

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

(4) Beeinflussung des Verfahrens durch Inanspruchnahme von Beratungsleistungen	142
bb. Motive und subjektive Zielsetzungen durch den Schuldner	143
(1) Beachtlichkeit eines „Rückkehrwillens“?	144
(2) Rechtsmissbrauch, wenn die Erlangung der Restschuldbefreiung einziger oder jedenfalls dominierender Zweck war?	145
cc. Beeinträchtigung der Rechtssicherheit durch unklare Kriterien	148
4. Fazit: Kein Rechtsmissbrauch bei tatsächlicher Verlegung des COMI zur Erlangung der Restschuldbefreiung	150

D. Die Umsetzung der insolvenzrechtlichen Entscheidungen in anderen Mitgliedstaaten	153
I. Anerkennung der Eröffnungsentscheidung	153
1. Zentrale Bedeutung der grenzüberschreitenden Anerkennung	153
2. Wirksamkeit der Eröffnungsentscheidung	154
3. Entscheidung durch „ein nach Artikel 3 zuständiges Gericht“?	155
4. Anerkennung einer Entscheidung auch schon bei vorläufigen Verfahren?	158
a. Der Grundsatz: Vorläufige Entscheidungen sind bereits Eröffnungsentscheidungen	
i. S. d. Art. 16 EulnsVO	158
b. Exemplarisch: Anforderungen an die Kompetenzen eines vorläufigen Insolvenzverwalters nach der InsO	162
II. Anerkennung der Entscheidung über die Restschuldbefreiung	165
III. Kollisionen und Kompetenzkonflikte bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens	166
1. Das Konfliktpotenzial	166
2. Der positive Kompetenzkonflikt	167
a. Ursache für den positiven Kompetenzkonflikt	167
b. Lösung des positiven Kompetenzkonflikts über das Prioritätsprinzip	168
c. (Schein-)Problem: Rückwirkung nach nationalem Recht?	171
d. Beendigung des positiven Kompetenzkonflikts	173
3. Der negative Kompetenzkonflikt	174
a. Das Problem	174
b. Lösungsmöglichkeiten	175
aa. Internationale Verweisung	176
bb. Rechtsmittelverfahren	176
c. Beendigung des negativen Kompetenzkonflikts	177
4. Verhinderung von Kompetenzkonflikten durch Kommunikation und Kooperation	178
IV. Der Vorbehalt des <i>ordre public</i> gem. Art. 26 EulnsVO	179
1. Voraussetzungen des Art. 26 EulnsVO	179
2. Die Anwendung des Art. 26 EulnsVO	180
a. Restriktive Anwendung und Prüfung von Amts wegen	180
aa. Die restriktive Anwendung des Art. 26 EulnsVO	180
bb. Die Prüfung des Art. 26 EulnsVO von Amts wegen	183

b.	Anwendungsfälle des Art. 26 EulnsVO	184
aa.	Fehlerhafte Inanspruchnahme der internationalen Zuständigkeit	185
bb.	Stellung eines Eigenantrags und vorherige Verlagerung des COMI	187
cc.	Forum shopping und Rechtsmissbrauch	188
dd.	Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften	189
	(1) Grundsätzliches	189
	(2) Keine ausreichende Gewährung rechtlichen Gehörs	190
	(a) Grundsätzliche Bedeutung rechtlichen Gehörs	190
	(b) Gewährung rechtlichen Gehörs für den Schuldner	192
	(c) Gewährung des rechtlichen Gehörs für Gläubiger	193
	(d) Gewährung rechtlichen Gehörs für weitere Verfahrensbeteiligte	195
	(3) Keine eigene Prüfung des COMI	196
	(4) Fehlende Begründung der Entscheidung	196
	(5) Verstoß gegen das Prioritätsprinzip	197
	(6) Fehlende Rechtsbehelfsmöglichkeiten	198
ee.	Verfahrensfristen und Mitwirkungsrechte	199
ff.	Fehlende Insolvenzfähigkeit des Schuldners	199
gg.	Fehlende Unabhängigkeit des Verwalters	200
hh.	Erteilung der Restschuldbefreiung und sonstige materielle Beschränkungen der Gläubiger	201
ii.	Bewusste Täuschung über zuständigkeitsbegründende Tatsachen oder im laufenden Verfahren	206
jj.	Sonstige rechtswidrige Herbeiführung der Entscheidungen	208
c.	Ergebnisse zu den Fallgruppen	209
3.	Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den ordre public	209
a.	Anerkennungsverweigerung, soweit ein Verstoß vorliegt	209
b.	Bedeutung für ein anzuerkennendes Hauptverfahren	210
c.	Bedeutung für die Entscheidung über die Restschuldbefreiung	211
V.	Die praktische Umsetzung einer in einem anderen Mitgliedstaat erteilten Restschuldbefreiung in Deutschland	212
1.	Nicht titulierte Forderung eines Gläubigers	212
2.	Bereits titulierte Forderung eines Gläubigers	213
a.	Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO	214
b.	Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO	215
E.	Möglichkeiten zur Zurückdrängung des „Restschuldbefreiungstourismus“ im Anwendungsbereich der EulnsVO de lege lata	217
I.	Die Ausgangssituation: Die Restschuldbefreiung ist nach der lex fori concursus wirksam erteilt	217
II.	Keine umfassend befriedigende Lösung durch Nichtanerkennung in den Mitgliedstaaten	218

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

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

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