

Schriftenreihe des
Centrum

für Deutsches & Europäisches

Insolvenzrecht

Herausgegeben von Stefan Smid, Silke Wehdeking
und Mark Zeuner



Band 2

Sebastian W. Deichgräber

**Gesellschaftsrechtliche Sitzverlegungen
und haftungsrechtliche
Begründungen internationaler
insolvenzrechtlicher Zuständigkeiten**

Zugleich ein Beitrag zur Verwendung in der Judikatur



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

A. Einleitung

I. Einführung

Rechtliche Mobilität und Flexibilität sind grundlegende Voraussetzungen, um Gesellschaftsstrukturen an sich verändernde wirtschaftliche oder rechtliche Rahmenbedingungen anzupassen. Es liegt auf der Hand, Unternehmen die Möglichkeit zu gewähren, sich ohne erhebliche rechtliche und wirtschaftliche Nachteile grenzüberschreitend neu- oder umzustrukturieren. Zwar hat das Recht der Gesellschaften in jüngster Vergangenheit z.B. durch die Internationale Verschmelzungsrichtlinie (nachfolgend: Verschmelzungs-RL)¹ oder das Statut der „Europäischen Gesellschaft“^{2c} (nachfolgend: SE)³ bedeutsame Fortschritte erzielt. Jedoch stellt sich die Frage, ob aufgrund der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs* (nachfolgend: EuGH) zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften eine umfassende grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften in Europa gewährleistet werden kann. In diesem Zusammenhang stellen die in Europa divergierenden kollisionsrechtlichen Anknüpfungsmomente ein zentrales Problem dar. Im Gegensatz zur Langatmigkeit des europäischen Gesetzgebers, deren Anschein nach die kollisionsrechtliche Anknüpfungssproblematik zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts auf die Judikative umgewälzt werden soll, wagt der deutsche Gesetzgeber erstmalig die Kodifizierung des Internationalen Gesellschaftsrechts. Als *sedes materiae* ist das EGBGB vorgesehen. Kern des am

-
- 1 RL 2005/56/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, Abl. EU 2005 Nr. L 310, S. 1 (10. Gesellschaftsrechtliche RL); abgedr. in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, Bd. I, Fach EG-Richtlinien: Verschmelzungs-RL; vgl. hierzu etwa *Bayer/Schmidt* NJW 2006, 401. Die Umsetzungsfrist lief am 31.12.2007 ab. Der deutsche Gesetzgeber nahm diese Umsetzung durch das am 25.04.2007 in Kraft getretene Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes (2. UmwG-ÄndG) - BGBl. 2007 I, S. 542 - mit der Einfügung der §§ 122a bis 122l in das UmwG vor; vgl. zu den binnenrechtlichen Aspekten der Reform *Bayer/Schmidt*, NZG 2006, 841; *Drinhausen*, BB 2006, 2313; Stellungnahme des DAV, NZG 2006, 737.
 - 2 Die Bezeichnung als „Europäische Gesellschaft“ geht darauf zurück, dass schon in der amtlichen Überschrift der VO die Abkürzung „SE“ und damit der lateinische Name „Societas Europaea“ verwendet wird.
 - 3 VO (EG) Nr. 2157/2001 v. 08.10.2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft, Abl. EG Nr. L 294/1, geändert durch Verordnung 885/2004 v. 26.04.2004, Abl. Nr. L 168/1; Abdruck der konsolidierten Fassung in *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 12 Rn. 47. Vorausgegangen war eine jahrzehntelange Diskussion, vgl. *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 31 ff., 1087 ff.; *Blanquet*, ZGR 2002, 20.

7.01.2008 veröffentlichten Referentenentwurfs für ein deutsches Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen (nachfolgend: RefE)⁴ ist ein vorbehaltloses Bekenntnis zur Gründungstheorie und somit auch die universelle Akzeptanz so genannter Briefkasten- bzw. Scheinauslandsgesellschaften⁵. Allerdings wirft jene uneingeschränkte kollisionsrechtliche Gleichbehandlung aller Auslandsgesellschaften Fragen auf. Denn die durch den RefE propagierte uneingeschränkte Anwendung der Gründungstheorie ohne Vorbehalte könnte zu einem *race to the bottom* führen. Andererseits könnte eine Differenzierung zwischen der Anwendung der Gründungstheorie auf Mitgliedstaaten der EU und auf Drittstaaten zu einem Wertungswiderspruch führen.

Aber was bringt die geplante Regelung des Gesellschaftskollisionsrechts im EGBGB für die rechtsgestaltende und für die streitende Praxis?

Durch die geplante Änderung des Internationalen Gesellschaftsrechts drängt sich deutschen Kapitalgesellschaften gegenwärtig die Ungewissheit auf, welche Auswirkungen sich hierdurch für ihre geschäftlichen Aktivitäten im In- bzw. Ausland ergeben. Zentrales Element bei international tätigen Kapitalgesellschaften ist die Mobilität der Gesellschaftsform. Es stellt sich somit die Frage, wie mobil Gesellschaften des deutschen materiellen Rechts bei einer Zentrierung ihres Aufgabenfeldes im Ausland sind, bzw. umgekehrt, welche Auswirkungen und Gefahren sich für den deutschen Gläubiger- und Verkehrsschutz im Umgang mit Auslandsgesellschaften ergeben.

Autonomie im Ausland?

Die Mobilität deutscher Kapitalgesellschaften, deren Tätigkeitsschwerpunkt im Ausland belegen ist, ist daran festzumachen, wie viel Entfaltungsmöglichkeit das deutsche materielle Recht Kapitalgesellschaften bei einem *Wegzug* zugeht. Unter dem Synonym des Wegzugs versteht man: Eine Gesellschaft führt ihre Geschäfte mittels vor Ort ansässiger Geschäftsleitung ausschließlich oder zumindest weit überwiegend im Ausland. Interesse an einer solchen Gestaltungsvariante haben sowohl deutsche Konzerne mit Muttergesellschaft im In- sowie Tochtergesellschaften im Ausland aber auch Kapitalgesellschaften, deren

4 Der Referentenentwurf ist im Internet unter www.gmbhr.de/volltext.htm abrufbar, zuletzt abgerufen am 22.07.2010.

5 Tatsächlich wäre für die hier in Rede stehenden ausländischen Gesellschaften die Bezeichnung „formal ausländische Gesellschaft“ präziser. Darunter versteht man Gesellschaften, die im Ausland gegründet wurden und hier ihren Satzungssitz haben, im Inland aber ihre Verwaltung und/oder den wesentlichen Teil ihres Geschäftsbetriebes unterhalten.

Geschäfts- bzw. Gewinnertragsfeld sich im Laufe der Zeit ins Ausland verlagert. So wurden bspw. die Tochtergesellschaften bislang meist in einer von der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Gesellschaftsform geführt. Die hierzu erforderlichen Kenntnisse des fremden Gesellschaftsrechts verlangen das Vorhandensein interner bzw. die Hinzuziehung externer Expertise. Beide Maßnahmen produzieren immense Kosten. Nur soweit die Geschäftsleitung und somit der Verwaltungssitz unter Fortgeltung des deutschen Gesellschaftsrechts auf rechtlich gesicherter Grundlage dauerhaft im Ausland belegen sein kann, steht deutschen Konzernen die Möglichkeit offen, ihre im Ausland aktiven Gesellschaften als GmbH, UG (haftungsbeschränkt) oder AG zu führen und somit zusätzliche Rechtsberatungskosten zu vermeiden. Dies würde zu einer Vereinfachung für international tätige deutsche Gesellschaften führen, da sich auf diese Art und Weise eine zentrale Rechtsabteilung in Deutschland nicht mit den Gesellschaftsrechten zahlreicher ausländischer Länder befassen müsste⁶; es läge vielmehr eine schlanke Rechtsabteilung vor, da sich die gesellschaftsrechtlich notwendigen Kenntnisse sodann auf das deutsche Recht reduzieren würden.

Zu beachten ist jedoch, dass trotz Liberalisierungstendenzen der EuGH-Rechtsprechung im Hinblick auf die Mobilität europäischer Gesellschaften, ein Wegzug deutscher Kapitalgesellschaften aufgrund nationaler Wegzugsbeschränkungen bis vor kurzem noch stark eingeschränkt war. Die mit Begründung des Verwaltungssitzes in ausländischen Staaten verbundene Problematik wurde im Lichte des am 1.11.2008 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des GmbH Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (nachfolgend: MoMiG)⁷ ebenso wie im Anschluss an die Schlussanträge des Generalanwalts *Poiares Maduro* in der vom EuGH inzwischen entschiedenen Rechtssache *Cartesio*⁸ neu diskutiert. So versucht das MoMiG dem hinterherhinkenden deutschen Gesellschaftsrecht mehr Mobilität zu verschaffen. Die §§ 4a GmbHG, 5 AktG lassen hierzu eine einschneidende Neuregelung erblicken. War nach dem bisherigem GmbH- bzw. Aktien-Recht die Sitzverlegung und damit der Wegzug einer GmbH ins Ausland nicht möglich, so muss durch die Einführung des MoMiG in dieser Frage nunmehr zwischen dem Satzungs- und dem Verwaltungssitz unterschieden werden. Ob es der Gesetzgeber deutschen Gesellschaften nunmehr tatsächlich ermöglicht hat, ihren Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen, bedarf jedoch einer genaueren Untersuchung. Auf den ersten Blick

6 Ähnlich *Wälzholz*, in: Tillmann/Schiffers/Wälzholz, Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, Rn. 45; *ders.*, MittBayNot 2008, 425, 432.

7 Vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BT-Drucks. v. 25.07.2007, 16/6140.

8 EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641 – *Cartesio*.

scheinen die §§ 4a GmbHG, 5 AktG jedenfalls ihren Sinn und Zweck, nämlich die Verbesserung der Mobilität deutscher Gesellschaften und Chancengleichheit des deutschen Gesellschaftsrechts im internationalen Wettbewerb, zu erreichen. Im Gleichschritt hierzu möchte der RefE zukünftig auch auf kollisionsrechtlicher Ebene einen entsprechenden gesetzlichen Rahmen schaffen.

Es erscheint jedoch ungewiss, ob die im obigen Zusammenhang dargestellten Änderungen durch das MoMiG uneingeschränkt positive Effekte in sich bergen. Zu fragen ist, ob sich die etwaige Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des nationalen materiellen Gesellschaftsrechts durch die §§ 4a GmbHG, 5 AktG auf den zweiten Blick zu einem Boomerang für das deutsche Insolvenzrecht entwickelt. So ist zu vermuten, dass die Stärkung der Mobilität neue Fragen und Probleme mit sich bringt, die die Weiterentwicklung des neuen deutschen Mobilitätsfreiheitsdenkens unbeabsichtigt einschränkt – denn es steht zu befürchten, dass die Ermöglichung der Vorzüge des Wegzugs einen *Rechtsmissbrauch des Europäischen Insolvenzrechtes*, also der Europäischen Insolvenzordnung⁹ (nachfolgend: EuInsVO), fördern bzw. bewirken können.

Schutz im Inland?

Wie jedes Geldstück eine Vorder- und eine Rückseite hat, stellt sich bei der Mobilität ins Ausland umgekehrt die Frage nach der Sicherheit im Inland. Der Schutz deutscher Gesellschaften im inländischen Rechtsverkehr, hängt davon ab, in welchem Ausmaß das deutsche Recht den *Zuzug* von im Ausland inkorporierten Gesellschaften anerkennt und gleichzeitig die mit dieser Anerkennung verbundenen Schutzlücken schließt. „Zuzug“ bedeutet: Gesellschaften ausländischer Rechtsordnungen führen ihre Geschäfte mittels der vor Ort ansässigen Geschäftsführung ausschließlich oder zumindest weit überwiegend im Inland. Es dürfte offensichtlich sein, dass insbesondere ausländische Konzerne, die neben der heimischen Konzernmutter auch ihre in Deutschland aktiven Tochtergesellschaften in einer von ihrer Heimatrechtsordnung zur Verfügung gestellten Gesellschaftsform gestalten und gleichzeitig über einen im Inland belegenen Verwaltungssitz führen möchten, hieran ein Interesse haben.

Im Zuge der Rechtsprechung ordnet der EuGH dem Zuzugsstaat bzw. Deutschland als Aufnahmestaats an, den Zuzug von Auslandsgesellschaften aus EU- und EWR-Mitgliedstaaten nach Maßgabe des Gründungsrechts anzuerkennen. Hingegen besteht ein europaweites Verbot nationaler Wegzugsbeschränkungen nicht. Die Zulässigkeit eines Wegzugs hängt daher weiterhin vom nationalen Recht des jeweiligen Gründungsstaates ab. Darüber hinaus möchte der

9 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates v. 29.05.2000 über Insolvenzverfahren, ABl. L 160/01.

RefE im Wege einer kollisionsrechtlichen Gleichbehandlung aller Auslandsgesellschaften eine Differenzierung zu Drittstaaten unterbinden. Grund hierfür dürfte die mangelnde Geltung der EuGH-Rechtsprechung sein, nach welcher Auslandsgesellschaften aus Drittstaaten vom deutschen Recht nur ausnahmsweise anerkannt werden. Auf den ersten Blick erscheinen Schutzlücken die zwingende Folge. Denn sollte das über die Auslandsgesellschaft anzuerkennende Auslandsgesellschaftsrecht keine bzw. weniger Verkehrs- und Gläubigerschutzmechanismen aufweisen als das deutsche nationale Gesellschaftsrecht, wäre auf den ersten Blick eine Schlechterstellung des Verkehrs- und Gläubigerschutzes die logische Konsequenz. Aufgabe des deutschen Gesetzgebers und der Rechtsprechung ist es daher, etwaige Schwächen zu schließen.

Allerdings bedarf es einer genauen Feststellung, ob durch den Zuzug von Auslandsgesellschaften tatsächlich gravierende Schutzlücken entstehen.

Rechtsmissbrauch der EuInsVO?

Die Mobilität hat zwei Seiten, die des Zuzugs und die des Wegzugs. Bereits oben wurde allerdings angedeutet, dass noch eine weitere Seite bedacht werden sollte. Denn neben dem bisher fokussierten Gesellschaftsrecht könnte gerade jene Mobilität über die Regelungen der EuInsVO die *goldene Brücke* zum internationalen und letztlich nationalen Insolvenzrecht bauen. Ob der Bau jener goldenen Brücke durch den deutschen Gesetzgeber gewollt ist – oder jene nach gegenwärtigem Stand vielmehr die Interessen der Gläubiger des Schuldners zum Einsturz bringen kann – erscheint jedoch mehr als fraglich. Jedenfalls könnten die Neuregelungen für deutsche Kapitalgesellschaften mittelbar einen Bindungspunkt zu einer Materie herstellen, die insbesondere bei der Umsetzung des MoMiG nicht in Gänze bedacht worden ist.

Denkbar und in der Praxis auch naheliegend könnte die Konstellation sein, dass ein findiges, international tätiges Unternehmensmanagement auf den Gedanken kommt, das deutsche Insolvenzrecht zu umgehen. So war bereits in der Vergangenheit eine Tendenz festzustellen, Hauptinsolvenzverfahren betreffend Tochtergesellschaften in den Staat der Mutter zu ziehen¹⁰. Die Konsequenz wäre die Gefahr des Insolvenzstandortes Deutschland. Zu denken ist an die Problematik der Schaffung eines so genannten *level playing fields* bzw. der Verlagerung des aus Art. 3 EuInsVO zu entnehmenden *Center of Main Interest* – das Internationale Insolvenzrecht verwendet hierfür die Abkürzung „COMI“ – von Deutschland in einen Mitgliedstaat der EU.

Ähnlich wie beim Gesellschaftsrecht könnte durch die Umsetzung des MoMiG und die Reformbestrebungen des Gesetzgebers zum Internationalen Ge-

10 *Smid*, Internationales Insolvenzrecht, § 5 Rn. 4.

sellschaftsrecht die Tür für eine Flucht des Insolvenzrechts weit aufgestoßen worden sein. Als zentraler Dreh- und Angelpunkt ist hierbei die EuInsVO zu nennen. Dieser am 31.05.2002 in Kraft getretenen Verordnung kommt nunmehr aufgrund der Änderungen im Internationalen Gesellschaftsrecht ein zentrales Hauptaugenmerk für den Fall grenzüberschreitender Tätigkeit von Gesellschaften zu. Der Sinn und Zweck der EuInsVO ist unter anderem in der Errichtung eines stabilen Rahmens transnationaler Insolvenzen zu sehen. Dazu sieht die EuInsVO Regeln zur internationalen Zuständigkeit für Insolvenzverfahren und dem anwendbaren Recht zur Anerkennung von Eröffnungsentscheidungen und der Koordination verschiedener Insolvenzverfahren über denselben Schuldner vor¹¹. Das Zusammenspiel dieser Regeln könnte durch die Mobilitätsfreundlichkeit des MoMiG jedoch nunmehr missbraucht werden.

Im Rahmen der EuInsVO fällt der Fokus insbesondere auf drei Entscheidungen: Die *Susanne Staubitz-Schreiber*-Entscheidung vom 17.01.2006¹², *Eurofood IFSC Ltd.* (nachfolgend: Eurofood) vom 2.05.2006¹³ und die *Christopher Seagon*-Entscheidung vom 12.02.2009¹⁴. Jene drei durch den EuGH entschiedenen Entscheidungen betreffen sämtlich Fragen des so genannten *forum shopping*¹⁵ und der *internationalen Zuständigkeit*. Während sich die Christopher Seagon-Entscheidung mit der internationalen Zuständigkeit von Anfechtungsklagen beschäftigt, sind hingegen die zwei zuerst genannten Entscheidungen für die Frage und späteren Untersuchung eines etwaigen Rechtsmissbrauchs von zentraler Bedeutung.

Ein Hauptaugenmerk wird auf die Entscheidung Eurofood des EuGH zu werfen sein. Das Verfahren betraf im Kern die Frage, ob Konzerninsolvenzen in den Anwendungsbereich der EuInsVO fallen. Damit verbunden waren allerdings auch Klarstellungen zum Begriff des COMI. Die Entscheidung des EuGH behandelt den Sachverhalt einer im Jahre 1997 in Irland gegründeten *company limited by shares* mit Satzungssitz in Dublin. Der hauptsächliche Geschäftszweck

11 *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 138.

12 EuGH, Urt. v. 17.01.2006 – Rs. C-1/04, Slg. 2006 I-701 – *Susanne Staubitz-Schreiber*.

13 EuGH, Urt. v. 02.05.2006 – Rs. C-341/04, Slg. 2006 I-3813 – *Eurofood IFSC Ltd.*; vgl. *Smid*, DZWIR 2006, 325; *Carrara*, RabelsZ 2006, 538.

14 EuGH, Urt. v. 12.02.2009 – Rs. C-339/07 – *Christopher Seagon* als Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Frick Teppichboden Supermärkte GmbH/eko Marty Belgium NV, NZI 2009, 199.

15 Vgl. zum Begriff des *forum shopping* etwa *Kropholler*, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Kap. III Rn. 160; *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit, S. 487 f.; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, Rn. 220 ff.; *Jasper*, Forum Shopping in England und Deutschland, S. 20; *Siehr*, ZfRV 1984, 124, 125; *Kropholler*, in: FS Karl Firsching, S. 165.

der 100%igen Tochtergesellschaft der italienischen Parmalat S. p. A. war die Beschaffung von Finanzmitteln für die Konzerngesellschaften innerhalb des Parmalat-Konzerns. Aufgrund der Zahlungsunfähigkeit der Eurofood stellte die Bank of America NA am 27.01.2004 in Irland einen Antrag auf Eröffnung eines Zwangsliquidationsverfahrens sowie auf Bestellung eines vorläufigen Verwalters. Der High Court of Dublin entsprach diesem Antrag noch am selben Tag. Im Gegenzug ließ das zuständige italienische Ministerium am 9.02.2004 das Verfahren der außerordentlichen Verwaltung in Italien zu und bestellte einen entsprechenden Verwalter. Mit Urteil vom 19.02.2004 erklärte sich das Tribunale civile e penale di Parma¹⁶ für die Feststellung der Insolvenz auf Grund der Belegenheit des COMI in Italien als international zuständig. Das Gericht begründete seine Auffassung u.a. damit, dass die Gesellschaft an ihrem satzungsmäßigen Sitz in Dublin weder Geschäftsräume unterhalte noch Angestellte beschäftigt habe, sondern nur ein pro-forma-Sitz in einer Anwaltssozietät eingerichtet gewesen sei. Des Weiteren seien die zwei „executive directors“ der insgesamt vier Geschäftsführer der Eurofood Angestellte der Parmalat-Gruppe in Italien gewesen. Durch sie sei die tatsächliche Unternehmensführung erfolgt. Für alle Finanzierungen, die von der Eurofood für Gesellschaften des Parmalat-Konzerns getätigt wurden, sei eine Garantie von der Muttergesellschaft Parmalat S. p. A. übernommen worden. Dieser Aspekt sei auch im Rahmen von Verhandlungen für Dritte erkennbar gewesen, so dass das Vertrauen der Investoren für ihre Entscheidungen letztlich darauf basierte. Sie hätten dadurch den „wahren juristischen und wirtschaftlichen Unternehmensträger erkennen können.“ Insgesamt könne Eurofood aufgrund ihres einzigen, den Interessen der anderen Gesellschaften dienenden Unternehmensgegenstandes als Arm ihrer Muttergesellschaft angesehen werden¹⁷. Die internationale Zuständigkeit für das Hauptverfahren wollte jedoch auch der High Court of Dublin in Anspruch nehmen. In seinem Urteil vom 23.03.2004¹⁸, das nach der Entscheidung des Tribunale di

16 Abgedruckt in ZIP 2004, 1220; Kurzkommentar von *Riera/Wagner*, EWiR 2004, 597.

17 Ähnlich argumentierte das Tribunale di Parma in seinem Urt. v. 15.06.2004 bzgl. der Insolvenzeröffnung über das Vermögen einer weiteren Tochtergesellschaft der Parmalat S. p. A., der Deutschen Parmalat GmbH. Abgestellt wurde hier insbesondere auf die im Gesellschaftsvertrag geregelten Befugnisse der Gesellschafter. Festgelegt wurden dabei Geschäfte, die nur unter Zustimmungsvorbehalt getätigt werden durften. Darüber hinaus solle anhand des Geschäftszweckes der Tochtergesellschaft erkennbar gewesen sein, dass ihre Hauptaufgabe die Unterstützung der Muttergesellschaft gewesen sei. Als deutsche Übersetzung abgedruckt in ZIP 2004, 2295; Kurzkommentar von *Bauer/Schlegel*, EWiR 2004, 1181.

18 Abgedruckt im Original in ZIP 2004, 1223, dazu Anmerkungen *Herweg/Tschauner*, EWiR 2004, 599.

Parma erging wurde ein Hauptinsolvenzverfahren über das Vermögen der Eurofood rückwirkend zum Zeitpunkt der Antragstellung durch die Bank of America NA am 27.01.2004 in Irland eröffnet. Das irische Gericht beschloss die Liquidation der Eurofood und bestellte einen Liquidator. Es sah den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen der Gesellschaft als in Irland belegen an. Gestützt wurde diese Meinung auf die Tatsache, dass die Eurofood ihren Satzungssitz in Irland hatte. Damit habe die Gesellschaft den behördlichen und steuerlichen Regelungen Irlands unterlegen. Abzustellen sei weiterhin auf die äußere Feststellbarkeit für Dritte, insbesondere für die Gläubiger. Diese seien im Falle Eurofood davon ausgegangen, es mit einer irischen Gesellschaft zu tun zu haben. In seinem Urteil stellte der EuGH fest, dass der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen einer Tochtergesellschaft in der Regel in dem Mitgliedsstaat ihres satzungsmäßigen Sitzes belegen sei. Die Vermutung des Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO könne nur mittels objektiver und für Dritte feststellbarer Kriterien widerlegt werden¹⁹.

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob die Ergebnisse der Eurofood-Entscheidung und die Umsetzung des MoMiG zu der oben erwähnten Gefahr für den Insolvenzstandort Deutschland führen bzw. der Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft durch die Verlagerung des Verwaltungssitzes mittelbar die Möglichkeit eröffnet wird, die EuInsVO – entgegen ihres eigentlichen Sinn und Zwecks – zu missbrauchen.

Die Dogmatik des Rechtsmissbrauchs steht hierbei in einem engen Zusammenhang mit dem bereits oben erwähnten COMI. Der Schuldner, der seinen COMI verlagert, kann hierbei entweder eine natürliche oder eine juristische Person sein. So mag der Schuldner als Verbraucher bei einem Gläubiger einen Kredit aufnehmen, und kurze Zeit später etwa nach Frankreich ziehen, um dort ein Verfahren zu erwirken, das nach drei Jahren mit einer Restschuldbefreiung endet. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich jedoch wegen der mobilitätsfreundlichen Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit i.S.d. Art. 49, 54 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (nachfolgend: AEUV²⁰) [ex-Art. 43, 48 EGV] und insbesondere wegen der Umsetzung der §§ 4a GmbHG, 5 AktG mit einer etwaigen Verlagerung des COMI durch eine juristische Person.

19 So später auch BGH, Urt. v. 22.03.2007 – IX ZB 164/06, ZIP 2007, 878, ZInsO 2007, 440.

20 Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag; kurz: EGV oder EG) ist durch Artikel 2 des Vertrags von Lissabon mit Wirkung zum 1.12.2009 in den »Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union« umbenannt worden.

Die Gründe für eine COMI-Verlagerung sind vielfältig. Ziel kann zum einen das gezielte Ausschuchen einer anderen internationalen Eröffnungszuständigkeit und ein damit einhergehender Wechsel des Insolvenzstatuts sein. Ferner könnte auch eine Beschleunigung des Verfahrens verbunden mit dem Ziel, die Haftungsmasse des Schuldners nicht unnötig zu minimieren, sondern durch gesteuertes Verhalten vielmehr zu maximieren, Grund der Verlagerung sein. Denkbar ist aber auch, dass der Schuldner durch eine etwaige Verlagerung des COMI eine bewusste Umgehung der deutschen insolvenzrechtlichen Haftungs- und Insolvenzanfechtungsvorschriften bezweckt. Die Verlagerung des COMI ruft folglich auch häufig Zweifel hervor. Dieses steht wiederum eng im Zusammenhang mit dem Ziel der Bekämpfung des forum shopping durch die EuInsVO. So heißt es in der 4. Begründungserwägung zur EuInsVO ausdrücklich: »Im Interesse eines ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarktes muss verhindert werden, dass es für die Parteien vorteilhafter ist, Vermögensgegenstände oder Rechtsstreitigkeiten von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu verlagern, um auf diese Weise eine verbesserte Rechtsstellung anzustreben«. Das forum shopping seinerseits ist jedoch untrennbar mit dem eingangs erwähnten Rechtsmissbrauch der EuInsVO in Verbindung zu bringen. Der EuGH selbst erhielt jedoch im Insolvenzrecht noch nie die Gelegenheit zu einer Entscheidung, welche ausdrücklich zur Umgehung des nationalen Insolvenzstatutes unter Ausnutzung des Europäischen Insolvenzrechtes bzw. zum Rechtsmissbrauch ergangen ist. Die vorliegende Arbeit versucht daher neben den Auswirkungen des MoMiG und des RefE auf das deutsche internationale Gesellschaftsrecht letztlich ein Konzept zu entwickeln, welches dem Rechtsanwender aufzeigt, wann die Verlagerung des COMI zu einem Rechtsmissbrauch führt und andererseits wann jene Verlagerung nicht im Widerspruch zur EuInsVO steht.

II. Problemstellung

In der vorliegenden Dissertation soll die Frage beantwortet werden, welche Auswirkungen das MoMiG bzw. die geplante Umsetzung des RefE auf das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht hat. Es stellt sich die Frage nach den erworbenen Vorteilen für eine Gesellschaft bzw. etwaigen Auswirkungen und Gefahren für den inländischen Rechtsverkehr. Hierbei gilt zwischen dem Stand nach der Umsetzung des MoMiG bzw. dem Stand nach der Umsetzung des RefE zu differenzieren.

Hieran anknüpfend stellt sich zwingend die Frage, ob die Umsetzung des MoMiG zu einer erheblichen Verstärkung des forum shoppings auf dem insolvenzrechtlichen Sektor führen wird. Denn durch das MoMiG könnte mittelbar

ein Tor aufgestoßen werden, durch welches es zu einer Umgehung des deutschen Insolvenzstatuts kommen kann. Diese durch das MoMiG ermöglichte Umgehung könnte dann jedoch einen Missbrauch der EuInsVO darstellen.

Im Kern geht es daher um vier Fragen:

- (1.) Zunächst stellt sich die Frage nach dem aktuellen Stand des Europarechts bzgl. der Niederlassungsfreiheit, um dadurch letztlich aufbauend ermitteln zu können, welche Auswirkungen sich für das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht ergeben.
- (2.) Es stellt sich sodann die Frage nach dem aktuellen Stand des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts, da hierdurch ersichtlich wird, welche Vorteile für eine Gesellschaft entstehen bzw. welche Auswirkungen und Gefahren sich für den inländischen Rechtsverkehr ergeben.
- (3.) Aus dem Zusammenspiel des deutschen Internationalen Gesellschaftsrechts und dem MoMiG bzw. dem RefE muss sich anschließend Klarheit verschafft werden, ob deutschen Gesellschaften nunmehr die Möglichkeit zu einem Rechtsmissbrauch der EuInsVO eröffnet wurde.
- (4.) Letztlich stellt sich die Frage, wie eine etwaige Rechtsmissbräuchlichkeit durch den (europäischen) Gesetzgeber unterbunden werden kann.

III. Gang der Untersuchung

1. Teil 1 – Vorgaben des Europarechts für das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht und die Niederlassungsfreiheit

Im ersten Teil meiner Arbeit werden die Vorgaben des Europarechts für das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht und die Niederlassungsfreiheit dargestellt. Neben der zwingend notwendigen Darstellung von grundsätzlichen Fragen der kollisionsrechtlichen Anknüpfung wird im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Art. 49, 54 AEUV eine Differenzierung zwischen der so genannten Zuzugs- und Wegzugskonstellation aber auch der Umwandlung durchgeführt. Insbesondere wird der aktuelle Stand der Niederlassungsfreiheit im Zusammenhang mit den Folgen der *Cartesio*-Entscheidung dargestellt. Aufgrund der Äußerungen des EuGH ist darüber hinaus zu problematisieren, ob das zwischenzeitlich aufgegebene Projekt einer Sitzverlegungsrichtlinie zwecks Rechtsklarheit neu belebt werden sollte und wie eine inhaltliche Ausgestaltung einer etwaigen Sitzverlegungsrichtlinie aussehen könnte.