

Europäische Insolvenzverordnung

Kommentar

von

Prof. Dr. iur. Christoph G. Paulus,
LL.M. (Berkeley)
Humboldt-Universität zu Berlin

5., umfassend neu bearbeitete Auflage 2017

Für Dimscher und David

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8005-1628-5

dfv' Mediengruppe

© 2017 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft,
Frankfurt am Main

Der Verlag im Internet: www.ruw.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satzkonvertierung: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: Beltz Bad Langensalza GmbH, 99947 Bad Langensalza

Kapitel I Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Anwendungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für öffentliche Gesamtverfahren einschließlich vorläufiger Verfahren, die auf der Grundlage gesetzlicher Regelungen zur Insolvenz stattfinden und in denen zu Zwecken der Rettung, Schuldenanpassung, Reorganisation oder Liquidation

- a) dem Schuldner die Verfügungsgewalt über sein Vermögen ganz oder teilweise entzogen und ein Verwalter bestellt wird,**
- b) das Vermögen und die Geschäfte des Schuldners der Kontrolle oder Aufsicht durch ein Gericht unterstellt werden oder**
- c) die vorübergehende Aussetzung von Einzelvollstreckungsverfahren von einem Gericht oder kraft Gesetzes gewährt wird, um Verhandlungen zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern zu ermöglichen, sofern das Verfahren, in dem die Aussetzung gewährt wird, geeignete Maßnahmen zum Schutz der Gesamtheit der Gläubiger vorsieht und in dem Fall, dass keine Einigung erzielt wird, einem der in den Buchstaben a oder b genannten Verfahren vorgeschaltet ist.**

Kann ein in diesem Absatz genanntes Verfahren in Situationen eingeleitet werden, in denen lediglich die Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz besteht, ist der Zweck des Verfahrens die Vermeidung der Insolvenz des Schuldners oder der Einstellung seiner Geschäftstätigkeit.

Die Verfahren, auf die in diesem Absatz Bezug genommen wird, sind in Anhang A aufgeführt.

(2) Diese Verordnung gilt nicht für Verfahren nach Absatz 1 in Bezug auf

- a) Versicherungsunternehmen,**
- b) Kreditinstitute,**
- c) Wertpapierfirmen und andere Firmen, Einrichtungen und Unternehmen, soweit sie unter die Richtlinie 2001/24/EG fallen, oder**
- d) Organismen für gemeinsame Anlagen.**

Erwägungsgründe: 3, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19

Art. 1 Anwendungsbereich

| Übersicht | |
|--|-----|
| Rn. | Rn. |
| I. Normzweck | 1 |
| 1. Zweck- und Zielneutralität | 6 |
| a) Zwecke eines Insolvenzverfahrens | 7 |
| b) Ziele eines Insolvenzverfahrens | 10 |
| II. Geltungsbereich | 11 |
| 1. Öffentliches Gesamtverfahren | 13 |
| a) Kollektivverfahren | 13 |
| b) Öffentlich | 19 |
| 2. Vorläufiges Verfahren | 20 |
| 3. Rettung, Schuldenanpassung, Reorganisation oder Liquidation | 21 |
| 4. Alternativen | 22 |
| a) Entzug der Verfügungsgewalt und Verwalterbestellung | 23 |
| b) Gerichtliche Kontrolle bzw. Aufsicht (Abs. 1 lit. b) | 24 |
| c) Vorübergehende Aussetzung | 25 |
| 5. Insolvenzvermeidung, Verfahren nach Anhang A | 26 |
| III. Einschränkungen des Geltungsbereichs | 28 |
| IV. Anwendungsbereich der Verordnung | 30 |
| 1. Grenzüberschreitender Fall | 31 |
| a) COMI und Vermögen | 31 |
| b) Ausländischer Gläubiger | 33 |
| 2. Räumlich | 36 |
| a) Schuldner mit Mittelpunkt in den Mitgliedstaaten | 36 |
| b) Erstreckung über die Mitgliedstaaten hinaus | 38 |
| 3. Sachlich | 41 |
| 4. Zeitlich | 42 |

I. Normzweck

- 1 Zum allgemeinen Anwendungsbereich der Verordnung s. Einleitung Rn. 48 ff. sowie Art. 3 Rn. 1 ff. Die vorliegende Norm versucht (wie praktisch alle Einleitungsparagrafen von Gesetzen¹) das Thema bzw. den Themenbereich abzustecken, der Gegenstand der Verordnungsregelungen ist. Hier haben sich gegenüber der Vorgängerverordnung **erhebliche Weiterungen** ergeben, die einerseits Ausdruck einer globalen Entwicklung hin zu einer Restrukturierungskultur sind,² denen aber andererseits schon jetzt ein nicht unbeträchtliches Konfliktpotenzial prognostiziert werden kann.³ Indem nämlich unter dem Terminus ‚Insolvenzrecht‘ nicht mehr allein Liquidations- und Reorganisationsverfahren

1 Zu § 1 InsO vgl. *Paulus*, NZI 2015, 1001.

2 Dazu etwa *Mears/Mears*, The Advance of „Rescue Culture“ Business Insolvency Laws: The Long and Winding Road from Chapter 11 to the Proposed 2016 EU Directive, *Pratt’s Journal of Bankruptcy Law* 13 (2017), 117 ff.; *Ebke*, FS P. Kirchhof, 2013, S. 1247; *Paulus*, WM 2011, 2205. Zum Wettbewerb der Restrukturierungsrechte s. etwa *Eidenmüller*, ZHR 175 (2011), 11; *Paulus*, RIW 2013, 577 ff. S. auch *G. Wagner*, Dispute Resolution as a Product: Competition between Civil Justice Systems, in: Eidenmüller (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, 2013, S. 347 ff.

3 S. auch *Fehrenbach*, GPR 2016, 282. Zu einer ganz besonderen Situation, in der Insolvenzvermeidung zur Wahrung der Stabilität des Finanzsystems und der EU erforderlich ist, s. EuGH, Urt. v. 8.11.2016 – C-41/15, DB 2016, 2717 – Dowling.

erfasst werden, sondern auch solche, die primär auf **Insolvenzvermeidung** ausgerichtet sind, kommt es zwangsläufig zu Überschneidungen und Überlappungen mit Rechtsgebieten, die ihr je eigenes Anwendungsareal beanspruchen.⁴

Beispielsweise sei auf das Gesellschaftsrecht⁵ verwiesen, das schon seit Langem unmittelbar ans Insolvenzrecht grenzt; der Suhrkamp-Fall hat allerdings neue Dimensionen dieser Nachbarschaft aufgezeigt.⁶ Weniger bekannte, teilweise **neue „Nachbarn“** erhält das Insolvenzrecht durch seine Fortentwicklung in Gestalt etwa des Wettbewerbsrechts,⁷ des Kapitalmarktrechts, des Vergabe- und des Übernahmerechts oder auch der Corporate Governance.⁸ Wie sich hier die Anwendungskompetenzen zukünftig verteilen werden, wird sich vermutlich erst durch eine Vielzahl von (dann vermutlich prominenten) Entscheidungen und ihren jeweiligen Diskussionen ergeben.

In jedem Fall aber führt diese Neuverortung zur Berechtigung und Notwendigkeit der Frage, was denn unter **Insolvenzrecht** zu verstehen ist. Positivistisch gesprochen, kann man sich im Anwendungsbereich der EuInsVO auf die Definition eines Insolvenzverfahrens in der vorliegenden Norm – oder noch einfacher: auf die Auflistung in Anhang A – verlassen. Doch hilft das naturgemäß nicht weiter, wenn die Friktionen mit den genannten Nachbararealen erst einmal ins Bewusstsein der je anderen Fachöffentlichkeit gelangen. *Eidenmüller* sieht die spezifische Besonderheit gerade des (grenzüberschreitenden) Insolvenzrechts darin, dass es ein common-pool-Problem sämtlicher Gläubiger eines Schuldners lösen will;⁹ und das erkenne man daran, dass die Einzelrechtsdurchsetzung der Gläubiger eingeschränkt werde – etwa und insbesondere in Gestalt des automatic stay. Damit sind, bei Licht betrachtet, Verfahren aus dem Insolvenzrecht raus, die (in Deutschland) nach § 18 InsO eingeleitet werden – allgemeiner gesprochen: all diejenigen Verfahren, die eben auf Insolvenzvermeidung ausgerichtet sind. Sie adressieren nämlich durchgängig kein existierendes, sondern nur ein mehr oder minder akut andrängendes common-pool-Problem. Gleiches gilt na-

4 *Paulus*, DB 2008, 2523. Zu den überlappten Rechtsgebieten s. etwa *K. Schmidt*, in: ders. (Hrsg.), *Insolvenzordnung*, 19. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 19 ff. Zu dieser Entwicklung des Insolvenzrechts s. auch *K. Schmidt*, ZHR 174 (2010), 243 ff.

5 *Eidenmüller*, NJW 2014, 17; *Schäfer*, NZI 2010, 505.

6 Dazu auszugsweise *Eidenmüller*, NJW 2013, 17; *Lang/Muschalle*, NZI 2013, 953; *Thole*, ZIP 2013, 1937; *Brinkmann*, ZIP 2014, 197; *Madaus*, ZIP 2014, 500; *Marotzke*, ZInsO 2015, 325. Ferner *Hacker/Petsch*, ZIP 2015, 761.

7 S. etwa EuGH, Urt. v. 16.3.2017 – C-493/15, NZI 2017, 406 (mit Anm. *Matyschok*) – *Identi*; allgemeiner *Paulus*, WRP 2016, 1070; *Rauch*, *Close-out Netting für Finanzunternehmen*, 2017, 118 ff.

8 Zum Ganzen *Paulus*, *Insolvenzvermeidung und Insolvenzverfahren*, FS Hakan Pekcanitez, 2015, Special Issue Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, Bd. III, 2014, S. 2345 ff.

9 *Eidenmüller*, ZIP 2016, 145.

Art. 1 Anwendungsbereich

türlich damit aber auch für Verfahren, die sich nicht der Gesamtheit aller Gläubiger annehmen, sondern nur einzelner – etwa der Finanzgläubiger.

- 4 Damit wird man dem Geltungsanspruch des Insolvenzrechts nur insoweit gerecht, als man das **Restrukturierungsrecht** als ein vom Insolvenzrecht abgespaltenes und ihm gegenüber eigenständiges Rechtsgebiet ansieht. Das kann man so propagieren; man sollte sich dann allerdings zugleich Gedanken darüber machen, wie man die beiden Gebiete so aufeinander abstimmt, dass sie in ihrer praktischen Anwendung fließend ineinander übergehen.¹⁰ Die unmittelbare Nachbarschaft beider Rechtsgebiete legt es nahe, in Kategorien gemeinsamer Bestimmungen (Allgemeiner Teil) mit zwei Besonderen Teilen zu denken.
- 5 Wenn man allerdings, einem weit verbreiteten Verständnis (etwa dem der vorliegenden Verordnung) folgend, das Insolvenzrecht als ein auch das Restrukturierungsrecht mitumfassendes Areal ansieht, muss die Determinierung anders erfolgen. Dann liegt das Gemeinsame in dem **volkswirtschaftlich relevanten Bestreben**, unproduktiv gewordene wie werdende Vermögenswerte schnellstmöglich ihrer bestmöglichen Produktivität zuzuführen.¹¹ Statt staatlicher Lenkung ist das dafür gewählte Instrument das der Gläubigerbeteiligung. Freilich bedingt diese Weiterung auch eine Ausdehnung einer schon seit einiger Zeit bestehenden Entwicklung, dass nämlich das Insolvenzrecht nicht mehr allein Ordnungsrecht in dem Sinne ist, dass die Abwicklung oder Restrukturierung in geordneten Bahnen verläuft.¹² Vielmehr wird das Insolvenzrecht mehr und mehr zu Zwecken des eigenen Wettbewerbsvorteils eingesetzt – besonders deutlich erkennbar bei sog. loan-to-own-Strategien etwa, bei debt-to-equity-swaps oder credit bidding.

1. Zweck- und Zielneutralität

- 6 Wenn man sich auf diese Weise ein generelles Verständnis von der in der Verordnung geregelten Thematik verschafft hat, sind gleichwohl noch zwei Besonderheiten wenigstens kurz anzusprechen.

a) Zwecke eines Insolvenzverfahrens

- 7 Abs. 1 enthält eine Definition der unter die Verordnung fallenden Verfahren, die sich zunächst einmal dadurch auszeichnet, dass sie **primär deskriptiv** ist und

10 Daran fehlt es etwa, wenn der Restrukturierungsberater kategorisch vom Verwalteramt ausgeschlossen ist.

11 Dazu zuletzt *Paulus*, NZI 2015, 1001, 1003. S. auch *Bricogne/Demertzis/Pontuch/Turrini*, Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a high-debt Context: An EU-Perspective, Discussion Paper (European Economy) 032/June 2016, passim.

12 Paradigmatisch dazu *Flessner*, KTS 2010, 127, 143, der die Aufgabe des Insolvenzrechts darin sieht, wie eine Polizei die verstopfte Autobahn den Schuldner ordnungsgemäß aus dem Wirtschaftsverkehr auszugliedern oder wieder einzubinden.

die Zweckrichtung der jeweils in Frage kommenden Verfahren allgemein umschreibt mit „zu Zwecken der Rettung, Schuldenanpassung, Reorganisation oder Liquidation“. Diese eher generische Beschreibung ist insofern durchaus sinnvoll, als **sich die Verfahrenszwecke** der einzelnen Insolvenzverfahren und – mehr noch – der einzelnen Insolvenzrechte innerhalb der Mitgliedstaaten teilweise erheblich **unterscheiden**.¹³

So ist die Betonung der Gläubigerbefriedigung etwa in § 1 InsO keineswegs die einzig mögliche Zweckrichtung eines Insolvenzverfahrens.¹⁴ Auch wenn es innerhalb der Mitgliedstaaten keine vergleichbar ausgeprägte einseitige Betonung der Ermöglichung eines fresh start für den Schuldner gibt wie in den USA,¹⁵ sollen doch etwa in England unter dem Enterprise Act 2002¹⁶ die Verfahren insgesamt die „rescue culture“¹⁷ erhöhen und somit der Förderung des Unternehmers (entrepreneurship) dienen, während etwa in Frankreich traditionellerweise (und in Spanien neuerdings¹⁸) die Bewahrung insbesondere von Unternehmen und Arbeitsplätzen vorrangiges Bestreben eines jeden Verfahrens ist¹⁹ und in Italien die Gewährleistung der weiteren Verfügbarkeit von Krediten.²⁰

Das **Schweigen der Verordnung** hinsichtlich derartiger, divergierender – bisweilen sogar auch durchaus einander widersprechender – Zwecksetzungen bedingt allerdings die Gefahr, dass ihre Interpretation unbewusst von dem jeweils

13 Vgl. dazu etwa *Flessner*, *Philosophies of Business Bankruptcy Law: An International Overview*, in: Ziegel (Hrsg.), *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, 1994, S. 19, passim; *Paulus*, NZI 2015, 1001 f.; *G. Wagner*, ZEuP 2008, 6, 29 ff. Diese Divergenz übersieht etwa *Koch*, *Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungs-Tourismus*, FS Jayme, Bd. I, 2004, S. 437.

14 S. auch *Hess*, EuZPR, § 9 Rn. 4, 498.

15 Diese Feststellung trifft unbeschadet der Verschärfungen auch noch nach Inkrafttreten des New Bankruptcy Act am 17.10.2005 zu; dazu *Paulus*, NZI 2005, 439.

16 Dazu etwa *Armour/Hsu/Walters*, *Corporate Insolvency in the United Kingdom: The Impact of the Enterprise Act 2002*, ECFR 2008, 148; *Keay*, *What Future for Liquidation in Light of the Enterprise Act Reforms?*, J. Bus. Law 2005, 143; *Ehricke/Köster/Müller-Seils*, NZI 2003, 409; *Meyer-Löwy/Poertzgen/de Vries*, ZInsO 2005, 293, 294 ff. Zum insolvenzrechtlichen Gläubigerschutz in England aufschlussreich *Bachner*, *Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht in England*, in: Lutter (Hrsg.), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, 2006, S. 526.

17 Zur *rescue culture* in Deutschland vgl. *Paulus*, WM 2011, 2205.

18 S. *Lincke*, NZI 2004, 69, 70; s. aber zum neu reformierten spanischen Recht *Alcázar Pérez*, RIW 2013, 352.

19 Vgl. Art. L 620-1 Code de Commerce. Zur unternehmensrechtlich ausgerichteten Perspektive Frankreichs und weiterer Länder (im Gegensatz zu der schuldrechtlichen Deutschlands) *Flessner*, *Die Unternehmensperspektive im europäischen Insolvenzrecht*, FS Raiser, 2005, S. 827, 829 ff. Zu Frankreich eindrücklich *Schütze*, *Gesetz zum Erhalt von Unternehmen vom 26. Juli 2005 – Insolvenzvorbeugung in Frankreich – Ansatz für das deutsche Insolvenzrecht?*, 2010, S. 35 ff.

20 Weitere Zwecke bei *Paulus*, NZI 2015, 1001.

Art. 1 Anwendungsbereich

individuellen und nicht hinterfragten Vorverständnis des jeweils eigenen nationalen Verfahrens geleitet wird. Dieser Gefahr eines aus derartigen **Vorverständnissen resultierenden Missverständnisses** muss praktisch bei jeder Fragestellung entgegen gewirkt werden.

b) Ziele eines Insolvenzverfahrens

- 10 Die Verordnung verhält sich auch gegenüber der Zielsetzung der Insolvenzverfahren neutral. So macht es für ihre Anwendbarkeit keinen Unterschied, ob eine Liquidation des schuldnerischen Vermögens angestrebt wird oder aber Prävention, Reorganisation bzw. Sanierung des Schuldners. Das gilt in der Neufassung der Verordnung auch für das Verhältnis zwischen Haupt- und Sekundärverfahren.²¹

II. Geltungsbereich

- 11 Was darüber hinaus die in Abs. 1 gegebene Definition anbelangt, so ist eine eventuell fehlende Präzision bzw. Unschärfe deswegen unschädlich, weil Art. 2 Nr. 4 sie gewissermaßen entlastet, indem nur und ausschließlich²² die im Anhang A aufgelisteten Verfahren in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, s. auch Art. 1 Abs. 1 S. 3. Verfahren, die dort nicht aufgenommen sind, müssen also wegen der Exklusivität der europäischen Regelungen nach der EuGVVO bzw. autonomem internationalem Insolvenzrecht beurteilt werden.²³
- 12 Gleichwohl ist aber festzuhalten, dass die in der vorliegenden Norm enthaltenen Definitionselemente von mehr als bloß deklaratorischer Bedeutung sind,²⁴ gerade nach der Erweiterung der neuen gegenüber der früheren Verordnung. Denn diese Elemente dienen gewissermaßen als Auffangbecken oder ultimativer Kontrollmaßstab insbesondere angesichts eventueller, späterer Gesetzesänderungen in den einzelnen Mitgliedstaaten und ihrer Einordnung in den Katalog des An-

21 Bekanntlich hatte bislang ein Sekundärverfahren immer ein Liquidationsverfahren zu sein, vgl. Art. 3 Abs. 2 S. 2 a. F.

22 S. Erwägungsgrund 9; s. auch *Kindler/Sakka*, EuZW 2015, 460.

23 S. dazu Erwägungsgrund 7, der eine strenge Alternativität zwischen EuInsVO und EuGVVO gerade ausschließt. Insoweit zutreffend LAG Düsseldorf, Urt. v. 14.7.2011 – 15 Sa 786/10, NZI 2011, 874. Wenig überzeugend dagegen OLG Celle, Urt. v. 8.9.2009 – 8 U 46/09, ZIP 2009, 1968, mit EWiR 2009, 711 (*Mankowski*); dazu (mit berechtigter Kritik) *Petrovic*, ZInsO 2010, 265.

24 S. nur *Balz*, ZIP 1996, 948; ihm zufolge bestand für die Vorgängerverordnung ein gemeinsames Vorverständnis, demzufolge ein Element von Zahlungskrise und Vermögensinsuffizienz unerlässlich sei; s. ferner *Mucciarelli*, ECFR 2016, 1, 11 f. Abweichende Auffassung etwa bei *Eidenmüller*, IPRax 2001, 2, 4.

hang A.²⁵ Die von den Mitgliedstaaten gemäß Art. 86 zu erstellenden Berichte müssen sich an den Vorgaben des Art. 1 orientieren.

1. Öffentliches Gesamtverfahren

a) Kollektivverfahren

Was zunächst den Terminus „Gesamtverfahren“ anbelangt, so indiziert er im Deutschen an sich eine umfassende, d.h. sämtliche Gläubiger eines Schuldners einbeziehende Struktur. Jedoch kommen die Gläubiger in Art. 1 nur noch am Rande vor – in Abs. 1 lit. c). Es ist deswegen nicht allzu verwunderlich, dass das Gesamtverfahren in Erwägungsgrund 14 und in der Definition des Art. 2 Nr. 1 als ein solches erläutert wird, das „alle oder einen wesentlichen Teil der Gläubiger“ einschließt. Präziser ist demgegenüber etwa die englische Sprachfassung (*collective proceedings*), die französische (*procédures collectives*) oder die polnische (*Postepowania zbiorowe*); sie alle sprechen von **Kollektivverfahren**.²⁶ Dieser Ausdruck erfasst deutlicher als der des Gesamtverfahrens, dass das Verfahren seiner Intention weniger auf die Gesamtheit der Gläubiger als vielmehr auf eine Gesamtbereinigung gerade der schuldnerischen Vermögensverhältnisse ausgerichtet ist.

Gesamtverfahren sind mithin solche, die mindestens den wesentlichen Teil der Gläubiger einbeziehen, wobei diese auch dadurch zu einer Gruppe zusammengefasst sein können, dass sie die Eigenschaft eint, die finanziellen Gläubiger zu sein.²⁷ Ein Verfahren wie die französische *sauvegarde financière accélérée (AFS)*²⁸ hat damit seine europäische Unbedenklichkeitsbescheinigung erhalten. Bei dieser Abweichung vom tradierten Konzept eines sämtliche Gläubiger eines Schuldners erfassenden Insolvenzverfahrens droht naturgemäß der Konflikt zu irgendeinem Zeitpunkt aufzubrechen, ab welcher Zahl von Gläubigern man von einem „**wesentlichen Teil**“ sprechen kann. Ist die allein einen großen Kredit gewährende Institution neben zehn weiteren Kleingläubigern wesentlicher Teil? Ist unter „wesentlich“ ein numerisches Übergewicht zu verstehen oder ein summenmäßiges? Ist der Vergleichsvertrag, § 779 BGB, den der Schuldner mit seinem dominanten Hauptgläubiger schließt (insoweit s. Rn. 19), ein Insolvenzverfahren für die vorliegende Verordnung?

25 Kritisch hierzu berechtigterweise Thole, IPRax 2017, 213, 214; Garber, in: Nunner-Krautgasser/Garber/Jaufer (Hrsg.), Grenzüberschreitende Insolvenzen im europäischen Binnenmarkt, 2017, S. 21, 65 f. S. auch Kindler-MüKo/BGB Rn. 2 ff.

26 S. auch die spanische oder portugiesische Version, während die italienische von *procedura concorsuali* spricht.

27 S. Erwägungsgrund 14. Zum Begriff s. auch EuGH, Urt. v. 6.7.2017 – C-245/16, NZI 2017, 685 – Regione Marche.

28 Dazu Degenhardt, NZI 2013, 830; Dammann/Podeur, Recueil Dalloz 2010, 2005; dies., Globalturnaround Jan. 2001, 5; dies., Bull. Joly Entrepr. en difficulté, Mars-Avril 2011, 6; Dammann/Schneider, Omnidroit-Newsletter No. 149 v. 8.6.2011, S. 17.

Art. 1 Anwendungsbereich

- 15 Gemessen an dem modernen Trend, dem sich auch und besonders die vorliegende Verordnung verpflichtet zeigt, dem Schuldner frühestmöglich eine Bereinigung seiner Schuldenlage zu ermöglichen, wird man auch den letztgenannten Fall des gerade nur einen Hauptgläubiger (Paradebeispiel: die Hausbank) einbeziehenden Schuldenbereinigungsverfahrens als eine Situation ansehen müssen, die Gegenstand eines Insolvenzverfahrens sein kann. Auf die Anzahl der Gläubiger kann es also nicht ankommen, wenn es um die Anwendbarkeit auch der vorliegenden Verordnung ankommt. Der Begriff „wesentlich“ ist mithin am **Maßstab des dem Schuldner insgesamt gewährten Kredits** zu messen. Bestätigt wird diese Einschätzung durch den Umstand, dass Erwägungsgrund 14 S. 1 noch verlangt, dass die in das Verfahren einbezogenen Gläubiger zumindest einen „erheblichen Anteil“ der Verbindlichkeiten des Schuldners ausmachen sollen. Die nicht einbezogenen Gläubiger sollen demgegenüber von dem Verfahren unberührt bleiben.
- 16 Erwägungsgrund 14 fügt (anders etwa als die Definition des Gesamtverfahrens in Art. 2 Nr. 1) noch hinzu, S. 3, dass solch ein beschränktes Kollektivverfahren lediglich dann einem Insolvenzverfahren i. S. d. Verordnung gleichgestellt werden sollte, wenn es auf die **Rettung des Schuldners** ausgerichtet ist. Der Umkehrschluss zu diesem Postulat, dass nämlich ein begrenztes Verfahren auf die Liquidation des Schuldners ausgerichtet ist, ist schwer vorstellbar und macht daher wenig Sinn. Denn eine Liquidation nur in Richtung auf eine begrenzte Anzahl von Gläubigern ist schwerlich vorstellbar; und eine vermögensmäßige Begrenzung wie etwa bei einem Nachlassinsolvenzverfahren ist natürlich durch diese Formulierung nicht aus dem Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen.
- 17 Schließlich stellt Erwägungsgrund 14 noch klar, dass der – etwa in § 302 InsO – vorgesehene Ausschluss bestimmter Forderungen von der Restschuldbefreiung dem Verfahren nicht den Charakter eines Insolvenzverfahrens nimmt. Das ist freilich eine Banalität, deren Erwähnung nur mit der Heterogenität der Insolvenzrechte der Mitgliedstaaten zu erklären sein dürfte. Zumindest aus deutscher Sicht ist es dagegen keineswegs banal, wenn Erwägungsgrund 17 die **Insolvenzabwendung bzw. -vermeidung** (s. bereits oben Rn. 1), adressiert. Eine Einbeziehung in den vorliegenden Anwendungsbereich wird dort damit gerechtfertigt, dass – nicht finanzielle – Schwierigkeiten eines Schuldners die Gefahr heraufbeschwören, „dass der Schuldner gegenwärtig oder in Zukunft seine Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht begleichen kann“. Der damit angesprochene Zeitraum könne sich über Monate oder noch mehr erstrecken. Der Rahmen ist damit also weit gespannt, und es solle eine Gefährdung der Liquidität genügen, um ein Verfahren unter die Verordnung subsumieren zu können.
- 18 Dass in Abs. 1 S. 1 und in Erwägungsgrund 16 schließlich die mehr als **fragwürdige Differenzierung** zwischen einem **gesellschaftsrechtlichen und einem insolvenzrechtlichen Kontext** gemacht wird – schließlich befindet sich etwa das

französische Insolvenzrecht komplett im Code de Commerce(!) –, ist allein auf politische Empfindsamkeiten zurückzuführen; bekanntlich soll damit das englische Scheme of Arrangement ausgeschlossen werden.²⁹ Verständlicher ist es demgegenüber, dass auch Entschuldungsverfahren für Verbraucher ausgeschlossen sein sollen, bei denen bereits nach dem Gesetz („nie“) eine Zahlung an Gläubiger ausgeschlossen ist. Für Deutschland ist dieses Verfahren irrelevant. Das Verbraucherinsolvenzverfahren ist demgegenüber bereits gemäß Erwägungsgrund 10 S. 2 erfasst.

b) Öffentlich

Ausweislich Abs. 1 S. 1 muss das Gesamtverfahren ein öffentliches sein. Damit ist etwa klargestellt, dass der Vergleichsvertrag des zuvor (Rn. 14) genannten Beispiels in (so gut wie) keinem Fall ein Insolvenzverfahren darstellen wird. Ansonsten ist aber – unbeschadet der erläuternden Charakterisierung in den Erwägungsgründen 12 und 13 – vieles an diesem Begriff unklar. Dort wird einerseits auf die öffentliche Bekanntmachung (Erwägungsgrund 12) zur Teilnahme am Verfahren abgestellt, andererseits auf die Erkennbarkeit gerade im Ausland. Es fragt sich daher, **wie weit der Bekanntheitsgrad eines Verfahrens reichen darf**, um (noch) nicht öffentlich zu sein? Ein im Geheimen ausgehandelter Schuldenrestrukturierungsplan ist wohl immer nicht-öffentlich, auch wenn er auf gesetzlicher Basis beruht – etwa in einem Verfahren, bei dem die Mehrheit eine Minderheit binden kann.³⁰ Was aber, wenn das Geheime verlassen wird und die Verhandlungen bekannt werden?, in den Medien thematisiert werden?, wenn an irgendeinem Punkt des Verfahrens das Gericht einbezogen wird?, oder wenn es Betroffene in Kenntnis setzen muss?, wenn eine offizielle Bekanntmachung (und sei es nur des Ergebnisses) etwa im Insolvenzregister erfolgen muss? Letzterer Fall dürfte zumindest regelmäßig die Anforderungen des Öffentlichen erfüllen, zumindest wenn eine entsprechende Bekanntmachung zu Beginn oder während des Verfahrens erfolgt. Wenn dagegen allein das fertige Endresultat der Öffentlichkeit präsentiert wird, das Verfahren aber im Übrigen nicht offiziell bekannt gemacht wurde, dürfte es sich nicht um ein öffentliches Verfahren handeln. Aus Gründen der Rechtsklarheit sollte ein öffentliches Verfahren daher nur ein solches sein, bei dem eine **gesetzlich angeordnete Verlautbarung in einem öffentlichen Register unabdingbar** ist, **bevor** die Parteien ein endgültiges Resultat erzielt haben.

²⁹ Je nach Ausgestaltung des „Brexit“ sollte dieser von vornherein missglückte Versuch einer „Klarstellung“ eliminiert werden.

³⁰ Der Anschaulichkeit halber kann man diesbezüglich in Deutschland an ein Umschuldungsverfahren nach dem SchVG denken.