

Schriften zum Verfahrensrecht

Schriften zum Verfahrensrecht

Herausgegeben von

Jens Adolphsen, Peter Gottwald und Ulrich Haas

Band 49

Silvio Kupsch

Grenzüberschreitende Insolvenzverfahren in Südafrika

Einleitung

“I believe that one can hardly expect foreign investors and persons who wish to do business with South Africa to be left with a situation where there is some uncertainty and indeed, in some cases, gaps in regard to a situation where a cross-border insolvency occurs.”

Mit diesem Plädoyer setzte sich *Ralph H. Zulman*, Richter am südafrikanischen Supreme Court of Appeal, in seinem Abschlussbericht über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren im Jahre 1998 für die Übernahme des UNCITRAL Modellgesetzes über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren in das südafrikanische Recht ein.¹ Das Zitat enthält drei Kernaussagen, die als Ausgangspunkt für die vorliegende Arbeit dienen.

Mit der ersten Kernaussage rückt *Zulman* das Internationale Insolvenzrecht, das die verfahrens- und kollisionsrechtlichen Vorschriften zur Regelung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren umfasst,² in den Kontext des internationalen Handelsverkehrs. Tatsächlich haben im Zuge der fortschreitenden Globalisierung in den letzten Jahrzehnten auch Insolvenzverfahren mit internationalen Bezügen drastisch zugenommen.³ Als wohl größte Insolvenz in der Geschichte des Internationalen Insolvenzrechts beschäftigt noch immer die Pleite der US-amerikanischen Investmentbank *Lehman Brothers* die Weltöffentlichkeit und die Gerichte.⁴ Auf

1 *Zulman*, Final Report, S. 82, Rn. 20.2.

2 Zu Definitionsversuchen vgl. *KPB-Adolphsen*, Bd. 2, § 147, Anh. II A, Rn. 4; Kölner Schrift-*Paulus*, Kap. 46, Rn. 2 f.; MünchKommInsO-*Reinhart*, Bd. 3, Vor §§ 335 ff., Rn. 1.

3 Dazu etwa *KPB-Adolphsen*, Bd. 2, § 147, Anh. II A, Rn. 13 ff. („Insolvenzrecht und Globalisierung“); *Paulus*, FS Geimer, S. 795, 797 ff.; ferner (mit rechtshistorischen Bezügen) *Paulus* JZ 2009, 1148, 1153 ff. Das Problem grenzüberschreitender Insolvenzverfahren existierte freilich bereits im Mittelalter, insoweit häufig zitiert *Nadelmann* UPaLRev 93 (1944) 58 ff., der den Zusammenbruch der Ammanati Bank von Pistoia im Jahre 1302 an den Anfang seiner Abhandlung über zwischenstaatliche Insolvenzabkommen stellte.

4 Siehe unter den unzähligen Urteilen und internationalen Presseberichten etwa BGH, Urt. v. 16.10.2012 – XI ZR 267/11; *The Wall Street Journal*, Online-Ausgabe v. 27.5.2010, “*Lehman’s* Bankruptcy Estate Sues J.P. Morgan”, <http://www.wsj.com>.

diese Entwicklung haben weltweit zahlreiche nationale und supranationale Gesetzgeber mit einer Reform des Insolvenzrechts und der Kodifikation des Internationalen Insolvenzrechts reagiert.⁵

Die beiden anderen Kernaussagen betreffen den Zustand des südafrikanischen Internationalen Insolvenzrechts. *Zulman* beschreibt zum einen den Istzustand des südafrikanischen Internationalen Insolvenzrechts im Jahre 1998, als es noch keine gesetzliche Regelung dieser Materie gab, als unsicher und lückenhaft. Dabei stützt er sich auf die größtenteils bereits in seinem ersten Zwischenbericht von 1995 veröffentlichte Auswertung der südafrikanischen Rechtsprechung und des verfügbaren Schrifttums,⁶ die durch einen rechtsvergleichenden Überblick und Berichte über internationale Konferenzen zur Problematik des Internationalen Insolvenzrechts ergänzt werden.⁷ Zum anderen schwingt in dem Eingangszitat *Zulmans* Vorstellung von einem Sollzustand der Rechtssicherheit und Lückenlosigkeit mit, der durch die Übernahme des UNCITRAL Modellgesetzes eintreten würde.

Mittlerweile sind mehr als 10 Jahre vergangen, seit das südafrikanische Parlament mit dem *Cross-Border Insolvency Act 42 of 2000* das UNCITRAL Modellgesetz in nationales Recht übernommen hat. Dennoch hat sich im Vergleich zu der in *Zulmans* Abschlussbericht geschilderten Situation augenscheinlich nicht viel verändert. Der *Cross-Border Insolvency Act* findet aufgrund einer komplizierten Gegenseitigkeitsklausel bis dato keine praktische Anwendung, sodass der Rechtsanwender auch weiterhin ausschließlich mit dem *common law* vorliebnehmen muss. Für den ausländischen Investor – um bei dem Eingangszitat zu bleiben – kommt erschwerend hinzu, dass sich auch die Rechtswissenschaft bisher kaum vertieft mit der Thematik auseinandergesetzt hat. Die zahlreichen Aufsätze, mit denen die Übernahme des UNCITRAL Modellgesetzes zunächst euphorisch begleitet wurde,

Danach handelt es sich um die größte Insolvenz der US-Geschichte. Der Insolvenzantrag der Lehman Brothers am 15.9.2008 wirkte wie ein Brandbeschleuniger für die bereits seit 2007 schwelende Finanzmarktkrise. Mit ihr kollabierte der weltweite Interbankenhandel und in der Folge die Weltwirtschaft, siehe dazu *Rudolph ZGR* 2010, 1 ff., insb. 17 ff.

- 5 Als Beispiele seien hier nur das UNCITRAL Modellgesetz über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren von 1997 und die 2002 in Kraft getretene Europäische Insolvenzverordnung genannt, dazu *Adolphsen IPRax* 2002, 337, 339 f.; *KPB-Adolphsen*, Bd. 2, § 147, Anh. II B, Rn. 1 ff. Zum UNCITRAL Modellgesetz siehe auch unten, Kap. 1 A.III.2.
- 6 *Zulman*, Interim Report, S. 31 ff. Ergänzend dazu fasst der Abschlussbericht die Entwicklung der Rechtsprechung in den Jahren 1995–1998 zusammen, vgl. *Zulman*, Final Report, S. 7 ff.
- 7 Siehe insbesondere *Zulman*, Final Report, S. 31 ff.

beschränken sich im Wesentlichen auf die Wiedergabe des Gesetzeswortlauts und eine weitgehend unkritische, unsystematische Darstellung der Rechtsprechung zum *common law*. Sie sind daher für ein tiefergehendes Studium des südafrikanischen Internationalen Insolvenzrechts nur bedingt geeignet. Innovative Ansätze, die zur Rechtsentwicklung beitragen, sind selten.⁸ Selbst der jüngste Versuch einer systematischen Darstellung in der aktuellen Auflage des von *Mars* begründeten Insolvenzrechtslehrbuchs ist noch weitgehend deskriptiv.⁹ Von einer wissenschaftlichen Begleitung oder gar Richtungsweisung im südafrikanischen Internationalen Insolvenzrecht kann also insgesamt kaum gesprochen werden.

Mit der vorliegenden Arbeit soll dieser Missstand behoben werden. Im Rahmen einer grundlegenden und systematischen Untersuchung soll geklärt werden, inwieweit das geltende südafrikanische Internationale Insolvenzrecht sach- und interessengerechte Antworten auf die Probleme bereithält, die typischerweise in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren auftreten. Soweit aufgrund unzureichender Regelungen erforderlich, sollen Lösungsvorschläge entwickelt werden, die sich in das bestehende System einfügen und daher auch ohne Tätigwerden des Gesetzgebers unmittelbar in die Rechtspraxis einfließen können. Dabei wird im Sinne *Zulmans* auch der rechtsvergleichende Blick nach Deutschland und zur Europäische Union behilflich sein, die zu den wichtigsten Handelspartnern Südafrikas gehören.¹⁰ Beide haben vor wenigen Jahren ihr Internationales Insolvenzrecht umfassend neu geregelt, auf europäischer Ebene mit der 2002 in Kraft getretenen Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO)¹¹ und im deutschen autonomen Recht mit den 2003 in die Insolvenzordnung eingefügten §§ 335 ff. InsO.¹²

Die Untersuchung konzentriert sich auf das Insolvenzverfahren als Liquidationsverfahren. Auf grenzüberschreitende Unternehmenssanierungen wird deshalb

8 Als positive Ausnahme wäre hier etwa eine Entscheidungsbesprechung zu nennen von *Smith/Boraine* (2004) 16 SA Merc LJ 495, 513 ff.

9 Vgl. *Mars*, Ch. 30. *O'Brien* hatte mit seinem Vortrag im Jahre 1995 (Transnational Aspekts) den ersten ernsthaften Versuch unternommen, das bis dahin veröffentlichte südafrikanische Fallrecht thematisch zu ordnen. Mittlerweile enthält auch *Meskin*, Insolvency Law ein eigenes Kapitel mit einer thematisch geordneten Abhandlung.

10 Siehe die Länderinformationen des Auswärtigen Amts zu Südafrika unter <http://www.auswaertiges-amt.de>.

11 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren vom 29. Mai 2000, ABl. EU L 160 S. 1.

12 Eingefügt durch das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts vom 14. März 2003, BGBl. I S. 345. Dazu *KPB-Adolphsen*, Bd. 2, § 147, Anh. II C, Rn. 1 ff.; *MünchKommInsO-Reinhart*, Bd. 3, Vor §§ 335 ff. InsO, Rn. 16 ff.

nur vereinzelt eingegangen werden können. Grenzüberschreitende Unternehmenssanierungsverfahren werfen zahlreiche Sonderfragen auf, deren Klärung zunächst die vorliegend bezweckte gründliche Aufarbeitung des südafrikanischen Internationalen Insolvenzrechts voraussetzt. Beides zusammen würde den hier vorgegebenen Rahmen sprengen.¹³

Die Arbeit gliedert sich in sieben Kapitel. Im ersten Kapitel werden wichtige Grundlagen geklärt, die für die weitere Untersuchung benötigt werden. Das zweite Kapitel widmet sich der Frage, wo das südafrikanische Recht die internationale Zuständigkeit für Insolvenzsachen verortet. Gegenstand des dritten Kapitels ist der Umgang mit Auslandsbezügen in südafrikanischen Insolvenzverfahren. Im vierten und fünften Kapitel wird dann einmal aus Sicht des *common law* und dann aus Sicht des *Cross-Border Insolvency Act* die Rechtshilfe näher beleuchtet, die südafrikanische Gerichte ausländischen Insolvenzverwaltern in Südafrika gewähren. Insbesondere sollen die Voraussetzungen geklärt werden, unter denen ein ausländisches Insolvenzverfahren in Südafrika anerkannt wird. Außerdem wird untersucht, inwieweit damit eine effiziente grenzüberschreitende Verfahrensdurchführung gewährleistet wird. Das sechste Kapitel widmet sich den besonderen Problemen, die bei der Koordination von miteinander konkurrierenden, in mehreren Ländern parallel laufenden Insolvenzverfahren über ein und dasselbe Schuldnervermögen auftreten. Im siebten Kapitel wird schließlich die Funktionsfähigkeit des südafrikanischen Insolvenzkonkurrenzrechts bei der Bestimmung des auf einen konkreten Sachverhalt im Insolvenzverfahren anwendbaren Rechts untersucht.

13 Allein die Untersuchung von Sanierungsverfahren im internationalen Insolvenzrecht gibt Stoff für eine eigene Monographie, siehe etwa *Reinhart*, Sanierungsverfahren im internationalen Insolvenzrecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die besonderen internationalrechtlichen Probleme liquidationsabwendender Insolvenzverfahren, Berlin 1995 (zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 1994).