglich sind und die den Gläubigern im ordentlichen Geschäftsgang mit der Gesellschaft bekannt werden würden.¹⁴² Maßgebend ist, ob die Möglichkeit besteht, sich über den COMI zu informieren, nicht ob diese Möglichkeit im Einzelfall wahrgenommen wird.¹⁴³ Das ist etwa der Fall, wenn die Gläubiger, ohne außerordentliche Nachforschungen angestellt zu haben,¹⁴⁴ das Büro der Hauptverwaltung als den Ort kennen, an dem sie die Geschäftsleitung erreichen können, etwa um Schriftstücke wirksam zuzustellen¹⁴⁵ oder wegen der publik gewordenen Krise in Verhandlungen zu treten¹⁴⁶. Relevant ist dabei die Perspektive eines außenstehenden Gläubigers, wobei sowohl auf die gegenwärtigen als auch die potentiellen Gläubiger abzustellen ist.¹⁴⁷ Eine weitere Klärung der maßgebenden Gläubiger(gruppen) ist noch nicht gelungen.¹⁴⁸
- 40 Beispielhaft für die Rechtspraxis sei die Verlegung des COMI im Fall **Damovo** von Luxemburg nach England beschrieben.¹⁴⁹ Hintergrund der Migration war die Restrukturierung der Anleiheschulden im Wege eines pre-pack.¹⁵⁰ Auf einen Beschluss der Geschäftsleiter hin verlegte die Gesellschaft unter anderem ihren effektiven Verwaltungssitz nach England, teilte Zulieferern, Gläubigern und anderen Vertragsgegnern die neue Geschäftsanschrift in England mit, hielt ihre Geschäftsleitersitzungen in England ab und richtete Geschäftskonten in England ein. Diese Schritte wurden anlässlich der Antragstellung dem englischen Gericht mitgeteilt, welches daraufhin bereit war, ein Hauptverfahren durch Er-

Urteils nach *Eurofood* siehe High Court of Justice London ZIP 2009, 1776, 1777 = *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch).

¹³⁸ AG Hamburg NZI 2006, 120, 121; dazu *Klöhn* NZI 2006, 383, 384 ff.

¹³⁹ AG Hamburg NZI 2006, 120, 121; a. A. *Runkel* in *Buth/Hermanns* Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz § 29 Rdnr. 18 für den Fall, dass keine Abwicklung mehr stattfindet und kein Vermögen mehr vorhanden ist.

¹⁴⁰ EuGH NZI 2006, 360, 361 (Tz. 34); EuGH NZI 2012, 147, 150 (Tz. 33 ff.).

¹⁴¹ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 49).

¹⁴² High Court of Justice London ZIP 2009, 1776, 1778 = *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch): „What is ascertainable by third parties is what is in the public domain, and what they would learn in the ordinary course of business with the company.“

¹⁴³ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 49); *Mankowski* BB 2006, 1753, 1755.

¹⁴⁴ *Re Kaupthing Capital Partners II Master LP Inc* [2011] BCC 338, 343; High Court of Justice London ZIP 2009, 1776, 1777 = *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch).

¹⁴⁵ High Court of Justice London NZI 2007, 361, 364 (*Stojevic*).

¹⁴⁶ *Re Lennox Holdings Plc* [2009] BCC 155, 158; zur Relevanz des Urteils nach *Eurofood* siehe High Court of Justice London ZIP 2009, 1776, 1777 = *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch).

¹⁴⁷ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 49); *Re Kaupthing Capital Partners II Master LP Inc* [2011] BCC 338, 343; *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Tz. 61; dieser Teil des Urteils ist in ZIP 2009, 1776 ff. nicht veröffentlicht); insofern auch nach *Eurofood* zutreffend Court of Appeal NZI 2005, 571, 573; *Mankowski* BB 2006, 1753, 1754.

¹⁴⁸ Vgl. aber High Court of Justice Leeds ZIP 2004, 1769, 1771 = *Re Ci4net.com Inc* [2005] BCC 277, 283 (“the most important [...] are the potential creditors. In the case of a trading company the most important groups of potential creditors are likely to be its financiers and its trade suppliers”).

¹⁴⁹ *Moore Ins Int* 2009, 25, 27; dort auch zum Folgenden; ganz ähnlich *Re Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA* [2010] BCC 295; dazu *Rutstein/Bloomberg* CRI 2010, 156 ff.

¹⁵⁰ Ausführlich zu pre-packs unten § 38 Rdnr. 97 ff.

nennung der Insolvenzverwalter zu eröffnen, und seine Zustimmung zur Durchführung des pre-pack erteilt.

c) Zeitpunkt. Maßgeblicher **Zeitpunkt** für die Bestimmung des COMI ist nach der 41
EuGH-Entscheidung in der Sache *Staubitz-Schreiber*¹⁵¹ der Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung.¹⁵² In der *Interedil*-Entscheidung hat der EuGH dies ausdrücklich im Kontext einer Verlegung des COMI vor der Antragstellung bestätigt.¹⁵³ Die Vermutung gem. Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO knüpft also auch dann an den Satzungssitz im Zeitpunkt der Antragstellung an, wenn dieser vor der Antragstellung verlegt wurde. Auf die Umstände im Zeitpunkt der Antragstellung ist auch dann abzustellen, wenn die Schuldnergesellschaft in diesem Zeitpunkt schon aus dem Gesellschaftsregister gelöscht ist und jede Tätigkeit eingestellt hat (letzter Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen).¹⁵⁴ Bei denjenigen englischen Insolvenzverfahren, die ohne Antragstellung zu Gericht aufgrund eigener Kompetenz des Schuldners oder Gläubigers ausgelöst werden können, tritt die zur Verfahrenseröffnung führende Handlung an die Stelle der Antragstellung. Die *Staubitz-Schreiber*-Entscheidung zur perpetuatio fori betraf die Konstellation, in der sich COMI-relevante Tatsachen nach Antragstellung geändert hatten. Eine Entscheidung des EuGH für die Situation, in der der COMI tatsächlich erst nach Antragstellung in den Forumstaat verlegt wird, liegt noch nicht vor.¹⁵⁵ Effizienzgründe sprechen hier für die beantragte Verfahrenseröffnung.¹⁵⁶

Eine Mindestdauer für die Belegenheit des COMI im Forumstaat vor Stellung des Antrags gibt es nicht.¹⁵⁷ In der Krise kann der COMI also auch **kurzfristig** zum Wechsel des Insolvenzstatuts verlegt werden.¹⁵⁸ Solange die Verlegung nicht das Ziel hat, die Gläubigersamtheit oder einzelne Gläubiger zugunsten des Schuldners oder anderer Gläubiger zu benachteiligen, droht auch kein Missbrauchseinwand.¹⁵⁹

d) Anerkennung und Wirkung des Hauptverfahrens. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch ein gem. Art. 3 EuInsVO zuständiges Gericht wird gem. Art. 16 Abs. 1 EuInsVO in allen Mitgliedstaaten ohne weiteres anerkannt, sobald die Eröffnungsentcheidung im Staat der Verfahrenseröffnung wirksam ist (**Prioritätsgrundsatz**¹⁶⁰).¹⁶¹ Die Verfahrenseröffnung entfaltet gem. Art. 17 EuInsVO in den anderen Mitgliedstaaten – ohne dass es irgendwelcher Förmlichkeiten, etwa eines Exequaturverfahrens, bedürfte – grundsätz-

¹⁵¹ NZI 2006, 153 (m. Anm. *Mankowski*) = ZIP 2006, 188 (m. Anm. *Knof/Mock*); überholt daher z. B. Court of Appeal NZI 2005, 571 (Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung).

¹⁵² *Re Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA* [2010] BCC 295; BGH ZIP 2012, 782, 783; AG Hamburg NZI 2009, 343 f.; AG Celle NZI 2005, 410, 411; *Paulus* EuInsVO Art. 3 Rdnr. 15; *Klöhn* NZI 2006, 383, 384; *Duursma-Kepplinger* ZIP 2007, 896 und 901 f.; vgl. auch BGH NZI 2006, 364 zur Zuständigkeit bei Folgeeröffnungsanträgen.

¹⁵³ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 55 f.).

¹⁵⁴ EuGH EuZW 2011, 912, 915 (Tz. 57 f.); dem folgend BGH NJW 2012, 936, 937 (entsprechend bei Geschäftseinstellung aber Verbleib im Register).

¹⁵⁵ Zur englischen Rechtsprechung anlässlich der Insolvenz einer natürlichen Person *Shierson v Vlieand-Boddy* [2005] 1 WLR 3966; dazu *Ringe* EBOR 2009, 579, 590.

¹⁵⁶ *Mankowski* NZI 2006, 154 (Anm. zu *Staubitz-Schreiber*); *Duursma-Kepplinger* ZIP 2007, 896, 897; vgl. auch *Knof/Mock* ZIP 2006, 189.

¹⁵⁷ *Rumberg* RIW 2010, 358, 362; *Eidenmüller* KTS 2009, 137, 149, 151; *Weller* ZGR 2008, 835, 858 f.; *Duursma-Kepplinger* ZIP 2007, 896, 900; vgl. AG Köln NZI 2008, 257, 259.

¹⁵⁸ Insofern zutreffend Court of Appeal NZI 2005, 571, 572: „there is nothing in that concept which prevents a debtor's centre of main interests from being changed from time to time“.

¹⁵⁹ Zu Missbrauchsfragen siehe Rdnr. 62 ff.; weiterhin *Moss/Smith* in *Moss/Fletcher/Isaacs* The EC Regulation on Insolvency Proceedings S. 261 ff.

¹⁶⁰ *Leithaus/Riewe* NZI 2008, 598, 599; *Saenger/Klockenbrink* EuZW 2006, 363, 364 f.

¹⁶¹ BGH NZI 2008, 572, 573, 574 (m. Anm. *Mankowski*); MünchKommInsO/*Reinhart* EuInsVO Art. 16 Rdnr. 1; *Jacoby* GPR 2007, 200, 201; vgl. beispielhaft AG München NZI 2007, 358, 359 (m. Anm. *Mankowski*); zu (un)mittelbaren Möglichkeiten einer gerichtlichen Entscheidung über die Anerkennungsfähigkeit *Frege/Keller/Riedel* Insolvenzrecht Rdnr. 2666 f., S. 1033.

§ 37 43, 44 2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

lich¹⁶² diejenigen Wirkungen, die das Recht des Eröffnungsstaats dem Verfahren beilegt.¹⁶³ Die Normen stehen in inhaltlichem Zusammenhang mit Art. 18 EuInsVO (Befugnisse des Verwalters¹⁶⁴) und Art. 25 EuInsVO (Anerkennung und Vollstreckung sonstiger Entscheidungen),¹⁶⁵ welche die **universale Wirkung des Hauptverfahrens** regeln, wenn und soweit keine gem. Art. 3 EuInsVO zulässigen Sekundärverfahren eröffnet worden sind.¹⁶⁶

Die Anerkennungswirkung erstreckt sich auch auf den **Ausschluss der Einzelzwangsvollstreckung**. Enthält das Recht des Mitgliedstaats, in dem das Hauptverfahren eröffnet wurde, ein Verbot der Einzelzwangsvollstreckung, dann sind Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung gegen den Schuldner in einem anderen Mitgliedstaat auch dann ausgeschlossen, wenn in dem anderen Mitgliedstaat kein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden ist.¹⁶⁷ Etwas anderes kann sich nur aus einer Einschränkung der Anerkennungswirkung gem. Art. 25 Abs. 3 EuInsVO (Einschränkung der persönlichen Freiheit oder des Postgeheimnisses) und Art. 26 EuInsVO (Ordre Public) ergeben oder aus Ausnahmen vom Universalitätsprinzip gem. Art. 5 EuInsVO (dingliche Rechte) und Art. 10 EuInsVO (Arbeitsvertrag).

43 Unter **Verfahrenseröffnung** versteht der EuGH „nicht nur eine Entscheidung [...], die in dem für das Gericht, das die Entscheidung erlassen hat, geltenden Recht des Mitgliedstaats förmlich als Eröffnungsentscheidung bezeichnet wird, sondern auch die Entscheidung, die infolge eines auf die Insolvenz des Schuldners gestützten Antrags auf Eröffnung eines in Anhang A der Verordnung genannten Verfahrens ergeht, wenn diese Entscheidung den Vermögensbeschlagnahme gegen den Schuldner zur Folge hat und durch sie ein in Anhang C der Verordnung genannter Verwalter bestellt wird“. ¹⁶⁸ Relevant ist das Verständnis der Verfahrenseröffnung insbesondere für die Frage, zu welchem Zeitpunkt das Prioritätsprinzip zu einer automatischen Anerkennung eröffneter Verfahren in Europa führt.¹⁶⁹

44 Aus dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens¹⁷⁰ der Mitgliedstaaten in die Insolvenzrechte der anderen Mitgliedstaaten folgt, dass das gerichtlich eröffnete Hauptinsolvenzverfahren von den Gerichten der übrigen Mitgliedstaaten anzuerkennen ist, ohne dass diese die Zuständigkeit des Gerichts des Eröffnungsstaats überprüfen können.¹⁷¹ Die Eröffnungsentscheidung kann nur **vor den Gerichten des Eröffnungsstaats** nach Maßgabe des dort geltenden nationalen Insolvenzrechts angegriffen werden.¹⁷² Hat das Gericht eines

¹⁶² Zu Einschränkungen MünchKommInsO/Reinhart EuInsVO Art. 16 Rdnr. 19f.; Paulus EuInsVO Art. 17 Rdnr. 3.

¹⁶³ BGH NZI 2008, 572, 573, 575 (m. Anm. Mankowski); zu den Wirkungen aus Sicht des englischen Rechts Moss/Fletcher/Isaacs The EC Regulation on Insolvency Proceedings S. 104f., insbesondere zu Auswirkungen auf Sicherheiten S. 121ff.

¹⁶⁴ Vgl. EuGH NZI 2009, 570 – Alpenblume – (m. Anm. Mankowski) zur Rechtslage bei Nichtgeltung bzw. -anwendbarkeit der EuInsVO.

¹⁶⁵ Dazu EuGH NZI 2009, 741 (German Graphics); Mankowski NZI 2010, 508; Lüttringhaus/Weber RIW 2010, 45.

¹⁶⁶ Paulus EuInsVO Art. 16 Rdnr. 1.

¹⁶⁷ EuGH NZI 2012, 156, 158 (Tz. 43f.) – MG Probud Gdynia; dazu Mankowski NZI 2010, 178f.

¹⁶⁸ EuGH NZI 2006, 360, 362 (Tz. 54); dazu Mankowski EWIR 2010, 453f. (unter zutreffender Kritik einer französischen Entscheidung, wonach die vorläufige Insolvenzeröffnung nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 InsO nicht als Insolvenzeröffnung i. S. v. Art. 16 EuInsVO anerkannt wird); Reinhart NZI 2009, 73, 74f. (Verfahrenseröffnung nach deutschem Recht bereits bei Einsetzung eines sog. schwachen vorläufigen Verwalters; Auslegung von Art. 102 § 2 EGIInsO entsprechend der Eurofood-Entscheidung); Saenger/Klockenbrink EuZW 2006, 363, 365f.; zu Sicherungsmaßnahmen im Ausland Reinhart NZI 2009, 201ff.

¹⁶⁹ Mankowski BB 2006, 1753, 1756f.; zum Problem rückwirkender Normen Saenger/Klockenbrink EuZW 2006, 363, 366.

¹⁷⁰ Näher Paulus EuInsVO Einl. Rdnr. 19ff.

¹⁷¹ EuGH NZI 2006, 360, 361f. (Tz. 38ff.); AG München NZI 2007, 358, 359 (m. Anm. Mankowski); kritisch Mankowski BB 2006, 1753, 1755f.

¹⁷² Paulus EuInsVO Art. 3 Rdnr. 2, Art. 16 Rdnr. 4; ders. NZI 2007, 367 (Anm. zu High Court of Justice London); zur Beschwerdebefugnis nach deutschem Recht und zur Abänderung von Zustän-

anderen Mitgliedstaats ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet, ist der vor einem deutschen Gericht gestellte Antrag auf Eröffnung eines zweiten Hauptinsolvenzverfahrens über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen gem. Art. 102 § 3 Abs. 1 S. 1 EGIInsO unzulässig.¹⁷³ Allein Art. 26 EuInsVO erlaubt die Nichtanerkennung eines in einem anderen Mitgliedstaat eröffneten Insolvenzverfahrens wegen Unvereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung (**ordre public**), insbesondere mit den verfassungsmäßig garantierten Rechten und Freiheiten des einzelnen.¹⁷⁴ Allerdings kommt der ordre public-Vorbehalt bei Sanierungsmigrationen (negativ gewendet: Forum Shopping) in der Regel nicht als Anerkennungshindernis in Frage.¹⁷⁵ Aus der grundsätzlich exklusiven Zuständigkeit der Gerichte des Eröffnungsstaats des Hauptinsolvenzverfahrens kann sich ein „race to the court“ ergeben, wenn Antragsberechtigte in verschiedenen Mitgliedstaaten ein Interesse an der Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens haben.¹⁷⁶

3. Sekundärinsolvenzverfahren und Einschränkungen der lex fori concursus

a) Grundlagen. Im Ausgangspunkt entfaltet das gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO eröffnete Hauptinsolvenzverfahren materiell- und verfahrensrechtliche Wirkungen im gesamten Anwendungsbereich der EuInsVO (Universalitätsprinzip).¹⁷⁷ Der Grundsatz der Universalität erfährt allerdings Einschränkungen zweierlei Art (modifizierte Universalität¹⁷⁸). Die **Art. 5 bis 15 EuInsVO** sehen **Ausnahmen von der grundsätzlichen Geltung des Insolvenzrechts des Eröffnungsstaats** gem. Art. 4 EuInsVO vor. Darunter finden sich zahlreiche rechtspraktisch relevante Rechtsbeziehungen, etwa dingliche Rechte Dritter (Art. 5 EuInsVO¹⁷⁹), Aufrechnung (Art. 6 EuInsVO), Eigentumsvorbehalt (Art. 7 EuInsVO¹⁸⁰), Arbeitsverträge (Art. 10 EuInsVO¹⁸¹) und Anfechtungen (Art. 13 EuInsVO¹⁸²).¹⁸³ Verfahrensrechtlich erlaubt **Art. 3 Abs. 2 EuInsVO** die Eröffnung von **Sekundärinsolvenzverfahren**, das sind neben gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO eröffnete Hauptverfahren tretende weitere Insolvenzverfahren.¹⁸⁴ Davon sind **Partikular-**

45

digkeitsentscheidungen *Reinhart* NZI 2009, 73, 76 ff., 78 f.; zur Zuständigkeit bei Beschwerden ausländischer Gläubiger OLG Köln NZI 2008, 61 (m. Anm. *Mankowski*).

¹⁷³ BGH NZI 2008, 572, 573 (m. Anm. *Mankowski*); zu den Konsequenzen einer dennoch erfolgenden Verfahrenseröffnung BGH NZI 2008, 572, 573 ff.; dagegen *Reinhart* NZI 2009, 73, 78 f. (Abänderung der Zuständigkeitsfeststellung statt Einstellung gem. Art. 102 § 4 EGIInsO).

¹⁷⁴ AG Düsseldorf ZIP 2004, 866, 867 (dazu Anm. *Westpfahl/Wilkens* EWiR 2004, 909 f.); *Paulus* EuInsVO Art. 3 Rdnr. 2.

¹⁷⁵ *Jacoby* GPR 2007, 200, 203 ff.; ähnlich *Mankowski* BB 2006, 1753, 1757 f.; zur engen Auslegung des ordre-public Vorbehalts EuGH NZI 2006, 360, 363 (Tz. 63 f.); *Knof/Mock* ZIP 2006, 189, 190; *Duursma-Kepling* ZIP 2007, 896, 901 mit Hinweis auf die Einzelwirkung von Art. 26 EuInsVO.

¹⁷⁶ *Jacoby* GPR 2007, 200, 202; *Hickmott/Ballmann* LegalWeek.com (22. 2. 2007); kritisch vor dem Hintergrund des Verständnisses des EuGH von der Verfahrenseröffnung *Reinhart* NZI 2009, 73, 75; zum hilfsweisen Antrag der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens siehe *Mankowski* NZI 2008, 575, 576 (Anm. zu BGH) und AG München NZI 2007, 358 (siehe aber auch S. 360 zur Umdeutung eines Antrags auf Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens in einen Antrag auf Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens); zur Bewältigung paralleler Eröffnungsverfahren *Reinhart* NZI 2009, 201, 206 ff.

¹⁷⁷ EuGH NZI 2010, 156 f. (*MG Probud Gdynia*); *Riedemann* in *Pannen* EuInsVO Einl. Rdnr. 34 ff.; *Paulus* EuInsVO Art. 3 Rdnr. 21 ff.

¹⁷⁸ *Leible/Staudinger* KTS 2000, 533, 538.

¹⁷⁹ Zur Behandlung von Absonderungsgut *Berger* KTS 2007, 433, 446 ff.

¹⁸⁰ EuGH NZI 2009, 741, 743 (Tz. 35: „materiell-rechtliche Vorschrift“) – *German Graphics*.

¹⁸¹ Zur Anwendbarkeit deutschen Arbeitsrechts in englischen Insolvenzverfahren LAG Essen NZI 2011, 203, 204 f.; *Göpfert/Müller* NZA 2009, 1057.

¹⁸² Dazu *Prager/Keller* NZI 2011, 697.

¹⁸³ *Moss/Fletcher/Isaacs* The EC Regulation on Insolvency Proceedings S. 60 ff.; *Menjuq* ECFR 2008, 135, 138 f.

¹⁸⁴ Die Eigenschaft als Sekundärinsolvenzverfahren ergibt sich bei zeitlicher Eröffnung nach dem Hauptverfahren aus Art. 3 Abs. 3 EuInsVO, während Art. 36 f. EuInsVO die Umwandlung eines vor der Eröffnung des Hauptverfahrens eröffneten Partikularverfahrens in ein Sekundärverfahren regeln;

§ 37 46–48 2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

verfahren¹⁸⁵ zu unterscheiden, die vor der Eröffnung eines Hauptverfahrens gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 4 EuInsVO eröffnet werden können. Partikularverfahren kommen danach in Betracht, wenn im Mitgliedstaat der hauptsächlichen Interessen nach den dort geltenden Vorschriften eine Verfahrenseröffnung (noch) nicht möglich ist oder wenn Gläubiger in dem Mitgliedstaat, in dem sich eine Niederlassung befindet, zu dem Hoheitsgebiet dieses Staates eine besondere Verbindung haben.¹⁸⁶

46 Die Gerichte eines Mitgliedstaats, in dem die Gesellschaft nicht den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen (COMI) hat, sind gem. Art. 3 Abs. 2 S. 1 EuInsVO nur zur Verfahrenseröffnung befugt, wenn die Gesellschaft dort eine **Niederlassung** hat. Niederlassung ist gem. der Definition in Art. 2 lit. h) EuInsVO „jede[r] Tätigkeitsort, an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgeht, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt“.¹⁸⁷ Erforderlich ist die Existenz einer auf die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgerichteten Struktur mit einem Mindestmaß an Organisation und einer gewissen Stabilität.¹⁸⁸ Die bloße Belegenheit von Vermögen oder etwa eines Bankkontos in einem Mitgliedstaat genügt zur Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens nicht.¹⁸⁹ Erforderlich ist eine nach außen hin wahrnehmbare Aktivität.¹⁹⁰ Wie der COMI ist auch das Bestehen einer Niederlassung im Interesse der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit auf der Grundlage objektiver und durch Dritte feststellbarer Umstände zu beurteilen.¹⁹¹ Nach der Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens ist gem. Art. 27 S. 1 EuInsVO für die Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens die Insolvenz der schuldnerischen Gesellschaft nicht mehr zu prüfen.¹⁹² Antragsberechtigt sind gem. Art. 29 EuInsVO die Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens und jede andere Person oder Stelle, der das Antragsrecht nach dem Recht des Mitgliedstaats zusteht, in dessen Gebiet das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet werden soll.

47 Bei dem Sekundärinsolvenzverfahren muss es sich gem. Art. 27 S. 2 EuInsVO um eines der im Anhang B aufgeführten Liquidationsverfahren handeln.¹⁹³ Die **Wirkungen** des Sekundärinsolvenzverfahrens beschränken sich gem. Art. 27 S. 3 EuInsVO auf das im Gebiet des Eröffnungsstaats belegene Vermögen des Schuldners. Zudem wird das Sekundärverfahren gem. Art. 28 EuInsVO im Grundsatz von den **Rechtsvorschriften** des Mitgliedstaats regiert, in dessen Gebiet das Verfahren eröffnet worden ist.¹⁹⁴

48 **b) Sekundärinsolvenzverfahren und Anwendbarkeit verschiedener Insolvenzrechte. aa) Hintergrund und Effekt von Sekundärverfahren.** Die Möglichkeit von Sekundärinsolvenzverfahren und die Einschränkungen des Insolvenzstatuts des Hauptverfahrens tragen den **teilweise erheblichen Unterschieden im materiellen Recht** der Mitgliedstaaten Rechnung.¹⁹⁵ Die Integration des europäischen Wirtschaftsraums schreitet zwar voran und verlangt langfristig nach einem einheitlichen europäischen Insolvenz-

ausführlich zum Sekundärinsolvenzverfahren *Dawe* Der Sonderkonkurs des deutschen Internationalen Insolvenzrechts S. 142 ff.

¹⁸⁵ Eingehend *Dawe* Der Sonderkonkurs des deutschen Internationalen Insolvenzrechts S. 194 ff.; weiterhin KG NZI 2011, 729 f. (m. Anm. *Mankowski*).

¹⁸⁶ Dazu eingehend EuGH NZI 2012, 101, 102 f. (Tz. 18 ff.) – *Zaza Retail*.

¹⁸⁷ Näher AG München NZI 2007, 358, 359 (m. Anm. *Mankowski*); *Deyda* Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht S. 35 ff.; *Leithaus/Riewe* NZI 2008, 598, 599.

¹⁸⁸ EuGH EuZW 2011, 912, 916 (Tz. 62, 64); BGH ZIP 2012, 782, 783.

¹⁸⁹ EuGH EuZW 2011, 912, 916 (Tz. 62); BGH NZI 2011, 120; *Virgós/Schmit* in *Stoll* Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht S. 32, 58 f.

¹⁹⁰ OLG Wien NZI 2005, 56, 57, 60; *Mankowski* NZI 2007, 360, 361 (Anm. zu OLG Wien).

¹⁹¹ EuGH EuZW 2011, 912, 916 (Tz. 63).

¹⁹² Vgl. AG München NZI 2007, 358, 359 (m. Anm. *Mankowski*).

¹⁹³ Näher *Deyda* Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht S. 229 f.

¹⁹⁴ *Re Alitalia Linee Aeree Italiane SpA* [2011] BCC 579, 589 ff.

¹⁹⁵ Vgl. Erwägungsgrund 11 EuInsVO.

recht.¹⁹⁶ Die strenge Durchführung des Universalitätsprinzips würde jedoch – so der Verordnungsgeber¹⁹⁷ – beispielsweise mit Blick auf Sicherungsrechte, Vorrechte einzelner Gläubigergruppen und Arbeitsverträge zu untragbaren Erwartungsenttäuschungen in der Insolvenz führen.

Die Bewertung der Ausnahmen vom Universalitätsprinzip fällt in der Praxis ambivalent aus, was angesichts der unterschiedlichen Interessenlagen der Betroffenen nicht anders zu erwarten ist. Mit Blick auf die Leichtgängigkeit von Sanierungen werden **Sekundärinsolvenzverfahren** als **Störpotential** empfunden, weil die Insolvenzverwalter bzw. Gläubigerorgane des Sekundärinsolvenzverfahrens Maßnahmen treffen können, die zwar der Maximierung der Masse des Sekundärinsolvenzverfahrens dienen, die Sanierung jedoch erschweren.¹⁹⁸ Die **Einschränkungen der Reichweite des Insolvenzstatuts des Hauptverfahrens** wird zwar insofern als beherrschbar angesehen, als es um die Bewältigung ausländischen Rechts geht. Die damit verbundenen Transaktionskosten können jedoch erheblich sein. Hinzu kommt, dass die Eröffnung eines Sekundärverfahrens mit Abweichungen von dem ansonsten geltenden Recht des Hauptverfahrens einhergeht. Friktionen, die von den Betroffenen unterschiedlich bewertet werden, treten insbesondere dann auf, wenn die Befriedigungsrangfolge von Gläubigern nach dem Recht des Mitgliedstaats des Sekundärverfahrens von derjenigen nach dem Recht des Hauptverfahrens abweicht.¹⁹⁹

bb) Vermeidung von Sekundärverfahren. Der Schlüssel zur Bewältigung unterschiedlicher Interessenlagen bei möglichen bzw. eröffneten Sekundärinsolvenzverfahren ist die **zur Kooperation führende Kommunikation**.²⁰⁰ Ein transparenter Umgang der Gesellschaft bzw. des Konzerns mit dem betriebswirtschaftlichen und finanziellen Ist-Stand in Kombination mit der zeitnahen Information über Weg und Ziel der Sanierung mag schon ausreichen, dass Gläubiger und andere gem. Art. 29 lit. b) EuInsVO Antragsberechtigte auf die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens verzichten. Die Chancen dafür stehen besonders dann gut, wenn glaubhaft dargelegt wird, dass die integrierte Sanierung der Gesellschaft bzw. des Konzerns im Hauptinsolvenzverfahren zu höheren Befriedigungsquoten führen wird als bei Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens.²⁰¹ Nachdem die ersten Jahre der EuInsVO eher von einem konfrontativen Umgang zwischen den Gerichten und Gläubigern unterschiedlicher Jurisdiktionen gekennzeichnet waren,²⁰² greift zunehmend eine pragmatischere Herangehensweise Platz.²⁰³ Durch das ESUG wurde ein neuer § 348 Abs. 2 InsO eingeführt, der den deutschen Insolvenzgerichten die Zusammenarbeit, insbesondere die Informationsweitergabe, mit ausländischen Insolvenzgerichten ausdrücklich erlaubt. Ein weiterer Weg zur Vermeidung von Sekundärinsolvenzverfahren kann im Einzelfall die Schließung von Niederlassungen sein, so dass die zentrale Eröffnungsvoraussetzung gem. Art. 3 Abs. 2 S. 1 EuInsVO entfällt.²⁰⁴

¹⁹⁶ Steffek KTS 2009, 317 f., 351 ff.

¹⁹⁷ Erwägungsgrund 11 EuInsVO; vgl. *Virgós/Schmit* in *Stoll* Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht S. 32, 38 f.

¹⁹⁸ *Mock* ZInsO 2009, 895 f.; *Oberhammer* KTS 2009, 27, 57 ff., 62 ff.; *Meyer-Löwy/Plank* NZI 2006, 622; vgl. auch *Re Nortel Networks SA* [2009] BCC 343 = NZI 2009, 450 (m. Anm. *Mankowski*).

¹⁹⁹ *Re Alitalia Linee Aeree Italiane SpA* [2011] BCC 579, 582 (unterschiedliche Rangfolgen im englischen und italienischen Recht); *Göpfert/Müller* NZA 2009, 1057, 1063 (Rang von Arbeitnehmerforderungen).

²⁰⁰ Vgl. *Paulus* NZI 2008, 1, 6; zur historischen Kooperationsbereitschaft englischer Gerichte in internationalen Insolvenzverfahren *Omar* [2009] ICCLR 379, 386.

²⁰¹ Vgl. *Menjuq* ECFR 2008, 135, 138.

²⁰² Vgl. nur die Sachverhalte der *Eurofood*-Entscheidung in EuGH NZI 2006, 360 und dem *ISA/Daisytek*-Verfahren in AG Düsseldorf NZI 2004, 269, 270 (zur Bewältigung durch den BGH NZI 2008, 572 ff. m. Anm. *Mankowski*).

²⁰³ In eine ähnliche Richtung *Menjuq* ECFR 2008, 135, 146.

²⁰⁴ *Mock* ZInsO 2009, 895, 901, mit weiteren Vorschlägen für Sonderkonstellationen (Forderungserfüllung, Verlagerung von Betriebsvermögen).

§ 37 51–54 2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

- 51 Im Sanierungsverfahren *Collins & Aikman* überzeugten die englischen Insolvenzverwalter die Gläubiger, von Anträgen zur Eröffnung von Sekundärinsolvenzverfahren Abstand zu nehmen, indem sie **versprachen, die finanzielle Stellung der Gläubiger nach dem Insolvenzstatut des nicht eröffneten Sekundärinsolvenzverfahrens** im Rahmen des englischen Verfahrens (einer administration²⁰⁵) **zu wahren**.²⁰⁶ Die englische Chancery Division²⁰⁷ gestattete den englischen Verwaltern, ihr Versprechen in die Tat umzusetzen und bei den Auszahlungen an die Gläubiger der nicht eröffneten Sekundärinsolvenzverfahren statt der englischen Befriedigungsregeln diejenigen der hypothetischen Sekundärinsolvenzverfahrens zu befolgen. Da die Verwalter auf diesem Wege einen geschätzten Mehrerlös von US\$ 45 000 000 erzielten und spätere Urteile²⁰⁸ die grundsätzliche Zulässigkeit dieses Vorgehens festgestellt haben, stehen die Chancen gut, dass ähnliche Lösungsansätze auch in Zukunft Gehör finden.
- 52 Bei der Sanierung der **Nortel-Gruppe** autorisierten die englischen Gerichte²⁰⁹ die Verwendung von Anträgen an mögliche Gerichte von Sekundärverfahren, die englischen Verwalter über entsprechende Eröffnungsanträge zu informieren, und ermächtigten die Verwalter, die Ausschüttungen an Gläubiger möglicher Sekundärverfahren an den hypothetischen Quoten solcher Sekundärverfahren zu orientieren. Die Chancery Division (High Court London) stützte die Autorisierung der Anträge an die möglichen Gerichte eines Sekundärverfahrens auf Art. 31 Abs. 2 EuInsVO, dehnte dessen Anwendungsbereich also auf den Zeitraum vor Eröffnung eines Sekundärverfahrens aus.²¹⁰
- 53 **cc) Einbindung beantragter und eröffneter Sekundärverfahren.** Kommt es zur Stellung eines Antrags auf Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens, empfiehlt sich die kooperationsfördernde Kommunikation mit und unter den hinzugekommenen Akteuren. Dadurch mag das über das Sekundärinsolvenzverfahren entscheidende Gericht zu **sanierungsflankierenden (vorläufigen) Anordnungen** angeregt werden, soweit diese nach nationalem Recht zulässig sind. Dazu kann das Gericht zum einen direkt informiert werden. Zum anderen können die beteiligten Gerichte zur Kommunikation untereinander angeregt werden. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Gerichte im Grundsatz nur ein Kommunikationsrecht, jedoch keine Kommunikationspflicht haben.²¹¹
- 54 Wird das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet, greifen die **Informations- und Kooperationspflichten der Verwalter von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren** gem. Art. 31 EuInsVO.²¹² Dazu gehört auch, dass der Verwalter des Sekundärinsolvenzverfahrens dem Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens die Gelegenheit gibt, Vorschläge für die Verwendung bzw. Verwertung der Masse des Sekundärinsolvenzverfahrens zu unterbreiten. Der Verwalter des Hauptverfahrens kann einen gewissen Schutz der Sanierung zudem dadurch erreichen, dass er gem. Art. 33 EuInsVO bei dem Gericht des Sekundärinsolvenzverfahrens die Aussetzung der Verwertung beantragt.²¹³ Außerdem kann er gem. Art. 34

²⁰⁵ Dazu ausführlich § 38 Rdnr. 58 ff.

²⁰⁶ *Meyer-Löwy/Plank* NZI 2006, 622 ff.; *Vallender* NZI 2007, 129, 134.

²⁰⁷ *Re Collins & Aikman Europe SA* [2006] BCC 861 = NZI 2006, 654; dazu *Geva* EBOR 2007, 605, 615 ff.; zur Frage, ob eine ähnliche Vorgehensweise nach deutschem Recht möglich ist, *Köhler-Ma/Burkard* DZWIR 2007, 410 ff.; vgl. auch *Re MG Rover Espana SA* [2006] BCC 599; *Re MG Rover Belux SA/NV* [2007] BCC 446.

²⁰⁸ *Re Nortel Networks SA* [2009] BCC 343 = NZI 2009, 450 (m. Anm. *Mankowski*).

²⁰⁹ Vgl. *Re Nortel Networks SA* [2009] BCC 343 = NZI 2009, 450 (m. Anm. *Mankowski*); dazu *Omar* [2009] ICCLR 379, 383.

²¹⁰ *Re Nortel Networks SA* [2009] BCC 343, 345 = NZI 2009, 450.

²¹¹ Siehe aber Art. 21 EuInsVO; näher – auch zu Insolvenzverwaltungsverträgen und Protocols – *Busch/Remmert/Rüntz/Vallender* NZI 2010, 417 ff.; *Vallender* KTS 2005, 283, 321 ff.; *Paulus* NZI 2008, 1, 6; zur Kooperationspflicht österreichischer Richter *Paulus* EuInsVO Art. 31 Rdnr. 6.

²¹² Eingehend *Hortig* Kooperation von Insolvenzverwaltern S. 53 ff.; *Pogacar* NZI 2011, 46, 47 f., 51; kritisch *Oberhammer* KTS 2009, 27, 58 f.

²¹³ Näher *Deyda* Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht S. 243 ff.

Abs. 1 EuInsVO die Beendigung des Sekundärinsolvenzverfahrens anders als durch Liquidation, etwa durch einen Sanierungsplan oder einen Vergleich, vorschlagen.²¹⁴ Die Kooperation kann – je nach Situation – auch durch Insolvenzverwaltungsverträge (sog. Protocols) erleichtert werden.²¹⁵ Ob das für Sanierungen bisweilen schädliche Territorialitätsprinzip bei Sekundärinsolvenzverfahren im Wege der Kooperation überwunden werden kann, setzt jedoch zu einem guten Teil die Kooperationswilligkeit der Beteiligten voraus. Die nicht seltenen Fälle – in jüngerer Zeit etwa *Stanford*²¹⁶ –, in denen durch den Kompetenzstreit der Verwalter die Masse zu Lasten der Gläubiger aufgezehrt wurde, mahnen jedenfalls zur Kooperation.

dd) Vorteile von Sekundärinsolvenzverfahren. Schließlich sei vermerkt, dass die Eröffnung von Sekundärinsolvenzverfahren auch **Vorteile** für eine Sanierung mit sich bringen kann.²¹⁷ Das betrifft etwa den Fall, dass das Vermögen der Gesellschaft in verschiedenen Mitgliedstaaten belegen und dort dinglich besichert ist. Gem. Art. 5 und Art. 7 EuInsVO sind dingliche Rechte Dritter bzw. Rechte aus einem Eigentumsvorbehalt trotz Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens keinerlei insolvenzrechtlichen Beschränkungen unterworfen.²¹⁸ Durch die Eröffnung eines Sekundärverfahrens und das damit einhergehende Vollstreckungsverbot können solche Gegenstände rechtssicher in die Verwaltung eingebunden werden.²¹⁹ Außerdem erschwert die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens anderen Beteiligten sanierungsfeindliches Forum Shopping, indem für den Mitgliedstaat des Sekundärverfahrens das Insolvenzstatut und das geltende Verfahrensrecht fixiert werden.²²⁰ Je nach Dynamik unter den Beteiligten mag ein lokaler Verwalter auch in einer besseren Ausgangsposition sein, um Sanierungslösungen mit den lokalen Gläubigern zu entwickeln.²²¹ Der Verwalter des Hauptverfahrens kann sich diese Vorteile zu Nutzen machen, indem er selbst die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens gem. Art. 29 lit. a) EuInsVO beantragt.²²² Dies setzt allerdings voraus, dass im betreffenden Mitgliedstaat eine Niederlassung eingerichtet ist.

V. Gesellschaftsrechtliche Aspekte

1. Grundentscheidung

Was die Regelungsebene des Gesellschaftsrechts angeht, ist zuerst die Frage zu beantworten, ob es überhaupt eines **Wechsels des Gesellschaftsrechtsstatuts** bedarf, um das Sanierungsziel zu erreichen. Wird die Frage verneint, mag die Herbeiführung der Anwendbarkeit des englischen Insolvenzrechts genügen. Eine Verlegung des Satzungssitzes ist dafür nicht zwingend erforderlich.²²³ Eine Migration unter Wahrung der bisherigen Identität der Gesellschaft reicht aus.²²⁴

²¹⁴ Dazu ausführlich *Deyda* Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht S. 232 ff.

²¹⁵ Dazu *Hortig* Kooperation von Insolvenzverwaltern S. 125 ff., 216 ff.

²¹⁶ High Court of Justice London ZIP 2009, 1776 = *Re Stanford International Bank Ltd* [2009] EWHC 1441 (Ch); dazu *Ralli* CRI 2009, 196 f.; *J. Schmidt* EWIR 2009, 571 f.

²¹⁷ Ähnlich *Reinhart* NZI 2009, 201, 205.

²¹⁸ H. M.; für einen Meinungsüberblick MünchKommInsO/*Reinhart* EuInsVO Art. 5 Rdnr. 13; *Paulus* EuInsVO Art. 5 Rdnr. 18 ff.; *Oberhammer* KTS 2009, 27, 38; vgl. außerdem EuGH NZI 2009, 741, 743 (Tz. 35: „materiell-rechtliche Vorschrift“) – *German Graphics*.

²¹⁹ *Menjuq* ECFR 2008, 135, 141; *Duursma-Kepplinger* ZIP 2007, 896, 898.

²²⁰ *Menjuq* ECFR 2008, 135, 142.

²²¹ *Godfrey* IILR 2011, 545, 549 f.; *Reinhart* NZI 2009, 201, 205.

²²² Die Probleme des Antragsrechts des vorläufigen Insolvenzverwalters (*Reinhart* NZI 2009, 201, 205 f.) stellen sich für englische Verwalter in der Regel nicht; vgl. *Re Nortel Networks SA* (No.2) [2010] BCC 21.

²²³ Siehe auch oben Rdnr. 30 ff.; zu den Schwierigkeiten der Satzungssitzverlegung *Runkel* in *Buth/Hermanns* Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz § 29 Rdnr. 30.

²²⁴ Zu europarechtlichen Fragen der Migration allgemein *Westpfahl/Goetker/Wilkens* Grenzüberschreitende Insolvenzen S. 318 ff.

§ 37 57–60 2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

57 Sollen hingegen Vorteile des englischen Gesellschaftsrechts genutzt werden, ist eine identitätsauflösende Migration erforderlich, an deren Ende die Übertragung der Vermögensgegenstände (Aktiva und Passiva) auf eine englische Limited oder plc mit Satzungssitz in England (bzw. Wales) steht. Dies ist im Wege der **Universal- oder der Singularsukzession** durchführbar. Die Singularsukzession wurde bereits oben dargestellt.²²⁵ Da sie mit den Schwierigkeiten der Einzelrechtsübertragung einhergeht, wird sie hier nicht weiter vertieft. Für die Universalsukzession sind hingegen im Wesentlichen drei Modelle unterschiedlicher Eignung denkbar:²²⁶ ein grenzüberschreitender Formwechsel, eine grenzüberschreitende Verschmelzung oder die Anwachsung. Im Folgenden wird nur noch auf diese näher eingegangen.

2. Universalsukzession

58 a) **Grenzüberschreitender Formwechsel.** Denkbar ist zunächst, das englische Gesellschaftsrecht durch einen grenzüberschreitenden Formwechsel gem. §§ 190 ff. UmwG zur Anwendung zu bringen. Dabei würde die deutsche Gesellschaft in eine englische Gesellschaft, insbesondere eine Limited oder plc, umgewandelt. Zum einen fände eine Änderung der Rechtsform statt, zum anderen würde der Satzungssitz nach England verlegt. Der grenzüberschreitende Formwechsel ist jedoch mit **Schwierigkeiten** behaftet. § 191 UmwG legt abschließend fest, welche Rechtsträger als Zielrechtsform zulässig sind. Eine analoge Anwendung auf ausländische Gesellschaftsformen wird von gewichtigen Stimmen abgelehnt,²²⁷ so dass die daraus erwachsende Unsicherheit den Sanierungserfolg gefährden könnte. Für eine eingehende Behandlung des grenzüberschreitenden Formwechsels wird auf § 54 verwiesen.

59 b) **Grenzüberschreitende Verschmelzung.** Geeigneter als ein grenzüberschreitender Formwechsel ist hingegen eine grenzüberschreitende Verschmelzung nach Maßgabe der §§ 122a ff. UmwG. Diese Vorschriften beruhen auf der Umsetzung der **Verschmelzungsrichtlinie**²²⁸ in deutsches Recht. Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung würde etwa eine deutsche Kapitalgesellschaft auf eine englische Limited oder plc verschmolzen.²²⁹ Sofern der Anwendungsbereich der §§ 122a ff. UmwG eröffnet ist, bieten diese ein verlässliches Verfahren. Es ist allerdings mit einigen Förmlichkeiten belastet,²³⁰ die bei knapp bemessener Zeit unter Umständen nur schwer zu erfüllen sein können.²³¹ Hinzu kommt, dass Gläubiger, die glaubhaft machen, dass die Verschmelzung die Erfüllung ihrer Forderungen gefährdet, gem. § 122j Abs. 1 UmwG einen Anspruch auf Sicherheitsleistung haben.²³² Auf Seiten des englischen Rechts sind insbesondere die Companies (Cross-Border) Merger Regulations 2007 (SI 2007/2974) zu beachten.²³³ Für weitere Einzelheiten der grenzüberschreitenden Verschmelzung wird auf § 53 verwiesen.

60 c) **Anwachsung.** Schließlich lässt sich eine Universalsukzession zum Zwecke der Herbeiführung eines englischen Gesellschaftsrechtsstatus im Wege der Anwachsung be-

²²⁵ Siehe Rdnr. 26.

²²⁶ Dazu bereits oben Rdnr. 25.

²²⁷ Siehe nur *Stengel* in *Semler/Stengel* UmwG § 191 Rdnr. 1, 14 f.; *Decher* in *Lutter* UmwG § 191 Rdnr. 1; *Meister/Klöcker* in *Kallmeyer* UmwG § 191 Rdnr. 1, 7 ff.

²²⁸ Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EU L 310 v. 25. 11. 2005, S. 1–9.

²²⁹ Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Personengesellschaften *Bungert/Schneider* in *Hutter/Gruson* Gedächtnisschrift Gruson S. 37 ff.

²³⁰ Siehe nur *Westpfahl/Goetker/Wilkens* Grenzüberschreitende Insolvenzen S. 334 ff.; *Freundorfer/Festner* GmbH 2010, 195 ff.; *Brocker* BB 2010, 971 ff.

²³¹ *Moore* Ins Int 2009, 25, 28.

²³² Zu Umwandlungsmöglichkeiten in der Krise *Blasche* GWR 2010, 441 ff.

²³³ Dazu *Re Wood DIY Ltd*, 14. 6. 2011, unreported.

werkstelligen. Dieser Weg wurde beispielsweise in den Sanierungsfällen Schefenacker²³⁴ und Deutsche Nickel²³⁵ erfolgreich beschritten. Dabei wurde jeweils eine deutsche Kapitalgesellschaft in eine GmbH & Co. KG umgewandelt. An der GmbH & Co. KG war die spätere englische Gesellschaft als Komplementärin beteiligt.²³⁶ Durch Austritt sämtlicher Gesellschafter außer der englischen Komplementärin wurde eine Universalsukzession im Wege der **Anwachsung gem. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB, § 738 Abs. 1 S. 1 BGB** (englisch: collapse merger) herbeigeführt.²³⁷ Die die austretende deutsche Komplementärin treffende Nachhaftung gem. § 160 Abs. 1 HGB belastet die Sanierung der verbleibenden englischen Komplementärin nicht. Das Ausscheiden der übrigen Gesellschafter ist nicht als Sacheinlage in die verbleibende Gesellschaft zu qualifizieren.²³⁸ Ein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer gem. § 613a Abs. 6 BGB gegen den Übergang der Arbeitsverhältnisse besteht wegen der Gesamtrechtsnachfolge nicht, es kann jedoch ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB gegeben sein.²³⁹ Anstelle des Austritts sämtlicher Gesellschafter außer der englischen Komplementärin können die Anteile der GmbH und des/der Kommanditisten auch auf die englische Gesellschaft übertragen werden. Ein Vorteil des Anwachsungsmodells ist seine relativ schnelle Durchführbarkeit und der Umstand, dass es sich bereits in der Praxis bewährt hat. Für weitere Einzelheiten des Anwachsungsmodells wird auf § 55 verwiesen.

VI. Vertrags- und Verkehrsrecht

1. Change-of-COMI-Klauseln

Ein Gläubiger, der sich gegen die Migration einer Gesellschaft in ausländische Rechtsordnungen schützen möchte, kann bei entsprechender Verhandlungsmacht eine Change-of-COMI Klausel vereinbaren.²⁴⁰ Denkbar sind sowohl Klauseln, die sich gegen die **Verlegung des COMI** richten, als auch solche, die einen **Antrag auf Verfahrenseröffnung an einem anderen Ort** als dem gegenwärtigen Satzungs- bzw. Verwaltungssitz verbieten.²⁴¹ Anstatt nur die Fortdauer des aktuell bestehenden COMI zu garantieren, empfiehlt sich die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts des Kreditgebers.²⁴² Als Sanktion bei Verstoß gegen die Klausel kommen u. a. Vorfälligkeit der Kreditforderung oder eine Vertragsstrafe in Betracht.²⁴³ Die Wirksamkeit solcher Klauseln ist bislang – soweit ersichtlich – allerdings noch nicht vor deutschen Gerichten behandelt worden. Eine Gerichtsstandsvereinbarung über die Insolvenzzuständigkeit wird in der Literatur unter Hinweis auf § 4 InsO, § 40 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO als unwirksam angesehen.²⁴⁴

2. Verkehrsrecht

Noch **kaum geklärt** sind die Rechtsfolgen einer Sanierungsmigration nach dem Verkehrsrecht. Das gilt besonders für jene Fälle, in denen es sich nicht um missbräuchliche GmbH-Bestattungen im Ausland handelt.²⁴⁵ Hier verbietet sich eine pauschale Betrachtung

²³⁴ Siehe § 42 Rdnr. 1 ff.

²³⁵ Siehe § 42 Rdnr. 17 ff.

²³⁶ *Baird/Ho* Ins Int 2007, 124, 125.

²³⁷ BGH NJW 1968, 1964 f.; BGH NJW 2000, 1119; zur steuerrechtlichen Behandlung der Anwachsung *Ege/Klett* DStR 2010, 2463.

²³⁸ *Ege/Klett* DStR 2010, 2463.

²³⁹ BAG NZA 2008, 815, 818; näher zu arbeitsrechtlichen Aspekten der Anwachsung *Schnitker/Grau* ZIP 2008, 394.

²⁴⁰ *Eidenmüller* KTS 2009, 137, 148 f.; *ders.* ZGR 2006, 467, 479; *Weller* ZGR 2008, 835, 863 f.

²⁴¹ Einen Überblick zu Gestaltungsmöglichkeiten gibt *Mankowski* ZIP 2010, 1376 ff.

²⁴² *Eidenmüller* KTS 2009, 137, 148.

²⁴³ *Weller* ZGR 2008, 835, 863.

²⁴⁴ *Uhlenbruck/Uhlenbruck* InsO § 3 Rdnr. 1; *Mankowski* ZIP 2010, 1376, 1377; *Knof/Mock* ZIP 2006, 189.

²⁴⁵ Dazu instruktiv *Weller* ZIP 2009, 2029 ff.

§ 38

2. Kapitel. Insolvenz und Sanierung deutscher Unternehmen in England

wegen der Vielgestaltigkeit möglicher Konstellationen. Zu denken ist etwa an Fälle, in denen Kleingläubiger unter der von den maßgeblichen Großkreditgebern getragenen Restrukturierung im Ausland leiden.²⁴⁶ Probleme kann aber auch die „Entmachtung“ von Minderheitsgesellschaftern durch Migration in die englische Rechtsordnung bereiten.²⁴⁷

63 Zwar ist es richtig, dass bereits de lege lata zahlreiche Mechanismen missbräuchlichem Forum Shopping vorbeugen.²⁴⁸ Dazu zählen das Sicherungsrecht der Gläubiger gem. §§ 204, 22 UmwG im Fall der Umwandlung zur Vorbereitung einer Migration im Wege der Anwachsung, der Anspruch auf Sicherheitsleistung gem. § 122j Abs. 1 UmwG bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung und die Mitwirkungsrechte zumindest der Mehrheitsgesellschafter bei Strukturänderungen. Die durch den Wechsel des Insolvenz- und ggf. auch Gesellschaftsstatuts verursachten **Friktionen** können die bestehenden Regeln jedoch nicht immer zufriedenstellend bewältigen. Genannt seien nur die Verschiebung von Gläubigerrangklassen bei der Migration von der deutschen in die englische Rechtsordnung²⁴⁹ und die Möglichkeit, Gläubiger- und Gesellschafterminderheiten nach englischem Recht gegen ihren Willen durch die Sanierung verursachte Verluste aufzuzwingen.²⁵⁰

64 Die Rechtsprechung wird hier neben insolvenzrechtlichen Schutznormen (wie dem Insolvenzanfechtungsrecht) die Anwendbarkeit des Verkehrsrechts, insbesondere der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gem. § 826 BGB, zu prüfen haben. Dabei sind jedoch die für die Sittenwidrigkeit relevanten hohen Anforderungen an den Missbrauchsvorwurf einer Migration zu beachten.²⁵¹ Weiterhin ist die Anwendbarkeit anderer gläubigerschützender Normen auch bei Sanierungsmigrationen nicht aus den Augen zu verlieren, etwa die bereits bei Fahrlässigkeit greifende Insolvenzverschleppungshaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB, § 15a Abs. 1 InsO.²⁵²

§ 38 Insolvenzverfahren

Übersicht

	Rdnr.		Rdnr.
I. Rechtsquellen	1–4	d) Ansatz der Forderungen	21–22
II. Institutionen	5–7	e) Ansatz der Zahlungsmittel	23
III. Insolvenzgründe	8–38	f) Nachweis im Verfahren	24
1. Insolvency und inability to pay debts	8–14	3. Balance sheet insolvency gem. s. 123(2) IA 1986 und s. 214(6) IA 1986 (Überschuldung)	25–32
a) Terminologie und Überblick	8–10	a) Grundlagen	25–26
b) Bedeutung der materiellen Insolvenz	11–12	b) Ansatz der Passiva	27–29
c) Relevanz der Insolvenzgründe	13–14	c) Ansatz der Aktiva	30–31
2. Cash flow insolvency gem. s. 123(1)(c) IA 1986 (Zahlungsunfähigkeit)	15–24	d) Nachweis im Verfahren	32
a) Grundlagen	15–17	4. Statutory demand gem. s. 123(1)(a) IA 1986	33
b) Relevanter Zeitraum	18–19	5. Erfolgreiche Vollstreckung gem. s. 123(1)(b) IA 1986	34
c) Wesentlichkeit	20	6. Zukünftige Insolvenz gem. p. 11(a) Sch B1 IA 1986	35–38

²⁴⁶ Zur maßgeblichen Rolle der Kreditinstitute bei Sanierungsmigrationen *Ringe* EBOR 2008, 579, 604.

²⁴⁷ Siehe dazu Rdnr. 7.

²⁴⁸ *Ringe* EBOR 2008, 579, 604 ff.

²⁴⁹ *Ringe* EBOR 2008, 579, 604 ff.

²⁵⁰ Dazu §§ 39, 40.

²⁵¹ Dazu oben Rdnr. 20.

²⁵² Zur internationalen Zuständigkeit bei Ansprüchen aus Geschäftsführerhaftung OLG Karlsruhe NJW-RR 2010, 714.