

Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht

herausgegeben von

Prof. em. Dr. Dres. h.c. Herbert Kronke

DDr. Werner Melis

Dr. Hans Kuhn, LL.M

Bearbeiter siehe nächste Seite

2. neu bearbeitete Auflage

2017

ottoschmidt
Linde Schulthess §

*Bibliografische Information
der Deutschen Nationalbibliothek*

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

Verlag Dr. Otto Schmidt KG
Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln
Tel. 0221/93738-01, Fax 0221/93738-943
info@otto-schmidt.de
www.otto-schmidt.de

ISBN Otto Schmidt Verlag: 978-3-504-40950-0
ISBN Linde: 978-3-7073-3535-4
ISBN Schulthess: 978-3-7255-7507-7

©2017 by Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist
urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht
ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist,
bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das
gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen,
Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeiche-
rung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das verwendete Papier ist aus chlorfrei gebleichten
Rohstoffen hergestellt, holz- und säurefrei, alterungs-
beständig und umweltfreundlich.

Einbandgestaltung: Jan P. Lichtenford, Mettmann
Satz: Schäper, Bonn
Druck und Verarbeitung: Beltz, Bad Langensalza
Printed in Germany

Bearbeiter

Eva Bachofner
Gerichtsschreiberin in Basel

Dr. Anton Baier
Präsident des Internationalen Schiedsgerichts
der Wirtschaftskammer Österreich (VIAC)

Prof. Dr. Christoph Benicke
Universität Gießen

Dr. Anselm Brandi-Dohrn,
maître en droit
Rechtsanwalt in Berlin

Jens Bredow
Rechtsanwalt in Köln
Generalsekretär a.D., Deutsche Institution für
Schiedsgerichtsbarkeit e.V. in Köln

Prof. Dr. Stephan Breitenmoser
Universität Basel,
Richter am Bundesverwaltungsgericht
in St. Gallen

Holger Bürskens, LL.M. (McGill)
Rechtsanwalt in Frankfurt/M.

Prof. Dr. Bernardo M. Cremades
Abogado in Madrid
Catedrático de Universidad (en excedencia),
Universidad Complutense de Madrid

Prof. Dr. Dr. Rudolf Dolzer
Universität Bonn

Prof. Dr. Dietmar Ehrlich
Honorarprofessor Universität Tübingen
Rechtsanwalt in Leinfelden-Echterdingen

Prof. Dr. Martin Franzen
Universität München

Dr. Jan Patrick Giesler
Rechtsanwalt in Bonn

Prof. Dr. Daniel Girsberger, LL.M.
(Georgetown)
Ordinarius, Universität Luzern
Rechtsanwalt in Zürich

Dr. Niklas Gröner
Richter am Landgericht Ravensburg

Prof. Dr. Pascal Grolimund, LL.M.
(Edinburgh)
Advokat in Basel
Titularprofessor, Universität Basel

Jens Haubold
Rechtsanwalt in Stuttgart

Günter Helbing
Rechtsanwalt in Madrid

Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess
Executive Director Max Planck Institute
Luxembourg

Jens Horstkotte
Rechtsanwalt in München

Prof. Dr. Stefan Huber, LL.M. (Köln/Paris)
Universität Hannover

Dr. Uwe Jahn
Rechtsanwalt in Frankfurt/M.

Dr. iur. Pierre A. Karrer, LL.M. (Yale)
Rechtsanwalt in Zürich

Dr. Laurent Killias, LL.M.
(King's College, London)
Rechtsanwalt in Zürich

Prof. Dr. Julia Klauer, LL.M. (Cornell)
Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin

Georgia Koutsoukou, LL.M. (Heidelberg)
Wissenschaftliche Referentin, Max Planck
Institute Luxembourg

Prof. em. Dr. Dres. h.c. Herbert Kronke
Richter am Iran-United States Claims Tribunal
in Den Haag
Generalsekretär von UNIDROIT a.D., Universität
Heidelberg

Dr. Hans Kuhn, LL.M. (Tulane)
Rechtsanwalt in Zürich

Bearbeiter

Prof. Dr. Dirk Looschelders
Universität Düsseldorf

Dario Marzorati
Rechtsanwalt in Zürich

Dr. Edgar Matyschok
Rechtsanwalt in Heidelberg
Lehrbeauftragter der Universität Heidelberg

DDr. Werner Melis
Rechtsanwalt in Wien
Ehrenpräsident des Internationalen
Schiedsgerichts der Wirtschaftskammer
Österreich (VIAC)

Dr. Stephan Netze, LL.M. (Virginia)
Rechtsanwalt in Zürich

Dr. Peter Opitz
Rechtsanwalt in Bad Homburg v.d.H.

Priv.-Doz. MMag. Dr. Martin Oppitz
Rechtsanwalt in Wien
Lehrbeauftragter an den Universitäten
Klagenfurt und Wien

Jan Pohle
Rechtsanwalt in Köln

Dr. Dietrich Schefold
Rechtsanwalt in Stuttgart

Prof. em. Dr. Christoph Schreuer,
LL.M., J.S.D.
Universität Wien

Dr. Nadja Schwery, LL.M. (Frankfurt a.M.)
Rechtsanwältin, Gastforscherin am Institute of
European Comparative Law in Oxford/GB

Christer Söderlund
Advokat in Stockholm

Duncan Speller
Barrister in London

Prof. Dr. Hubert Stöckli, MCL (Alabama)
Universität Freiburg, Schweiz

Prof. Dr. Christian Tietje, LL.M. (Michigan)
Universität Halle-Wittenberg

Clemens Wackernagel, LL.M. (Harvard)
Universität Konstanz

Dr. Claus-Rainer Wagenknecht
Rechtsanwalt in Hamburg

Prof. Dr. Matthias Weller, Mag.rer.publ.
EBS Universität für Wirtschaft und Recht
Wiesbaden

Dr. Robert Weyeneth
Advokat, Wiss. Assistent und Lehrbeauftragter
an der Universität Basel

Dr. Johannes Christian Wichard, LL.M.
(Harvard)
Bundesministerium der Justiz und für
Verbraucherschutz, Berlin

Dr. Urs Zenhäusern
Rechtsanwalt in Zürich

Prof. Dr. Philipp Zurkinder, LL.M.
(Europainstitut, Saarbrücken)
Fürsprecher in Bern, Zürich und Brüssel
Lehrbeauftragter, Universität Basel

Kapitel 2. Versicherungsverträge

Spezialliteratur s. Literaturübersicht zu Beginn des Teils C vor Rz. 1.

I. Allgemeines

Der folgende Abschnitt behandelt Versicherungsverträge¹ in ihrem internationalrechtlichen Rahmen. Dabei werden Tendenzen der **Globalisierung** (s. Rz. 110ff.) ebenso beschrieben wie die zunehmende **Europäisierung** (Rz. 125 ff.). Beide Entwicklungen betreffen traditionell vor allem das Aufsichtsrecht (Rz. 141 ff.). Dazu treten die Angleichung des Versicherungsvermittlerrechts (Rz. 153 ff.) und des Versicherungsvertragsrechts (Rz. 167 ff.). Abschließend werden das internationale Versicherungsprozessrecht (Rz. 185 ff.) und das internationale Versicherungsvertragsrecht (Rz. 207 ff.) dargestellt. Dabei wird jeweils auch die Rechtslage in Österreich, Liechtenstein und der Schweiz einbezogen. 109

II. GATS

1. GATS und Versicherung

Das am 1.1.1995 in Kraft getretene GATS² (allgemein dazu Rz. 22 ff.) schließt Finanzdienstleistungen ein³. Hierzu gibt es einen speziellen *Annex on Financial Services*, der die allgemeinen Regeln des GATS teilweise modifiziert⁴. Der Begriff der **Finanzdienstleistung** ist dort in Abs. 5 lit. a definiert und umfasst auch Versicherungen⁵. Die versicherungsrelevanten Dienstleistungen sind in einer nicht abschließenden Liste angeführt. Diese enthält Erst- und Rückversicherungen, die Retrozession, die Versicherungsvermittlung sowie versicherungsbezogene Dienste (Versicherungsberatung, aktuarische Tätigkeiten etc.)⁶. Nach der Ausnahmebestimmung des Abs. 1 lit. b des Annex ist das Abkommen u.a. nicht auf **soziale Sicherungs- und öffentliche Pensionssysteme** anzuwenden. Diese Ausnahme gilt nicht, wenn die betreffenden Dienstleistungen nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates auch durch Finanzdienstleister angeboten werden können (sog. substitutive Versicherungen)⁷. 110

2. Erbringung von Dienstleistungen

Der Annex verweist in Abs. 1 lit. a Satz 2 auf Art. I Abs. 2 GATS, der in lit. a bis d vier verschiedene **Formen der Erbringung von Dienstleistungen**⁸ vorsieht: 111

- grenzüberschreitende Dienstleistungen aus einem Mitgliedstaat in einen anderen (Beispiel: „*electronic insurance*“);

1 Der Autor dankt Frau Referendarin *Ekaterini Georgiades* für ihre Unterstützung insbesondere bei der Recherche und Auswertung der österreichischen Literatur.

2 *General Agreement on Trade in Services*, BGBl. II 1994, 1643. Zu den Verhandlungen über ein neues Abkommen (*The Trade in Services Agreement – TISA*) s. *Tietje* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Vorbem. zu Art. 56–62 AEUV Rz. 40; zur Einbeziehung der Finanzdienstleistungen in die Verhandlungen mit den USA über eine *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) *Barbee/Lester*, *Georgetown Journal of International Law* 45 (2014), 953 ff.

3 Vgl. *Winter*, S. 14 ff.

4 *Kampf* in Grabnitz/Hilf, E. 26 Rz. 84; *Barth/Huppenbauer*, VW 1995, 1550 (1552) und 1628; *Leroux*, 36/3 (2002) JWT 413 (428 f.).

5 Zum Begriff der Finanzdienstleistung im GATS *Kampf* in Grabnitz/Hilf, E. 26 Rz. 5.

6 *R. Schmidt/Huppenbauer*, *VersR* 1997, 1037 (1040).

7 Abs. 1 lit. c des Annex.

8 Vgl. *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, § 2 Rz. 439; *Sapir*, 33/1 (1999) JWT 51 (53 f.).

- Erbringung der Dienstleistung in einem Mitgliedstaat an einen Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates (Beispiel: Abschluss einer Ferienrisikenversicherung am Urlaubsort);
- Vertrieb von Versicherungen durch Niederlassungen in einem anderen Mitgliedstaat (Beispiel: Niederlassung einer Versicherungs-AG in einem anderen GATS-Mitgliedstaat schließt Versicherungsvertrag mit einem dort ansässigen Versicherungsnehmer);
- Vertrieb von Versicherungen durch Grenzübertritt von Vertriebspersonen (Beispiel: eine Versicherungs-AG vertreibt in einem anderen Mitgliedstaat über einen Versicherungsvertreter Lebensversicherungen).

3. Allgemeine Liberalisierungspflichten nach dem GATS und ihre Grenzen

- 112 Das GATS enthält für alle Dienstleistungen **allgemeine Liberalisierungsverpflichtungen**. Zudem gibt es sektorspezifische Liberalisierungszugeständnisse, die zwischen den Mitgliedstaaten auszuhandeln sind¹. Bei den allgemeinen Liberalisierungspflichten steht die **Meistbegünstigungsklausel** (MFN)² an erster Stelle³. Die Mitgliedstaaten können indes Vorbehalte einlegen⁴. Art. V GATS stellt klar, dass die MFN-Behandlung sich nicht auf solche Liberalisierungen erstreckt, wie sie im Rahmen der EG bzw. von NAFTA bestehen⁵.
- 113 Die wichtigste Begrenzung der Liberalisierung liegt in dem Vorbehalt zugunsten **nationaler Aufsichtsregime** („*domestic regulation*“) nach Abs. 2 des *Annex on Financial Services*. Die Mitgliedstaaten können hiernach aus **vernünftigen Gründen** („*for prudential reasons*“) Maßnahmen treffen, z.B. zum Schutz von Investoren oder Versicherungsnehmern oder zum Erhalt der Stabilität und Integrität des Finanzmarktes (lit. a Satz 1). Die Maßnahmen dürfen von den Mitgliedstaaten aber nicht genutzt werden, um ihre Verpflichtungen aus dem GATS zu umgehen (lit. a Satz 2). Der Vorbehalt für die nationale Aufsicht ist bewusst offen formuliert worden, weil es kein einheitliches Verständnis über den Begriff der „*prudential regulation*“ gibt⁶. Teilweise wird kritisiert, dass damit praktisch jede Aufsichtsmaßnahme gerechtfertigt werden könne⁷. Die Einschränkung in lit. a Satz 2 gewährleistet aber immerhin, dass die „vernünftigen Gründe“ nicht nur vorgeschoben sind⁸. Die Finanzkrise im Jahr 2008 hat im Übrigen gezeigt, dass eine angemessene Aufsicht über Finanzdienstleistungen unverzichtbar ist⁹. Insofern ist auch eine stärkere Kooperation der Mitgliedstaaten bei der Finanzaufsicht wünschenswert¹⁰.

1 Vgl. *Leroux*, 36/3 (2002) JWT 413 (415 f.); *Das*, 32/6 (1998) JWT 79 (100).

2 *Most-favoured-nation-treatment*.

3 Art. II GATS; s. dazu *Abu-Akeel*, 33/4 (1999) JWT 103–129; *Cottier/Krajewski*, JIEL 2010, 817 (819).

4 Art. II Abs. 2 GATS, vgl. hierzu den *Annex on Article II Exemptions* sowie den *Second Annex on Financial Services*; *Sapir*, 33/1 (1999) JWT 51 (57); *Mattoo*, 31/1 (1997) JWT 107 (109); *Das*, 32/6 (1998) JWT 79 (94 f.).

5 Vgl. *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, § 2 Rz. 450.

6 Ausführlich zu dieser Problematik *Mc Allister Shepro*, S. 7 ff., 26 ff.

7 Vgl. *Avgouleas*, S. 184; für objektive Überprüfung der „*prudential reasons*“ *Barbee/Lester*, *Georgetown Journal of International Law* 45 (2014), 953 (960).

8 Zur Auslegung der Ausnahme Klausel s. *Barbee/Lester*, *Georgetown Journal of International Law* 45 (2014), 953 (959 ff.).

9 Vgl. *Krajewski* in Ehlers/Fehling/Pünder, § 6 Rz. 43; zur Bankenaufsicht *Lastra/Wood*, JIEL 2010, 539 ff.

10 Vgl. *Barbee/Lester*, *Georgetown Journal of International Law* 45 (2014), 953 (969) mit Verweis auf die mögliche Anerkennung ausländischer Aufsichtsmaßnahmen nach Abs. 3 lit. a des *Annex on Financial Services*.

4. Specific commitments

Über die allgemeinen Liberalisierungspflichten nach dem GATS hinaus können die Mitgliedstaaten spezifische Zugeständnisse (*specific commitments*)¹ **aushandeln**. Dabei geht es meist um den **Marktzugang** (*market access*)² und die **Inländerbehandlung** (*national treatment*)³. Die Mitgliedstaaten können aber auch jede sonstige Liberalisierung vereinbaren (*additional commitments*)⁴. Bei Abschluss des GATS waren die Verhandlungen über die spezifischen Zugeständnisse im Finanzdienstleistungssektor noch nicht beendet. Eine entsprechende Vereinbarung kam erst am 28.7.1995 zustande. Da sich die USA zunächst nicht beteiligten⁵, galt das Abkommen von vornherein als Interims-Lösung. Es wurde durch das Abkommen vom 12.12.1997 ersetzt, dem auch die USA beitraten und das am **1.3.1999** in Kraft getreten ist⁶. Dieses Abkommen bildet einen **Annex zum 5. Protokoll** zum GATS⁷. 114

5. Understanding on Commitments in Financial Services

Im Rahmen der Specific Commitments stellt das *Understanding on Commitments in Financial Services* (UCFS; s. dazu auch Rz. 261 ff.) eine Besonderheit dar. Es handelt sich um ein **koordiniertes Vorgehen** verschiedener Staaten (insb. der OECD-Staaten)⁸ bei der Definition ihrer Zugeständnisse. Das *Understanding* ist kein Bestandteil des GATS und gilt nur unter den beteiligten Staaten⁹. Wegen der Meistbegünstigungsklausel wirken die Zugeständnisse aber auch in Bezug auf die anderen Mitgliedstaaten¹⁰. Das *Understanding* ist in verschiedene Abschnitte gegliedert. Nach der **standstill-Klausel** (Abschn. A. UCFS) betreffen alle Vorbehalte nur bestehende Beschränkungen, eine Neueinführung ist unzulässig. Die Mitgliedstaaten verpflichten sich zur Auflistung von **Monopolen** und sagen zu, sich um deren Abschaffung oder Eingrenzung zu bemühen (Abschn. B.1. UCFS). Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen genießen Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten, die im auftraggebenden Staat niedergelassen sind, **MFN-Status und Inländerbehandlung** (Abschn. B.2. UCFS). 115

Auch die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung wird geregelt. Den Versicherungsunternehmen und -vermittlern kommt in einigen Sparten **aktive Dienstleistungsfreiheit** zu (Abschn. B.3 UCFS). Dies betrifft die Rückversicherung, Güter-, Kasko- und Haftpflichtversicherungen im Transportbereich sowie Dienstleistungen im Zusammenhang mit Versicherungen (z.B. Beratung). Bei Rück- und Transportversicherungen besteht auch für Nachfrager (**passive**) **Dienstleistungsfreiheit** (Abschn. B.4. lit. a und b UCFS). 116

Abschn. B.5. UCFS regelt den Grundsatz der **Niederlassungsfreiheit**. Versicherungsunternehmen anderer Mitgliedstaaten ist es danach gestattet, im Inland eine Niederlassung (*commercial presence*) zu gründen. Die Niederlassung untersteht zwar dem Aufsichtsrecht des Niederlassungsstaates; dieses darf aber keine Regelungen enthalten, die als Umgehung der Freiheit anzusehen sind (Abschn. B.6. UCFS). Auch **Begleit-** 117

1 S. Teil III GATS.

2 Art. XVI GATS; vgl. *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, § 2 Rz. 451 ff.; *Völkel*, passim.

3 Art. XVII GATS; s. *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, § 2 Rz. 459 ff.; *Trachtmann*, Col. J. Transnat. L. 34 (1995), 37 (68 ff.).

4 Art. XVIII GATS verweist insbesondere auf Berufsqualifikationen, Standards oder Konzessionsfragen.

5 Zu den Gründen z.B. *Yi Wang*, 30/1 (1996) JWT 91 (113); *Barth/Huppenbauer*, VW 1995, 1550 (1552, 1628).

6 Vgl. *Kollhosser* in Prölss, Vor § 105 Rz. 6; *Werner*, S. 18 ff.

7 Näher dazu *Kampf* in Grabnitz/Hilf, E. 26 Rz. 76.

8 Vgl. *Leroux*, 36/3 (2002) JWT 413 (433); *Weiss* in Tietje, § 4 Rz. 60.

9 Vgl. *Krajewski* in Ehlers/Fehling/Pünder, § 6 Rz. 42; *Cottier/Krajewski*, JIEL 2010, 817 (825).

10 Im Detail hierzu *Leroux*, 36/3 (2002) JWT 413 (433).

rechte wie der grenzüberschreitende Transfer von Informationen oder Einreisemöglichkeiten für leitendes Personal werden garantiert (Abschn. B.8. und B.9. UCFS). Ein ausländisches Versicherungsunternehmen, das eine inländische Niederlassung hat, muss nach Abschn. C.1. UCFS **Zugang zu den nationalen Finanzierungsinstitutionen** (z.B. Börse) erhalten). Ist nach dem Recht des Niederlassungsstaates die Zugehörigkeit zu einer Institution der Selbstregulierung etc. zwingend oder privilegiert, so ist nach Abschnitt. C.2. UCFS nichtdiskriminierender Zugang zu dieser Institution zu gewähren.

6. Würdigung

- 118 Das GATS enthält bei einer Gesamtbetrachtung nur wenige substantielle Zusagen. Die praktische Bedeutung des GATS bleibt daher letztlich gering¹. In Deutschland reduziert das GATS allerdings das **Ermessen** bei der Erteilung der **Erlaubnis an drittstaatliche Versicherungsunternehmen** (§ 69 Abs. 3 VAG = § 106b Abs. 4 VAG a.F.). Hat ein Versicherungsunternehmen seinen Sitz in einem Mitgliedstaat, so muss die Erlaubnis erteilt werden, wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind². Aus rechtspolitischer Sicht ist zu beachten, dass die mit dem 5. Protokoll und dem *Understanding* intendierte Liberalisierung seit der **Finanzkrise** in Zweifel gezogen wird. Teilweise wird auch für eine stärkere Verknüpfung von **Liberalisierung und Regulierung** plädiert³. Der Konflikt lässt sich aber durch die **Vorbehalte** für die nationale Aufsicht im Einzelfall angemessen lösen⁴.

III. OECD-Liberalisierungskodex

- 119 Versicherungen unterfallen auch dem **Kodex der OECD zur Liberalisierung laufender unsichtbarer Transaktionen** (s. dazu auch Rz. 266). Der Kodex beruht auf einer Entscheidung des OECD-Rates vom 12.12.1961⁵ und wurde seitdem mehrmals überarbeitet⁶. Annex I zu Annex A enthält eine Liste der „*current invisible operations*“. Dort wird zuerst die Gütertransportversicherung genannt (Pkt. D/2); es folgen die Lebensversicherung (Pkt. D/3), alle anderen Versicherungssparten (Pkt. D/4) sowie die mit der Rückversicherung und der Retrozession verbundenen Transaktionen (Pkt. D/5). Ferner werden die Gründung und Führung von Zweigniederlassungen und Agenturen ausländischer Versicherer erfasst (Pkt. D/6).
- 120 Der Liberalisierungskodex statuiert zunächst ein **allgemeines Liberalisierungspostulat** mit dem Zusatz, dass ein Mitgliedstaat seine Vorschriften auch in den Bereichen, in denen er keine Pflichten übernimmt, so liberal wie möglich anwenden wird⁷. Die Mitglieder verpflichten sich, Zulassungen zum Geschäftsbetrieb zu gewähren, wobei aber diverse Vorbehalte möglich sind⁸. Aufsichtsrechtliche Kontrollen bleiben ebenfalls zulässig⁹. Es gelten aber der Grundsatz der **Meistbegünstigung** sowie ein **Verbot von Diskriminierungen**¹⁰.

1 Vgl. *Avgouleas*, S. 184; *Leroux*, 36/3 (2002) JWT 413 (427); *Winter*, S. 14ff.

2 *Gause* in MünchKomm/VVG, AufsichtsR Rz. 421; *Kokott*, RIW 2000, 401 (404).

3 Vgl. *Krajewski* in Ehlers/Fehling/Pünder, § 6 Rz. 43.

4 In diesem Sinne auch *Cottier/Krajewski*, JIEL 2010, 817 (835).

5 OECD, Code of Liberalisation of Current Invisible Operations (CLCIO), Dokument OECD/C (61) 96. Aktuell ist die Edition 2013, abrufbar unter <http://www.oecd.org>.

6 Zum OECD-Liberalisierungskodex s. *Kampf* in Grabnitz/Hilf, E. 26 Rz. 114; zu den versicherungsrechtlichen Aspekten *Pohlmann* in Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann, § 105 Rz. 9ff.; *Winter*, VersR 2001, 1461 (1465).

7 Art. 1 lit. a und b CLCIO.

8 Art. 2 lit. a und b CLCIO; vgl. *Künzle*, S. 55ff.

9 S. Art. 5 CLCIO.

10 Im Detail Art. 8, 9 CLCIO.

- **Nichtdiskriminierung:** Von den OECD-Mitgliedern wird erwartet, dass sie die Gebietsansässigen aller anderen Mitgliedstaaten ohne Diskriminierung gleichermaßen in den Genuss offener Märkte kommen lassen. Wo Restriktionen existieren, müssen diese für jedermann in gleicher Art und Weise gelten.
- **Transparenz:** Über die Einschränkungen des Kapital- und Dienstleistungsverkehrs in den OECD-Ländern sind für jedermann zugängliche und verständliche, umfassende und aktuelle Informationen zur Verfügung zu stellen.

Die Kodizes lassen Spielraum für **regionale Integrationsabkommen** wie z.B. die Europäische Union. Als Ausnahme vom Nichtdiskriminierungsgrundsatz ist es den EU-Mitgliedstaaten gestattet, OECD-Mitglieder, die nicht Mitgliedstaaten der EU sind, von Liberalisierungsmaßnahmen auszuschließen¹. Im Übrigen müssen jedoch auch regionale Integrationsabkommen den Verpflichtungen der Kodizes entsprechen; durch regionale Integrationsabkommen dürfen also keine neuen Hemmnisse für den Dienstleistungsverkehr mit Drittländern geschaffen werden. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn ein EU-Mitglied mit einer sehr liberalen Politik im Zuge der Harmonisierungsbemühungen innerhalb der EU gezwungen wäre, in einem bestimmten Bereich restriktivere Regelungen einzuführen². Dafür besteht innerhalb der OECD auch ein Überprüfungsmechanismus³.

267

Die OECD-Kodizes sind Rechtsinstrumente mit Verhaltensregeln, die sich an die Regierungen der OECD-Mitgliedstaaten richten. Technisch gesehen handelt es sich um **Beschlüsse des OECD-Rats**, die für die Mitgliedsregierungen rechtlich bindend sind. Anders als z.B. die WTO-Abkommen sind sie allerdings nicht Verträge oder internationale Vereinbarungen im Sinne des Völkerrechts⁴. Auch die fehlenden Sanktionsmechanismen führen dazu, dass die Kodizes eher einem *soft law*-Instrument als einem völkerrechtlich verbindlichen Instrument entsprechen.

268

III. Europarechtlicher Rahmen für Finanzdienstleistungen

1. Der Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen

a) Rechtsquellen und Entwicklungsschritte

Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft bemüht sich bereits seit 1973 um die Verwirklichung eines Binnenmarktes für Finanzdienstleistungen⁵. Dabei lassen sich im Wesentlichen drei Entwicklungsschritte unterscheiden. In einer ersten Phase wurde der Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen mittels gegenseitiger Anerkennung der Aufsichtssysteme auf Basis einer Mindestharmonisierung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften, der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden des Herkunftsmitgliedstaates (Herkunftslandkontrolle) sowie der europaweiten Freizügigkeit von zugelassenen Finanzdienstleistern (Europäischer Pass) konstituiert⁶. In einem zweiten Schritt wurde dieser Binnenmarkt ab 1999 auf der Grundlage des Aktionsplans Finanzdienstleistungen (FSAP) vertieft⁷, dessen Umsetzung bis 2005 erfolgte⁸. Die Finanzkrise brachte ei-

269

1 OECD, User Guide, 9.

2 OECD, User Guide, 9.

3 OECD, User Guide, 9.

4 OECD, User Guide, 3.

5 Überblick bei *De Meester*, N. 574.

6 *De Meester*, N. 574.

7 Finanzdienstleistungen: Umsetzung des Finanzmarkttrahmens: Aktionsplan, Mitteilung der EU-Kommission v. 11.5.1999, KOM(1999) 232.

8 The European Parliament's Economic and Monetary Affairs Committee's report on the Current State of Integration of EU Financial Markets (report A6-0087/2005), available on the website of the European Parliament Economic and Monetary Affairs Committee at <http://www.europarl.eu.int/activities/expert/committees/reports.do?WS=10&SV=10&language=EN>.

nen dritten, massiven Regulierungs- und Harmonisierungsschub. Bis 2014 legte die Kommission nicht weniger als 40 Vorschläge für Richtlinien und Verordnungen vor¹. Die meisten der für Bank- und Wertpapierdienstleistungen relevanten Rechtsvorschriften wurden deshalb zwischen 2011 und 2013 grundlegend überarbeitet oder überhaupt erst erlassen. Dabei erfolgt die Regulierung in immer mehr Bereichen durch direkt anwendbare Verordnungen oder durch Richtlinien, welche den Mitgliedstaaten keinen Spielraum mehr lassen, um strengere Vorschriften zu erlassen (Maximal- statt Mindestharmonisierung)². Flankiert wird die Harmonisierung der Finanzmarktregulierung durch eine rasch voranschreitende Vergemeinschaftung der Finanzmarktaufsicht (s. Rz. 273).

b) Europäischer Pass

- 270 Ein wichtiger Schritt zur Verwirklichung des Binnenmarkts für Bank- und Wertpapierdienstleistungen wurde ab 1993 mit der Einführung des sog. Europäischen Passes gemacht. Europäischer Pass heißt, dass Kreditinstitute und Wertpapierunternehmen, die in einem Mitgliedstaat zugelassen sind, in allen anderen Mitgliedstaaten tätig werden können, ohne dass es dazu einer weiteren Bewilligung des Aufnahmemitgliedstaates bedarf. Eine Notifikation der Aufsichtsbehörde im Heimatmitgliedstaat ist ausreichend; diese informiert in der Folge die Aufsichtsbehörde des Aufnahmemitgliedstaates.
- 271 Der Europäische Pass wurde 1989 durch die Zweite Bankenrichtlinie³ eingeführt, die die Zulassungsvoraussetzungen für Kreditinstitutionen im Sinne einer Mindestharmonisierung vereinheitlichte⁴. Die Richtlinie führte auch den Grundsatz der **Aufsicht durch die Behörde des Herkunftsmitgliedstaates** (*home country control*)⁵ sowie der gegenseitigen Anerkennung⁶ ein⁷. 2004 wurden diese Konzepte durch MiFID I⁸ auf Wertpapierdienstleistungen übertragen (vgl. Art. 31 f. MiFID I). Die AIFM-Richtlinie hat das Konzept des Europäischen Passes auf Investmentfonds und Verwaltungsgesellschaften erweitert (s. Teil L Rz. 629, 634 ff.).
- 272 Der EU-Pass greift sowohl bei der Errichtung von rechtlich unselbständigen **Zweigstellen** in einem anderen Mitgliedstaat wie auch im **grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr ohne kommerzielle Präsenz**. Weil er der Verwirklichung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit dient, können sich Finanzdienstleister mit Sitz in einem Drittstaat nicht darauf berufen (s. Rz. 283 ff., 290 ff.). Bei der Errichtung von (rechtlich selbständigen)

1 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein reformierter Finanzsektor für Europa, COM(2014) 279 final, (Brüssel, 15.5.2014), S. 2.

2 Der Übergang zur Maximalharmonisierung ist auch durch die De Larosière-Gruppe empfohlen worden; vgl. De Larosière-Report v. 25.2.2009, N. 109. Vgl. dazu *Zetsche*, 59.

3 Zweite Richtlinie 89/646/EWG des Rates v. 15.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG, ABl. Nr. L 386 v. 30.12.1989, S. 1–13.

4 *De Meester*, N. 583 ff.

5 Art. 13(1) RL 89/646/EWG.

6 Art. 18(1) RL 89/646/EWG: „Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die in der Liste im Anhang aufgeführten Tätigkeiten in ihrem Hoheitsgebiet gemäß den Art. 19, 20 und 21 sowohl über eine Zweigstelle als auch im Wege des Dienstleistungsverkehrs von jedem Kreditinstitut ausgeübt werden können, das durch die zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaats gemäß dieser Richtlinie zugelassen ist und kontrolliert wird, soweit die betreffenden Tätigkeiten durch die Zulassung abgedeckt sind.“

7 *De Meester*, N. 585.

8 Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. v. 30.4.2004, L 145, S. 1.

Tochtergesellschaften kommt der Europäische Pass hingegen nicht zum Tragen. Die Voraussetzungen hierfür bestimmen sich nach dem Recht des Sitzstaates, in dem zugleich die Hauptverwaltung ihren Sitz haben muss. Die Zulassungsvoraussetzungen für Banken und Wertpapierdienstleister sind allerdings inzwischen weitgehend harmonisiert (s. Rz. 293 ff. und 296 f.). Ist eine Tochtergesellschaft in einem Mitgliedstaat der EU wirksam errichtet und zugelassen, so kann sie als EU-Unternehmen in jedem anderen Mitgliedstaat tätig werden, auch wenn die Muttergesellschaft ihren Sitz in einem Drittland hat.

c) Vergemeinschaftung der Aufsicht

aa) Europäisches Finanzaufsichtssystem

Flankiert wird der Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen durch eine rasch fortschreitende Vergemeinschaftung von Aufsichtscompetenzen¹. Zwar bleibt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Beaufsichtigung von Banken, Wertpapierunternehmen und anderen Finanzdienstleistern im Grundsatz bestehen. Zur Koordination der nationalen Aufsichtssysteme wurde jedoch 2011 das Europäische Finanzaufsichtssystem (*European System of Financial Supervision*, ESFS) eingerichtet. Zentrales Element des ESFS sind die drei Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (englisch *European Supervisory Authorities*, ESA) für das Bankwesen (*European Banking Authority*, EBA²), das Versicherungswesen (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*, EIOPA³) und das Wertpapierwesen (*European Securities and Markets Authority*, ESMA⁴). Hinzu kommt der Europäische Ausschuss für Systemrisiken (*European Systemic Risk Board*, ESRB⁵), der die Stabilität des gesamten Finanzsystems überwachen soll. Die ESAs dienen einerseits einer verstärkten Koordination der nationalen Aufsichtsbehörden. Andererseits haben sie auch gewisse Rechtsetzungsbefugnisse, von denen sie durch Erlass von Technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards Gebrauch machen können (s. Art. 10 ff. EBA-VO; Art. 10 ff. ESMA-VO; Art. 10 ff. EIOPA-VO). Schließlich nehmen die ESAs in begrenztem Umfang auch direkt Aufsichtsbefugnisse wahr, so etwa für Ratingagenturen⁶.

273

1 Für einen Überblick vgl. Mitteilung der Kommission, Ein reformierter Finanzsektor für Europa, COM(2014) 279 final (Brüssel, 15.5.2014), S. 3 f.

2 Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission, ABl. Nr. L 331 v. 15.12.2010.

3 Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission, ABl. Nr. L 331 v. 15.12.2010.

4 Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.11.2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG der Kommission, ABl. Nr. L 331 v. 15.12.2010, S. 84.

5 Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.11.2010 über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, ABl. Nr. L 331 v. 15.12.2010.

6 Vgl. Art. 18 Abs. 3 der Verordnung (EU) No 1060/2009 v. 16.9.2009 über Ratingagenturen, ABl. v. 17.11.2009, L 302 S. 1. Nach der ursprünglichen Fassung der EU-Rating-Verordnung wurden die Ratingagenturen von den nationalen Aufsichtsbehörden beaufsichtigt, die in Aufseher-Kollegien miteinander kooperierten. Die ESMA, bzw. ihre Vorgänger-Institution, der Ausschuss der Europäischen Wertpapier-Regulierungsbehörden CESR (Committee of European Securities Regulators), hatte nur eine unterstützende Funktion. Mit der ersten Novelle der Verordnung (Credit Rating Agency Regulation II – CRA II) konzentrierte der europäische Gesetzgeber die europaweite Aufsichtszuständigkeit bei der ESMA und verlieh dieser entsprechend umfassende Exekutivkompetenzen. In der Praxis bedeutete dies, dass mit Abschluss der letzten Registrierungsverfahren

bb) Einheitlicher Überwachungsmechanismus

- 274 Für die Eurozone wurde als zusätzlicher Harmonisierungsschritt die Errichtung einer Bankenunion beschlossen, die aus einem einheitlichen Überwachungs- (*Single Supervisory Mechanism*, SSM) sowie einem einheitlichen Abwicklungsmechanismus (*Single Resolution Mechanism*, SRM) besteht. Kern des SSM ist die Übertragung der Aufsicht über die 130 größten Banken der Eurozone auf die Europäische Zentralbank (EZB). In diesem System verbleiben den nationalen Aufsichtsbehörden nur noch Restkompetenzen. Der SSM hat seine operative Tätigkeit Ende 2014 aufgenommen. Der Einheitliche Aufsichtsmechanismus erfasst zwingend nur die Mitglieder der Eurozone. Andere EU-Mitgliedstaaten können am SSM jedoch auf freiwilliger Basis teilnehmen (s. Art. 7 SSM-VO); s. auch Art. 2(1) SSM-VO).

d) EWR

- 275 Der Europäische Wirtschaftsraum (EWR) ist 1992 durch Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten der EFTA und der EU geschlossen worden. Die Schweiz hat einen Beitritt zu dem Abkommen am 6.12.1992 in einer Volksabstimmung abgelehnt; so dass der EWR heute neben den EU-Mitgliedstaaten die EFTA-Mitglieder Island, Liechtenstein und Norwegen umfasst. Der EWR-Vertrag nennt als Ziele die Verwirklichung der vier Grundfreiheiten (Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, vgl. Rz. 282 ff.) sowie die Koordination der Wettbewerbspolitik; darüber hinaus ist eine engere Zusammenarbeit in gewissen Gebieten wie Forschung und Entwicklung, Umweltschutz, Erziehung und Sozialpolitik vorgesehen. Im Kern geht es jedoch um die Teilnahme am Binnenmarkt. Die drei EFTA-EWR-Staaten Liechtenstein, Island und Norwegen sind Teil des gemeinsamen Marktes und sind in Bezug auf die Grundfreiheiten den EU-Mitgliedstaaten gleichgestellt¹. Im Gegenzug sind sie verpflichtet, das Sekundärrecht der EU zu übernehmen. Die Übernahme erfolgt dabei durch Abkommen mit den Vertragsstaaten des EWR². Bisher sind letztlich auch alle EU-Rechtsakte im Bereich der Finanzdienstleistungen übernommen worden.
- 276 Die begrenzte Finalität des EWR und die rasch voranschreitende Vertiefung des EU-Binnenmarktes für Finanzdienstleistungen führt allerdings zu zunehmenden Spannungen. Solche ergaben sich beispielsweise im Zusammenhang mit der Errichtung der ESAs, weil die damit verbundene Übertragung von Aufsichtsbefugnissen für Norwegen und Island verfassungsrechtlich nur schwer zu bewältigen war. Die Lösung, die nach langwierigen Verhandlungen im Herbst 2014 gefunden wurde, beruht auf einem zwei-Säulen-Modell, bei dem formell die EFTA-Aufsichtsbehörde auf Grundlage von Entwürfen der ESAs die Entscheidungen trifft, die sich an Behörden bzw. Marktteilnehmer in den EFTA-Staaten richten³. Die EU-ESAs sind befugt, nicht bindende Handlungen (wie z.B. Empfehlungen oder Vermittlungen) vorzunehmen. Die EFTA-Auf-

im Oktober 2011, die noch Aufseher-Kollegien begonnen hatten, sämtliche Aufsichtsbefugnisse über Ratingagenturen auf die ESMA übergegangen sind und diese seitdem allein für die Anwendung der EU-Rating-Verordnung verantwortlich ist. Die Mitwirkung der nationalen Aufsichtsbehörden wie der BaFin konzentriert sich nun auf die Mitarbeit im entsprechenden Fachausschuss der ESMA, der Leitlinien und Empfehlungen sowie technische Regulierungs- und Durchführungsstandards entwickelt, welche entweder von der ESMA selbst oder der EU-Kommission unter Mitwirkung des Europäischen Parlaments und des Rats verabschiedet werden, sowie auf die Mitwirkung bei der Beschlussfassung im Rat der Aufseher, dem Lenkungsremium der ESMA. Dieser fasst letztinstanzlich alle Beschlüsse über Tätigkeit und Maßnahmen der Behörde, entscheidet also auch, ob Sanktionen gegen beaufsichtigte Unternehmen verhängt werden.

1 Vgl. Art. 34, 36 EWR-Abkommen. Vgl. dazu *Zetsche*, 53.

2 Vgl. dazu *Zetsche*, 53.

3 Vgl. EU/EEA ECOFIN Conclusions 14 October 2014, 14178/1/14 REV 1, abrufbar unter <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea/eea-news/2010-10-14-EEA-EFTA-ECOFIN-joint-conclusions.pdf> (zuletzt abgerufen 31.8.2015).

sichtsbehörde und die EFTA-Staaten nehmen im Aufsichtsrat der ESAs ohne Stimmrecht Einsitz. Ähnlich Schwierigkeiten dürften sich im Zusammenhang mit dem Einheitlichen Überwachungsmechanismus (Rz. 274) ergeben.

Auch die Drittstaatenregelung in neueren EU-Rechtsakten bereitet Schwierigkeiten, insbesondere im Verhältnis von Liechtenstein zur Schweiz. Liechtenstein ist mit der Schweiz durch eine Währungsunion verbunden und nutzt die schweizerische Finanzmarktinfrastruktur. An sich wird die Handelspolitik gegenüber Drittstaaten durch das EWR-Abkommen nicht erfasst, so dass es gute Gründe gäbe, gemeinschaftsrechtliche Vorschriften über die Beziehung zu Drittstaaten nicht in das EWR-Abkommen zu übernehmen. Tatsächlich sind bisher jedoch sämtliche Rechtsakte der EU im Bereich des Bank- und Finanzmarktrechts unter Einschluss der Drittstaatenregelungen übernommen worden¹. 277

Im Verhältnis der Schweiz zu Liechtenstein, die beide EFTA-Mitglieder sind, gilt grundsätzlich das EFTA-Abkommen von 2001², das auch Vorschriften über Finanzdienstleistungen und den Kapitalverkehr enthält und den Dienstleistungsverkehr weitgehend liberalisiert (Art. 29 ff. EFTA-Abk). Nach Art. 49 EFTA-Abk. gehen andere Abkommen, an denen einer oder mehrere EFTA-Staaten als Partei teilnehmen, dem EFTA-Abk. jedoch vor. Das gilt ausdrücklich auch für das EWR-Abkommen, zu dem Art. 49 Abs. 2 EFTA-Abk. festhält, dass es „in keiner Weise“ die Anwendung von Vorschriften des EWR-Abk. beeinträchtigt. Umgekehrt bestimmt Art. 121 EWR-Abk., dass dieses „die Zusammenarbeit im Rahmen der regionalen Union zwischen der Schweiz und Liechtenstein [nicht berührt], soweit die Ziele dieser Union nicht durch die Anwendung dieses Abkommens erreicht werden und das gute Funktionieren dieses Abkommens nicht beeinträchtigt wird“. Die „regionale Union“ zwischen der Schweiz und Liechtenstein erstreckt sich aber nur auf Währungsfragen, nicht auch auf die Finanzmarktregulierung. Daraus folgt, dass die Drittstaatenregelung in EU-Rechtsakten, die durch die EWR-Staaten übernommen wurden, auch im Verhältnis Liechtensteins zur Schweiz gilt. 278

e) Rechtslage EU-Schweiz

Die Schweiz ist nicht Mitglied der EU und hat 1992 in einer Volksabstimmung auch den Beitritt zum EWR abgelehnt. Auf der Grundlage eines dichten Netzes von bilateralen Verträgen nimmt die Schweiz zwar inzwischen an Teilen des Binnenmarktes teil. Das gilt aber nicht für Dienstleistungen, insbesondere auch nicht für Finanzdienstleistungen. Zwar wurde der Abschluss eines Dienstleistungsabkommens wiederholt erwogen, doch hat die Schweiz von dieser Option jeweils Abstand genommen. 279

Entgegen seinem zu eng gefassten Titel regelt zwar auch das 1999 abgeschlossene Freizügigkeitsabkommen EU-Schweiz (FZA)³ Teile des Dienstleistungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz. Das Abkommen bezweckt u.a. auch, die Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien zu erleichtern, insbesondere durch Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen (Art. 1 Buchst. a FZA). Das wird durch Einreise- und Aufenthaltsrechte sowie Beschränkungsverbote er- 280

1 Vgl. dazu *Zetsche*, 53.

2 Convention Establishing The European Free Trade Association (21.6.2001; Consolidated version, last amended on 1 July 2013).

3 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, unterzeichnet in Luxemburg am 21.6.1999, ABl. 2002, Nr. L 114, S. 6. Das Freizügigkeitsabkommen ist Teil eines Pakets von gesamthaft sieben Abkommen, die am 21.6.1999 unterzeichnet wurden. Diese sieben Abkommen wurden mit dem Beschluss 2002/309/EG, Euratom des Rates und der Kommission v. 4.4.2002 (ABl. Nr. L 114, S. 1) im Namen der Europäischen Gemeinschaft gebilligt und traten am 1.6.2002 in Kraft.

reicht (vgl. Art. 5 FZA sowie Art. 17 ff. Anhang I FZA). Dabei findet das FZA grundsätzlich auch auf Finanzdienstleistungen Anwendung, wie sich aus Art. 22 Abs. 3 Buchst. ii Anhang I FZA ergibt. Nach dieser Bestimmung lässt das Abkommen „die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Abkommens bestehenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften [über genehmigungspflichtige und einer Aufsicht unterliegenden Finanzdienstleistungen] unberührt“. Dennoch ist die Relevanz des Abkommens für Finanzdienstleister eng begrenzt, und zwar aus mehreren Gründen. Erstens können sich nach der Rechtsprechung des EuGH auf die Rechte nach dem Abkommen im Wesentlichen nur natürliche Personen berufen¹. Finanzdienstleister sind jedoch ganz überwiegend als juristische Personen organisiert, weshalb sie aus dem Übereinkommen keine Rechte ableiten können. Zweitens sind die Rechte nach dem Übereinkommen auf kurzzeitige Dienstleistungen beschränkt, die pro Jahr während höchstens 90 Tagen erbracht werden. Für Finanzdienstleister, die eine dauernde Betreuung ihrer Kunden gewährleisten wollen, bietet das keinen tauglichen Rahmen. Drittens ist unklar, welche Rechte das Abkommen den Dienstleistungserbringern im Einzelnen gewährt; fest steht nur, dass es nicht der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit i.S.v. Art. 56 AEUV dient².

- 281 Die Nichtteilnahme der Schweiz am Binnenmarkt für Finanzdienstleistungen und dessen zunehmende Abschottung gegenüber Drittstaaten hat sich für Schweizer Finanzdienstleister zu einer zentralen strategischen Herausforderung entwickelt³. Deshalb hat sich der Bundesrat 2014 entschlossen, erneut die Möglichkeit zu prüfen, mit der EU ein bilaterales Finanzdienstleistungsabkommen abzuschließen⁴. Vor Lösung von offenen institutionellen Fragen und der Probleme im Zusammenhang mit der Masseneinwanderungsinitiative sind in diesem Dossier jedoch keine substantiellen Fortschritte zu erwarten.

1 EuGH, Rs. C-351/08, *Grimme*, Rz. 33, 34 [„Sodann hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass die in Art. 1 definierten Ziele des Abkommens nach dieser Bestimmung zugunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten und der Schweizerischen Eidgenossenschaft und damit zugunsten natürlicher Personen verfolgt werden und dass alle von dem Abkommen betroffenen Kategorien von Personen – Gemeinschaftsangehörige und Schweizer –, mit Ausnahme der Dienstleistungserbringer und -empfänger, ihrem Wesen nach voraussetzen, dass es sich um natürliche Personen handelt.“]; EuGH, Rs. C-541/08. *Fokus Invest AG*, Rz. 29. Fokus Invest Rz. 30: „Der Gerichtshof ist zu der Feststellung gelangt, dass dieses Abkommen und sein Anhang mit Ausnahme von Art. 5 Abs. 1 des Abkommens und Art. 18 des Anhang I des Abkommens, mit denen Gesellschaften ein bestimmtes Recht auf die Erbringung von Dienstleistungen eingeräumt wird, keine Bestimmung enthalten, die juristischen Personen ein Recht gewährte (vgl. in diesem Sinne Urteil *Grimme*, Rz. 35).“

2 EuGH, Rs. C-351/08, *Grimme*, Rz. 27, 29; EuGH, Rs. C-541/08. *Fokus Invest AG*, Rz. 29; so auch BGer, 22.10.2007, BGE 133 V 624 E. 4.2: „Die Dienstleistungsfreiheit, wie sie der EG-Vertrag und die zu dessen Anwendung ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften regelt, bildet nicht Bestandteil des „acquis communautaire“, welchen sich die Schweiz zu übernehmen verpflichtet hat. Das FZA sieht nur eine teilweise Liberalisierung von Dienstleistungen vor.“

3 Vgl. dazu die (schweizerische) Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie, Schlussbericht, 1.12.2014, 22 f.: „Die Expertengruppe geht davon aus, dass sich der grenzüberschreitende Marktzutritt für die Schweizer Finanzbranche ins Ausland, namentlich für vorwiegend im Privatkundengeschäft tätige Banken und Vermögensverwalter, aber auch für die Finanzmarktinfrastruktur, inskünftig erheblich schwieriger gestalten wird. Auch eine vollständige Schließung gewisser Märkte für Anbieter aus der Schweiz heraus infolge (aufsichts-) rechtlicher Vorgaben des Auslands, u.a. auch auf EU-Ebene, ist denkbar. ... Ein teilweiser oder gänzlicher Verlust des Marktzutritts in den EU/EWR-Raum und andere bedeutende Länder in wichtigen Geschäftsbereichen hätte somit weitreichende Folgen für die Volkswirtschaft.“

4 Vgl. „Finanzdienstleistungsabkommen mit der EU, Aufgalopp für einen neuen Vertrag mit Brüssel“, NZZ 12.12.2014; vgl. auch Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie, Schlussbericht, 1.12.2014, 27 ff.

Anforderungen gewisser Mitgliedstaaten (*gold plating*) und einer unterschiedlichen Aufsichtspraxis ergeben haben.

b) Wertpapierdienstleistungen

Die aufsichtsrechtlichen Anforderungen für grenzüberschreitende Wertpapierdienstleistungen wurden 1993 erstmals durch die damalige Wertpapierdienstleistungsrichtlinie¹ harmonisiert. Systematisch entsprach die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie der zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie und brachte dementsprechend eine gegenseitige Anerkennung der Aufsichtssysteme auf Basis der Mindestharmonisierung, den Europäischen Pass sowie die Herkunftslandkontrolle. Die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie wurde 2004 durch die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (Markets in Financial Instruments Directive – MiFID)² ersetzt. Diese wurde 2014 einerseits durch die geänderte Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II)³ abgelöst und andererseits durch eine Verordnung über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR)⁴ ergänzt. Die Wertpapierdienstleistungen, die durch MiFID II/MiFIR erfasst sind, werden in Anhang I MiFID II umschrieben. 296

MiFID II ist am 3.7.2014 in Kraft getreten und muss bis zum 3.7.2016 in nationales Recht umgesetzt werden und sollte – mit wenigen Ausnahmen – vom 3.1.2017 an anwendbar sein (Art. 93 Abs. 1 MiFID II). Wegen Verzugs beim Erlass von Umsetzungs- und Ausführungsmaßnahmen hat die Kommission am 10.2.2016 vorgeschlagen, das Inkrafttreten um ein Jahr auf den 3.1.2018 hinauszuschieben.⁵ MiFIR ist ebenfalls am 3.7.2014 in Kraft getreten und gilt vom 3.1.2017 an (Art. 55 MiFIR). Als Verordnung bedarf sie keiner Umsetzung in nationales Recht. 297

IV. Der Zugang von Finanzdienstleistern aus Drittstaaten zum EU-Binnenmarkt

1. Fragestellung

Ein (beabsichtigter oder nicht beabsichtigter) Nebeneffekt der rasch voranschreitenden Integration der EU-Märkte für Finanzdienstleistungen sind immer höhere Schranken für Dienstleister aus Drittstaaten. Als Drittstaaten gelten alle Staaten mit Ausnahme der Mitgliedstaaten der EU und des EWR. Besonders betroffen sind dabei Banken und Wertpapierdienstleister aus der Schweiz (s. Rz. 281). 298

Die EU hat die Entscheidung, ob und in welchem Umfang Finanzdienstleister aus Drittstaaten Zugang zu ihren Finanzmärkten erhalten sollen, herkömmlicherweise ihren Mitgliedstaaten überlassen⁶. Damit wurde dem Umstand Rechnung getragen, dass die politischen Präferenzen der Mitgliedstaaten und ihre ökonomischen Interessen in 299

1 Richtlinie 93/22/EWG des Rates v. 10.5.1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABL Nr. L 141 v. 11.6.1993, S. 27.

2 Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, ABL Nr. L 145, 30.4.2004, S. 1.

3 Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABL 12.6.2014, L 173 S. 349.

4 Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente, ABL 12.6.2014, L 173 S. 84.

5 Proposal for a Directive amending Directive 2014/65/EU on markets in financial instruments as regards certain dates, Brussels, 10.2.2016, COM(2016) 56 final.

6 Vgl. HM Government, Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union, The Single Market: Financial Services and the Free Movement of Capital Capital Movements Between the UK and Third Countries (Summer 2014), 62.

dieser Frage weit divergieren. Seit der Finanzkrise versucht die Kommission jedoch verstärkt, eine gemeinsame Politik durchzusetzen; in der jüngsten Runde von Richtlinienrevisionen gehörten die Drittstaatenregelung dementsprechend jeweils zu den am heftigsten umstrittenen Fragestellungen. Bisher ist es nicht gelungen, eine bereichsübergreifende Politik mit einheitlichen Instrumenten und Regelungsansätzen zu entwickeln. Das Ergebnis ist ein heillos zersplitterter Rechtsrahmen, der nicht nur nach Bereichen und Erbringungsmodi unterschiedliche Regeln vorsieht, sondern darüber hinaus zahlreiche weitere Differenzierungen einführt. Ob diese Rechtslage, die selbst mit größtem Aufwand kaum mehr zu überblicken ist, dem GATS-Transparenzgebot noch genügt (s. Rz. 246), erscheint heute fraglich.

- 300 Im Folgenden sind die Drittlandsregelungen für Bankdienstleistungen (Rz. 301 ff.) sowie für Wertpapierdienstleistungen (Rz. 318 ff.) darzustellen.

2. Bankdienstleistungen

a) Kommerzielle Präsenz

aa) Gründung und Erwerb von Tochtergesellschaften

- 301 Die aktuelle Kapitaladäquanzrichtlinie (CRD IV) umfasst zwei Arten von Vorschriften über die Zulassung von Kreditinstituten aus Drittländern zum Binnenmarkt. Einerseits harmonisiert sie die Mindestanforderungen, die die Mitgliedstaaten vorsehen müssen, wenn ein Kreditinstitut aus einem Drittland in einem EWR-Mitgliedstaat eine *Tochtergesellschaft gründen oder erwerben will*¹. Andererseits enthält CRD IV eine Reihe von Vorschriften zur laufenden Überwachung und Beaufsichtigung von Kreditinstituten, die *durch natürliche oder juristische Personen mit Sitz außerhalb des EWR kontrolliert* werden². Insbesondere muss das Institut über einen Geschäftsplan und eine angemessene Organisation (Art. 10 CRD IV) sowie Eigenkapital i.H.v. wenigstens 5 Mio. Euro (Art. 12 Abs. 1 CRD IV) verfügen. Ferner muss die tatsächliche Geschäftsleitung des Instituts in der Hand von mindestens zwei Personen liegen, die Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung bieten (Art. 13 Abs. 1 CRD IV). Diese Vorgaben gelten nicht nur für Drittlandfirmen, sondern allgemein.
- 302 Die Voraussetzungen, unter denen Drittlandfirmen in der EU bzw. im EWR ein Kreditinstitut gründen oder erwerben können, werden somit weitgehend durch Gemeinschaftsrecht bestimmt³. Die Mitgliedstaaten können bei der Zulassung von Drittlandfirmen von den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht abweichen und abweichende Anforderungen aufstellen. Klarerweise ausgeschlossen ist, für Drittlandfirmen weniger strenge Anforderungen vorzusehen, als das Gemeinschaftsrecht aufstellt⁴. Weniger klar ist, ob Mitgliedstaaten über die Anforderungen der Richtlinie und der Verordnung auch hinausgehen können („*gold plating*“). Für die prudentiellen Anforderungen ist dies zu verneinen, weil diese in der Kapitaladäquanzverordnung (CRR) harmonisiert wurden, die direkt anwendbar ist. Aber auch die Richtlinie basiert grundsätzlich auf einer Maximalharmonisierung und lässt nur in ganz wenigen Fällen⁵ zu, dass die Mitgliedstaaten weitergehende Anforderungen stellen können⁶. Im Rahmen der gemein-

1 *De Meester*, 288.

2 *De Meester*, N. 615.

3 *De Meester*, 289.

4 *De Meester*, 309; vgl. auch Erwägungsgrund 9 CRR.

5 *De Meester*, 312 Fn. 889, 313. Diese Optionen betreffen den Antizyklischen Kapitalpuffer (Art. 136 CRD IV) sowie den Systemrisikopuffer (Art. 133f CRD IV). Ausserdem lässt sich die Auffassung vertreten, dass Mitgliedstaaten ein höheres Anfangskapital als die in Art. 12 Abs. 1 CRD IV genannten Euro 5 Mio. verlangen können; so *De Meester*, 313.

6 *De Meester*, 309.

schaftsrechtlich harmonisierten Regelungsgegenstände ist es den Mitgliedstaaten deshalb untersagt, von den Anforderungen von CRD IV und CRR abweichende Anforderungen an die Zulassung von Drittlandanbietern aufzustellen¹.

Selbst dort, wo die Mitgliedstaaten Handlungsspielraum haben – weil das Gemeinschaftsrecht eine bloße Minimalharmonisierung vorsieht – ist der Spielraum insofern begrenzt, als diese Maßnahmen nicht spezifisch auf Drittlandfirmen abzielen dürfen. Eine solche Maßnahme würde in den Bereich der gemeinsamen Handelspolitik fallen, die eine exklusive EU-Kompetenz ist. Zulässig sind somit nur Maßnahmen, die für inländische und Drittstaaten-Banken gleichermaßen gelten². 303

Die Tochtergesellschaft einer Drittlandfirma kann sich auf die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Art. 56, 49 AEUV) berufen³. Darüber hinaus kommt sie auch in den Genuss des Europäischen Passes⁴. Sie kann also die in CRD IV Anhang I umschriebenen Bankdienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten anbieten (grenzüberschreitend oder durch Errichtung einer Zweigniederlassung; s. Art. 33 CRD IV)⁵. 304

bb) Errichtung von Zweigniederlassungen

Die **kommerzielle Präsenz durch Errichtung einer Zweigniederlassung** wird durch CRD IV nicht abschließend geregelt⁶. Die Richtlinie postuliert zwar, dass die „Vorschriften für Zweigstellen von Kreditinstituten mit Sitz in einem Drittland ... in allen Mitgliedstaaten gleich sein sollten“⁷ und dass Zweigstellen von Drittlandfirmen sich nicht auf die primärrechtlichen Garantien des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit berufen können⁸. Zweigstellen einer Bank aus einem Drittstaat sollen m.a.W. nicht in den Genuss des Europäischen Passes kommen; sie können nur in dem Mitgliedstaat tätig werden, in dem sie errichtet wurden⁹. Als verbindliche Vorschrift ist dann allerdings nur das an die Mitgliedstaaten gerichtete Verbot formuliert, für Zweigstellen von Kreditinstituten günstigere Vorschriften aufzustellen als für Zweigstellen von Banken aus einem anderen Mitgliedstaat (Art. 47 Abs. 1 CRD IV). Im Ergebnis bleibt es damit im wesentlichen Sache der Mitgliedstaaten, die Bedingungen festzulegen, unter denen Banken und andere Kreditinstitute aus Drittstaaten in einem Mitgliedstaat Zweigniederlassungen eröffnen und betreiben können¹⁰. 305

Für **Deutschland** sind die Bedingungen für die Errichtung von Zweigstellen von Unternehmen mit Sitz im Ausland in § 53 ff. KWG niedergelegt. Grundsätzlich ist der Betrieb einer Zweigstelle durch ein Unternehmen mit Sitz im Ausland in Deutschland bewilligungspflichtig (§ 53 Abs. 1 KWG) und unterliegt gewissen Anforderungen (substantielle Präsenz; vgl. § 53 Abs. 2 KWG). Ein *CRR-Kreditinstitut oder ein Wertpapierhandelsunternehmen mit Sitz in einem anderen EWR-Staat* darf ohne Erlaubnis der Aufsichtsbehörde über eine Zweigniederlassung oder im Wege des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs im Inland Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen, wenn das Unternehmen von den zuständigen Stellen des Herkunfts-

1 De Meester, 308.
 2 De Meester, 317 f.
 3 De Meester, 288, 296.
 4 De Meester, 288. Vgl. Erwägungsgrund 23 CRD IV.
 5 De Meester, 296.
 6 Zetsche, 103.
 7 Erwägungsgrund 23 CRD IV.
 8 Erwägungsgrund 23 CRD IV: „Für Zweigstellen von in dritten Ländern zugelassenen Kreditinstituten sollte der freie Dienstleistungsverkehr bzw. die Niederlassungsfreiheit nur in dem Mitgliedstaat, in dem sie errichtet sind, nicht jedoch in den anderen Mitgliedstaaten gelten.“
 9 Zetsche, 103; vgl. auch den 23. Erwägungsgrund CRD IV; Art. 37 CRD IV.
 10 Eine grenzüberschreitende Tätigkeitserlaubnis (für den gesamten EWR) könnte allerdings Teil eines Abkommens nach Art. 218 AEUV sein. Vgl. Art. 47 Abs. 3 CRD IV; Zetsche, 103.

talmarktrechtlichen Kontext geregelte Mitteilungspflichten (z.B. §§ 21 ff. WpHG) können ebenfalls gesellschaftsrechtliche Zwecke verfolgen (vgl. §§ 23 Abs. 5, 28 WpHG). Im Rahmen dieses Zwecks sind sie gesellschaftsrechtlich anzuknüpfen. Geht es der pflichtstatuierenden Norm demgegenüber allein um Marktordnung und Kapitalmarktaufsicht, wird nach den spezifischen Kollisionsregeln für diesen Bereich angeknüpft (zu alledem s. *Oppitz*, Teil L Rz. 600 ff.).

- 238 Schließlich widmet das **Rechnungslegungs- und Prüfungsrecht** aller deutschsprachigen Staaten der Unternehmensgruppe eigene Vorschriften¹

6. Zuständigkeit für Streitentscheidung

a) Internationales Zivilprozessrecht

- 239 Die internationale Zuständigkeit der Gerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten aus konzernrechtlichen Tatbeständen sowie Fragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen werden in Teil P behandelt (dort insbesondere Rz. 62 Fn. 4, 161 Fn. 1). An dieser Stelle sei lediglich darauf hingewiesen, dass im Verhältnis zu Liechtenstein weder die Brüssel Ia-VO noch das Luganer Übereinkommen Anwendung findet. Es sind somit sowohl für die internationale Zuständigkeit als auch für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen die jeweiligen nationalen Regelungen heranzuziehen, in Deutschland also bspw. § 328 ZPO. Diese Norm setzt die Gegenseitigkeit voraus, die im Verhältnis zu Liechtenstein nicht als gesichert gelten kann².

b) Schiedsgerichtsbarkeit

- 240 Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit werden in Teil P behandelt (dort Rz. 228 ff.).

X. Sitzverlegung, Strukturveränderungen

1. Rechtsformwahrende Verlegung des Verwaltungssitzes innerhalb von EU und EWR

a) Europäische Zuzugsfreiheit – nationale Wegzugsgestaltung

- 241 Die rechtliche Beurteilung einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung von einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR in einen anderen ist durch die **europäische Niederlassungsfreiheit** (Art. 49 ff. AEUV bzw. Art. 31 des EWR-Abkommens) überlagert. Die Sitztheorie mit ihrer Kernaussage, der zufolge eine Gesellschaft, die nach dem Recht eines Staates gegründet worden ist, ihr rechtliches Gründungskleid verliert, wenn sie ihren Verwaltungssitz in einen anderen Staat verlegt, ist mit der europäischen Niederlassungsfreiheit unvereinbar. Dies hat der EuGH in den Entscheidungen *Überseering*³ und *Inspire Art*⁴ endgültig klargestellt; insoweit ist die Sitztheorie obsolet⁵ (zu den Einzelheiten dieser europarechtlich beeinflussten Entwicklung s. Rz. 107 ff.). Die unions-

1 Überblick über die **deutschen Vorschriften** bei *Kindler* in MünchKomm/BGB, IntGesR Rz. 743 ff.; vgl. auch den rechtsvergleichend angelegten Tagungsband von Ebke/Möhlenkamp (Hrsg.), Rechnungslegung, Publizität und Wettbewerb (2010); Überblick über die **liechtensteinschen** Vorschriften bei *Batliner* in Wegen/Spahlinger/Barth (Hrsg.), Gesellschaftsrecht des Auslands, Liechtenstein Rz. 389; Überblick über die **österreichischen** Vorschriften bei *Kusznier* in Wegen/Spahlinger/Barth (Hrsg.), Gesellschaftsrecht des Auslands, Österreich Rz. 385; Überblick über die **schweizerischen** Vorschriften bei *Schärer/Grünblatt/Eisenhut* in Wegen/Spahlinger/Barth (Hrsg.), Gesellschaftsrecht des Auslands, Schweiz Rz. 193 ff.

2 Näher dazu *Mankowski*, IPRax 2015, 410 ff.

3 EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, Slg. I, 9919 = IPRax 2003, 65 m. Aufs. *W.-H. Roth* 117.

4 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, Slg. I, 10155 = IPRax 2004, 46 m. Aufs. *Behrens* 20 = JZ 2004, 37 m. Aufs. *Eidenmüller* 24 = NJW 2003, 3331.

5 *Behrens*, IPRax 2003, 193; *Eidenmüller*, JZ 2004, 24; *Horn*, NJW 2004, 893.

rechtlich gewährleistete Niederlassungsfreiheit verlangt vom Zuzugsstaat die Anerkennung der Gesellschaftsentscheidung, **ohne Strukturänderung** den **Verwaltungssitz** aus dem Gründungsstaat in einen anderen Mitgliedstaat **zu verlegen** und dort Rechte zu erwerben und diese geltend zu machen.

Umgekehrt ist der **Gründungsstaat** einer Gesellschaft primärrechtlich nicht gehalten, die **rechtsformwahrende Verlegung** des Verwaltungssitzes in einen anderen EU- oder EWR-Mitgliedstaat zu ermöglichen. Kernargument ist, dass eine Gesellschaft außerhalb ihrer Gründungsrechtsordnung keine natürliche Existenz habe. Demnach verstößt eine gesellschaftsrechtliche Regelung, die eine Sitzverlegung ohne Liquidation nicht zulässt, nicht gegen die Niederlassungsfreiheit. Diese in der *Daily Mail*-Entscheidung¹ aus dem Jahre 1988 eingenommene Position hat der EuGH im Jahre 2008 mit der *Cartesio*-Entscheidung² bestätigt (ausführlich zu diesen beiden Entscheidungen Rz. 107, 109). Lässt das Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates den Wegzug zu, so müssen sich außergesellschaftsrechtliche Behinderungen des Wegzugs jedoch an der Niederlassungsfreiheit messen lassen, weil die Gesellschaft als solche fortbesteht und somit dem Schutz der Niederlassungsfreiheit untersteht (ausführlich dazu Rz. 107)³.

Bei der **Gesamtbetrachtung von Gründungsstaat und Zuzugsstaat** ist Folgendes zu beachten: Die EuGH-Entscheidungen zur Zuzugsfreiheit (s. Rz. 107) betrafen durchweg Konstellationen, in denen der Gründungsstaat der jeweiligen Gesellschaft kollisionsrechtlich der Gründungstheorie folgte. Der Gründungsstaat selbst ging also im Falle des Wegzugs der Gesellschaft von deren Fortexistenz aus. Wendet der Gründungsstaat demgegenüber die Sitztheorie an, stellt sich die Lage anders dar: Nun ist nicht ausgeschlossen zu argumentieren, dass den Zuzugsstaat in solch einem Fall keine Anerkennungspflicht treffe, weil aus dem Gründungsstaat gar kein anerkennungsfähiges Objekt herausziehen könne⁴.

Für **deutsche Gesellschaften** scheiterte ein **Wegzug** bis zum Inkrafttreten des MoMiG⁵ am deutschen materiellen Gesellschaftsrecht, das für die GmbH und die AG zwingend die Verortung des Satzungssitzes am Sitz der Hauptverwaltung vorsah. Vor diesem Hintergrund herrschte weitgehend Einigkeit, dass beides im Inland belegen sein musste⁶. Dies stand nach der Rechtsprechung des EuGH nicht in Widerspruch zur europäischen Niederlassungsfreiheit (s. oben Rz. 242). Dennoch entschloss sich der deutsche Gesetzgeber dazu, die Regelung zu ändern, um deutschen Gesellschaften eine Verlegung ihres Verwaltungssitzes ins Ausland zu ermöglichen⁷. Mit dem MoMiG⁸ wurde Ende 2008 die Koppelung von Satzungssitz und Verwaltungssitz aufgegeben. Die derzeitige Fassung von § 4a dtGmbHG und § 5 dtAktG verlangt zwar einen inländischen Satzungssitz⁹, lässt den Gesellschaften aber eine davon unabhängige **Wahl des Verwaltungssitzes**¹⁰.

1 EuGH v. 27.9.1988 – Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483 = IPRax 1989, 381 m. Aufs. *Behrens* 354.

2 EuGH v. 16.12.2008 – Rs. 210/06, Aufs. *M.-Ph. Weller* IPRax 2009, 202.

3 EuGH v. 29.11.2011 – Rs. 371/10 (*National Grid Indus*).

4 So das Gedankenspiel bei *Verse*, ZEuP 2013, 458 (467); dies entspricht in der Tat dem österreichischen Verständnis der Niederlassungsfreiheit; vgl. *Verschraegen*, Internationales Privatrecht (2012) Rz. 882 mit Hinweisen auf OGH-Rechtsprechung sowie Rz. 884 mit konkreten Fallbeispielen.

5 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl. I 2008, 2026, in Kraft seit November 2008.

6 S. nur BayObLG v. 11.2.2004, NJW-RR 2004, 836 m. zahlreichen N.

7 Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs v. 25.7.2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 29.

8 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl. I 2008, 2026, in Kraft seit November 2008.

9 Die Änderung des Satzungssitzes i.S. seiner Verlegung ins Ausland ist entweder als Auflösungsbeschluss anzusehen oder – nach Meinung mancher – gar als nichtig zu behandeln.

10 S. nur *Mayer* in MünchKomm/GmbHG, § 4a Rz. 7ff.

- 245 Fraglich ist, ob sich dieser gesetzgeberische Kurswechsel auf das Sachrecht beschränkt oder ob darin **auch ein kollisionsrechtlicher Richtungswechsel**, weg von der Sitztheorie hin zur Gründungstheorie, gesehen werden muss. Fest steht, dass das vom deutschen Gesetzgeber angestrebte Ziel, deutschen Gesellschaften von Beginn an die freie Wahl des Verwaltungssitzes zu gewährleisten, nur sichergestellt ist, wenn kollisionsrechtlich die Gründungstheorie Anwendung findet. Dies spricht dafür, zumindest die deutsche GmbH und die deutsche AG nach der Gründungstheorie zu behandeln¹. Für **ausländische Gesellschaften** aus Staaten **außerhalb von EU und EWR** hat der BGH der Neuregelung in den §§ 4a dtGmbHG und 5 dtAktG einen kollisionsrechtlichen Aussagegehalt demgegenüber abgesprochen². Als Ergebnis ist zum einen die territorial beschränkte Anwendung der Gründungstheorie – beschränkt auf Zuzug aus EU- und EWR-Staaten sowie auf Wegzug in diese Staaten – denkbar. Zum anderen ist denkbar, in Ergänzung der Anwendung der Gründungstheorie auf den Zuzug aus EU- und EWR-Staaten die Gründungstheorie territorial unbeschränkt für den Wegzug deutscher Gesellschaften anzuwenden.³ Letzteres liefe außerhalb von EU und EWR auf eine einseitige Anwendung der Gründungstheorie zugunsten von deutschen Gesellschaften hinaus.

b) Konkrete Praxisfolgen

- 246 Das unter a) Dargelegte bedeutet für eine **nach deutschem Recht gegründete GmbH oder AG**⁴, die ihren Verwaltungssitz im Ausland ansiedeln möchte, Folgendes: Innerhalb der EU sowie des EWR kann der Verwaltungssitz frei gewählt werden. Vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit sind die **EU- und EWR-Staaten** gehalten, die deutsche Gesellschaft in ihrer deutschen Rechtsform auch dann anzuerkennen, wenn der Verwaltungssitz auf dortigem Territorium liegt (näher dazu Rz. 108). Letzteres ist nach der bisherigen EuGH-Rechtsprechung zumindest dann gesichert, wenn Deutschland die deutsche GmbH und die deutsche AG in Fortführung des den §§ 4a dtGmbHG und 5 dtAktG innewohnenden Grundgedankens kollisionsrechtlich nach der Gründungstheorie behandelt (vgl. dazu die vorhergehende Rz. 245 a.E.)⁵.
- 247 In **Österreich** enthält das materielle Gesellschaftsrecht keine Vorgaben, die eine grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes verhindern. Für die österreichischen Gesellschaften wird auf der Grundlage von § 10 öIPRG allerdings durchgehend die Sitztheorie herangezogen⁶. Vor diesem Hintergrund geht man davon aus, dass eine österreichische Gesellschaft rechtsformwährend ihren Verwaltungssitz nur dann in einen Staat der EU oder des EWR verlegen kann, wenn dieser Staat kollisionsrechtlich der Gründungstheorie folgt. Da Österreich die eigenen Gesellschaften der Sitztheorie unterwirft, wird für andere Staaten aus der europäischen Niederlassungsfreiheit mangels anerkennungsfähigen Objekts keine Anerkennungspflicht abgeleitet⁷.
- 248 Da das Kollisionsrecht von **Liechtenstein** auf der Gründungstheorie aufbaut (s. Rz. 82), ist für liechtensteinische Gesellschaften eine rechtsformwahrende Verlegung des Verwaltungssitzes in andere Staaten von EU und EWR durchgehend möglich.

1 So mit überzeugender Herleitung *Verse*, ZEuP 2013, 458 (466 ff.); dort auch w.N. für diese Auffassung, **a.A. Kindler** in MünchKomm/BGB, IntGesR Rz. 517.

2 BGH v. 27.10.2008, BGHZ 178, 192, Abschnitt I.a.b.cc.

3 So bspw. *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht (2011), S. 91 f.

4 Zur Frage der entsprechenden Behandlung von **Personengesellschaften** s. *Verse*, ZEuP 2013, 458 (467 f.).

5 *Verse*, ZEuP 2013, 458 (466 f.).

6 S. nur *Verschraegen*, Internationales Privatrecht (2012) Rz. 884.

7 *Verschraegen*, Internationales Privatrecht (2012) Rz. 884.

Die **Schweiz** ist als Drittstaat nicht in den räumlichen Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit einbezogen¹ (zur Verlegung des Verwaltungssitzes in Drittstaaten Rz. 253 ff.). 249

c) Grenzen der europäischen Zuzugsfreiheit

Ausnahmen von der Gewährung der Niederlassungsfreiheit durch Gestattung des Zuzugs mit unverändertem Rechtsrahmen sind nur noch in eng begrenzten Fällen zulässig. Voraussetzung ist ein **zwingendes Allgemeininteresse**, das unter Wahrung der **Verhältnismäßigkeit** die Beschränkung zu rechtfertigen vermag². Ein solches konkretes Schutzbedürfnis führt zu **Sonderanknüpfungen** der jeweils Anwendung verlangenden Schutznormen³. Zu unterscheiden ist die Sonderanknüpfung von einer allgemeinen Qualifikation unter nichtgesellschaftsrechtliche Kollisionsnormen, wie bspw. das Insolvenz- oder Deliktstollisionsrecht (s. dazu Rz. 180 ff.). 250

Für eine Sonderanknüpfung in Betracht kommen **Schutznormen des Zuzugsstaates**, die gegen das im Wege der Gründungstheorie zur Anwendung berufene Gesellschaftsstatut durchzusetzen sind. Ihr **Anwendungsanspruch** ist nach Maßgabe ihrer Zwecke (etwa Gläubigerschutz durch Kapitalaufbringung sowie Gesellschafterhaftung; Minderheitsgesellschafterschutz durch Kontroll-, Widerspruchs- und Austrittsrechte oder durch Ersatzansprüche; Arbeitnehmerschutz durch Mitbestimmungsrechte etc.), der „*Politik des Gesetzes*“ (Steindorff), zu ermitteln⁴. Weiterhin ist die **Legitimität** des Anwendungsanspruchs zu hinterfragen. Diese folgt in aller Regel aus einer hinlänglich intensiven Nähe des Sachverhalts zu der Rechtsordnung, der die Schutznorm entstammt⁵. Eine Sonderanknüpfung von Schutznormen gegen das Gesellschaftsstatut **scheidet mangels Erforderlichkeit aus**, wenn das Gesellschaftsstatut **funktional Gleichwertiges** (nicht notwendig Gleiches) in rechtlich anderem Gewand zur Verfügung stellt⁶. Das wird in Europa, abgesehen von der Unternehmensmitbestimmung, vielfach und zunehmend der Fall sein, vor allem wegen der Wirkung implementierten sekundären Unionsrechts. 251

Dass **Missbrauch** der Niederlassungsfreiheit und **Betrug** nicht hingenommen werden können, liegt auf der Hand. Dies hat auch der EuGH in seiner Rechtsprechung betont⁷. Diese Grenzen zu präzisieren⁸, ist – ähnlich wie die Inhaltsbestimmung des allgemeinen kollisionsrechtlichen *ordre public*, Art. 6 dtEGBGB, § 6 öIPRG, Art. 21 Rom I-VO – im Einzelfall eine anspruchsvolle Aufgabe. Nicht jede Abweichung von intern zwingenden Regeln rechtfertigt die Aktivierung der Vorbehaltsklausel (zur Behandlung von Briefkastengesellschaften s. Rz. 111). 252

BGH v. 7.5.2007, BGHZ 172, 200:

Eine in Deutschland lebende Person wurde nach § 35 GewO mit einem Gewerbeverbot belegt. Daraufhin gründete diese Person in England eine Ltd. und wurde als deren alleiniger „*director*“ bestellt. Das deutsche Gewerbeverbot blieb unbeachtet. Anschließend beantragte die Ltd. die Eintragung einer Zweigniederlassung im deutschen Handelsregister. Die Eintragung wurde mit Hinweis auf das in Deutschland bestehende Gewerbeverbot des alleinigen „*directors*“ verweigert. Der BGH bestätigt diese Verweigerung. Dabei weist er darauf hin, dass die Bestellung des „*directors*“ einer

1 S. dazu Rz. 7.

2 *Verse*, ZEuP 2013, 458 (470).

3 *Borges*, ZIP 2004, 733; *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 26 ff.

4 *Kindler* in MünchKomm/BGB, IntGesR Rz. 446; *Rauscher*, Internationales Privatrecht (2012) Rz. 636.

5 *Kropholler*, Internationales Privatrecht (2006), § 3 II 2.

6 In diese Richtung im Kontext der Durchgriffshaftung bspw. *Eidenmüller*, *RebelsZ* 2006, 474 (488 f.).

7 EuGH v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04 (*Cadbury Schweppes*); EuGH v. 16.7.2012 – Rs. C-378/10 (*VALE Építési kft*); näher zu diesen Entscheidungen Rz. 111, 264.

8 Vgl. *W. Schön* in FS Wiedemann, 2002, S. 1271.

englischen Ltd. zwar grundsätzlich englischem Recht unterstehe, dass es hinsichtlich der zur Eintragung vorgesehenen Zweigniederlassung aber an einer wirksamen Geschäftsführerbestellung fehle, weil die zwingenden Vorschriften des deutschen Gewerbe- und Gesellschaftsrechts eine solche verhinderten.

Diese Argumentation bedeutet kollisionsrechtlich eine Sonderanknüpfung der entsprechenden deutschen Vorschriften (§§ 35 GewO, 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und 3 GmbHG)¹.

2. Rechtsformwahrende Sitzverlegung außerhalb transnationaler Sonderregelungen

- 253 Außerhalb des Sonderregimes, das sich aus dem EU-Primärrecht sowie dem EWR-Abkommen ergibt, kann eine Gesellschaft rechtsformwahrend ihren Verwaltungssitz nur dann verlegen, wenn das Recht des Wegzugsstaats und das Recht des Zuzugsstaats dies ermöglichen. Ermöglichen oder verhindern kann eine solche Sitzverlegung sowohl das Kollisions- als auch das Sachrecht der beteiligten Staaten.

a) Deutschland und Österreich

- 254 Ein rechtsformwahrender **Wegzug** (im Sinne der Verlegung des Hauptverwaltungssitzes) einer nach deutschem bzw. österreichischem Recht errichteten Gesellschaft in ein Land, das kollisionsrechtlich der **Sitztheorie** folgt, scheidet, wenn nicht sämtliche Gründungsvorschriften des Zuzugslandes eingehalten wurden, d.h. praktisch immer². Denn das Zuzugslandsrecht ist fortan das Gesellschaftsstatut.
- 255 Spiegelbildlich gilt Gleiches bei **Sitzverlegung** einer nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft **nach Deutschland oder Österreich**, solange in diesen beiden Ländern außerhalb von transnationalen Sonderregelungen die Sitztheorie zur Anwendung gelangt.
- 256 Demgegenüber wäre vom Standpunkt der **Gründungstheorie** eine Verlegung des *Verwaltungssitzes* folgenlos; sie würde einen Statutenwechsel nur bei Änderung des *Satzungssitzes* annehmen³. Steht das Recht des **Zuzugsstaates** auf dem Boden der Gründungstheorie, so verweist sein Kollisionsrecht bei Verlegung des Hauptverwaltungssitzes in seinen Geltungsbereich auf die Rechtsordnung des Gründungsstaates (also in aller Regel des Herkunfts- und Wegzugslandes) zurück. In Deutschland und Österreich wird ein solcher *Renvoi* angenommen, Art. 4 Abs. 1 Satz 2 dtEGBGB, § 5 Abs. 2 öIPRG⁴. Das Herkunfts- (= Gründungs-)Recht bleibt mithin maßgebend; die Gesellschaft behält ihre rechtsformwahrende Identität und besteht fort.

Das Gleiche gilt bei **Weiterverweisung** des Zuzugsrechts auf das Recht eines dritten Staates (zur Weiterverweisung vgl. auch Rz. 126f.).

OLG Frankfurt v. 24.4.1990, IPRax 1991, 403 m. Aufs. Großfeld/König 379; Schütze RIW 1990, 674:

Eine nach panamaischem Recht gegründete Gesellschaft, deren Zweck auf Einwerbung und Anlage von schweizerischen Investitionen gerichtet war, verlegte ihren Sitz in die Schweiz. Sie behielt ihre Rechtsfähigkeit nach dem Gründungsstaatsrecht, auf das das schweizerische Kollisionsrecht verwies, das wiederum vom deutschen Kollisionsrecht in Bezug genommen worden war.

1 *Eidenmüller/Rehberg*, NJW 2008, 28 (29f.).

2 *Servatius* in Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht (2014), IntGesR Rz. 37.

3 *Behrens* in Behrens (Hrsg.), Die GmbH im internationalen und europäischen Recht (1997), Rz. IPR 62.

4 Vgl. zum *Renvoi* bei Auseinanderfallen von Satzungs- und Verwaltungssitz OGH v. 28.8.1997, RdW 1998, 296. Für ein Beispiel zur Sitzverlegung s. *Verschraegen*, Internationales Privatrecht (2012) Rz. 883.

Nach deutschem Kollisionsrecht bleibt eine Gesellschaft jedenfalls rechtsformwährend bestehen, wenn **sowohl** das Recht des (ausländischen) **Wegzugsstaates als auch** jenes des (ausländischen) **Zuzugsstaates** die rechtsformwahrende Sitzverlegung gestatten. 257

Neben *OLG Frankfurt* v. 24.4.1990 (s. Rz. 127, 256) *OLG Jena* v. 17.12.1997, IPRax 1998, 364 m. zust. Aufs. *Bechtel* 348:

Nach panamaischem Recht gegründete Gesellschaft hatte möglicherweise ihren Sitz von dort nach Luxemburg verlegt. Der *Senat* entschied, darauf komme es nicht an, da beide Rechtsordnungen die Sitzverlegung gestatteten.

Dies ist überzeugend. Wendet das deutsche Gericht die Sitztheorie an, so führt diese entweder nach Panama oder nach Luxemburg. Das Kollisionsrecht Panamas nähme die Verweisung an; das Kollisionsrecht Luxemburgs verwies weiter zur Rechtsordnung Panamas.

b) Schweiz und Liechtenstein

Da die Schweiz und Liechtenstein der Gründungstheorie folgen, ist ein rechtsformwahrender **Zuzug ausländischer Gesellschaften** möglich, sofern das ausländische Gesellschaftsstatut dem nicht im Wege steht¹. 258

In umgekehrter Richtung ist für schweizerische und liechtensteinische Gesellschaften ein rechtsformwahrender **Wegzug** möglich, sofern der Zuzugsstaat die zuziehende Gesellschaft nach deren Gründungsrecht behandelt. 259

3. Strukturveränderungen/Umwandlung

Die Fortführung eines Unternehmens durch den Unternehmensträger in seiner bestehenden Form kann aus verschiedenen Gründen unerwünscht oder unzumutbar sein. Manche Strukturänderungen erfolgen automatisch (so etwa die Umwandlung einer OHG in eine KG und umgekehrt). Andere sind in den vier deutschsprachigen Staaten in unterschiedlicher Vollständigkeit (spezial-)gesetzlich geregelt. Auch ist die Terminologie uneinheitlich. Das deutsche Umwandlungsgesetz unterscheidet seit 1995 die **Verschmelzung**, d.h. die Zusammenführung mehrerer Unternehmensträger zu einem einzigen (in der Schweiz *Fusion*), die **Spaltung**, d.h. die Abtrennung von Vermögensteilen eines Rechtsträgers und ihre Übertragung auf einen anderen, sowie den **Formwechsel**, d.h. den Wechsel der Rechtsform des Unternehmensträgers (in der Schweiz *Umwandlung*). 260

Daneben bestehen die Möglichkeit der **Vermögensübertragung** i.S.d. §§ 174–189 dtUmwG sowie – außerhalb des Spezialgesetzes und auch nur teilweise das Gesellschaftsrecht überhaup t involvierend – die Möglichkeiten des **Anteilstausches**, der **Anwachsung** (§ 738 BGB, § 137 öUGB) und der **Einzelübertragung von Vermögensgegenständen**.

In Österreich besteht teilweise „Doppelgleisigkeit“ dadurch, dass das Aktiengesetz sowie das GmbH-Gesetz einerseits und das Umwandlungsgesetz andererseits die zentralen Strukturänderungstatbestände regeln; hinzu kommt das Spaltungsgesetz (SpaltG).

Gestaltungsziel der speziellen Umwandlungsarten ist die Wahrung der Identität beim Formwechsel und die Universalsukzession bei der Verschmelzung bzw. der Spaltung.

¹ Für die **Schweiz** s. *Vischer* in Zürcher Kommentar IPRG, Vor Art. 161–164b Rz. 8; für **Liechtenstein** vgl. Art. 232 Abs. 1 liPGR.

V. Wertpapierleihe und Wertpapierpensions-/Repogeschäft

1. Begriffe und Grundlagen

- 367 Wertpapierleihe, Wertpapierpensions-, Repo- oder *Repurchase*- und *Sell-and-Buy-Back*-Geschäfte sind Transaktionen, bei denen eine Seite der anderen **Wertpapiere** für einen bestimmten Zeitraum **zur Verfügung stellt**. Die Abgrenzung zwischen den einzelnen Geschäftstypen ist nicht immer eindeutig und orientiert sich auch am jeweiligen wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts und an der Stellung der Parteien¹.
- 368 Die **wirtschaftlichen Zwecke** der Wertpapierleihe und der verwandten Transaktionen sind vielfältig²: Mit der Wertpapierleihe verschafft sich der Entleiher kurzfristig Wertpapiere, etwa um damit einen Verkauf ausländischer Wertpapiere an einer inländischen Börse fristgerecht zu erfüllen, zur Tötigung von Arbitragegeschäften oder um Risiken aus Termingeschäften abzudecken. Der Wertpapierverleiher kann den Ertrag seines Wertpapierdepots steigern. Das Repogeschäft verhilft schnell zu Liquidität; Notenbanken nutzen Repogeschäfte als geldpolitisches Instrument³.
- 369 Die **Wertpapierleihe** ist kein Leih-, sondern ein (**Sach-**) **Darlehensvertrag**⁴. Der Entleiher erhält Eigentum an den Wertpapieren und schuldet die Rückübertragung von Wertpapieren gleicher Art sowie eine Ausleihgebühr. In der Regel muss der Entleiher dem Verleiher auch die während der Leihe angefallenen Zinsen, Dividenden und sonstigen Erträge der Wertpapiere vergüten⁵. Ferner ist der Entleiher häufig zur Stellung von Sicherheiten verpflichtet⁶. Am Wertpapierleihgeschäft sind zumeist Kreditinstitute beteiligt, die entweder selbst als Verleiher auftreten (sog. Principalgeschäft) oder die Leihe vermitteln (sog. Agentgeschäft)⁷.
- 370 Beim **Wertpapierpensions-** und beim **Repo-** oder **Repurchase-Geschäft** werden die Wertpapiere nicht als Darlehen hingegeben, sondern verkauft, wobei zugleich der Rückkauf von Wertpapieren derselben Art vereinbart wird. Das Repogeschäft kann deshalb als Kombination aus **zwei Kaufgeschäften**, einem Kassa- und einem Termingeschäft, betrachtet werden⁸. Da der Pensionsnehmer als Zwischenkäufer der Wertpapiere dem Pensionsgeber Liquidität auf Zeit zur Verfügung stellt, kann das Repogeschäft je nach Art der Vertragsgestaltung auch als Gelddarlehen gegen Stellung einer Wertpapiersicherheit qualifiziert werden⁹. In jedem Fall soll der Kassaverkäufer oder Pensionsgeber wirtschaftlich Eigentümer der Wertpapiere bleiben. Er erhält deshalb die beim Kassakäufer oder Pensionsnehmer angefallenen Erträge der Wertpapiere erstattet. Auch das Risiko von Veränderungen im Marktpreis liegt beim Pensionsgeber,

1 Zur Abgrenzung *Bertschinger*, Rechtsprobleme, Bd. I, S. 144ff.; *Oulds* in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rz. 14.102ff.; *Kienle* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 105 Rz. 1 ff.

2 Dazu *Benjamin*, *Interests in Securities*, Rz. 6.70ff.; *Bertschinger*, Rechtsprobleme, Bd. I, S. 5 ff.; *Oulds*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rz. 14.102f.; *Kienle* in Schimansky/Bunte/Lwowski, § 105 Rz. 20ff.; *Gsell*, Wertpapierleihe und Repurchase Agreement im deutschen Recht, 1995; *Bachmann*, ZHR 173 (2009) 596, 597ff.

3 *Gähwiler* in Boemle u.a., Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, 2002, Stichwort „Repo“; *Gehrig* in Boemle u.a., Stichwort „Repo-Geschäft der SNB“.

4 §§ 607ff. BGB; Art. 312ff. OR; Art. 983, 990 öABGB; *Bertschinger*, Rechtsprobleme, Bd. I, S. 21; *Oulds* in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rz. 14.104; *Bachmann*, ZHR 173 (2009) 596, 600f.; BT-Drucks. 14/6040, S. 259.

5 *Bertschinger*, Rechtsprobleme, Bd. I, S. 194f.; zur Stimmrechtsausübung *Bachmann*, ZHR 173 (2009) 596, 606ff.

6 *Bertschinger*, Rechtsprobleme, Bd. I, S. 58ff.

7 Dazu eingehend *Bertschinger*, Rechtsprobleme, Bd. I, S. 153ff., 273ff.

8 *Oulds* in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rz. 14.105.

9 Vgl. *Kienle* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 105 Rz. 26. Die praktisch verwendeten Vertragsmuster sprechen aber wohl eher für zwei Kaufgeschäfte, *Kienle* a.a.O.

so dass während der Laufzeit des Geschäfts Nachschusspflichten entstehen können¹. Für die Zurverfügungstellung von Liquidität erhält der Pensionsnehmer häufig eine Pensionsgebühr.

Die Bedingungen und Gestaltungen der Geschäfte im Einzelnen hängen von den Vereinbarungen der Parteien ab. Für die Wertpapierleihe und für Wertpapierpensions- oder Repogeschäfte existieren einige, auch internationale **Muster- und Rahmenverträge**². 371

2. Europarechtlicher und völkerrechtlicher Rahmen

Die zivilrechtlichen Aspekte von Wertpapierleih- und Repogeschäften sind nicht Gegenstand besonderer europa- oder völkerrechtlicher Vorgaben. Die Finalitäts³ und die Finanzsicherheitenrichtlinie⁴ erstrecken sich aber ausdrücklich auch auf Sicherheiten, die im Rahmen von Pensions- oder *Repurchase*-Geschäften gestellt werden⁵. Die Verpflichtungen aus solchen Geschäften können in das sog. *Close-out-Netting* einbezogen werden (Art. 6 Abs. 2 FinSRiLi; dazu Rz. 308 f.). Die Bankeninsolvenzrichtlinie enthält außerdem eine Sonderkollisionsnorm für Repogeschäfte⁶; im Übrigen gelten die dargestellten sachenrechtlichen Vorgaben (Rz. 197 ff.) auch für dingliche Fragen im Zusammenhang mit Repogeschäften. 372

3. Anwendbares Recht

Wertpapierleih-, Pensions- und Repogeschäfte unterstehen dem von den Parteien **gewählten Recht**⁷. Die Rahmenverträge und Repobedingungen enthalten regelmäßig Rechtswahlklauseln⁸. 373

Von besonderer Bedeutung ist eine wirksame Rechtswahl (ausländischen Rechts) für Repogeschäfte, die nach ausländischen Vorstellungen und Konzepten abgeschlossen, aber ggf. von **englischen Gerichten** ausgelegt werden⁹. Dabei kann es in Ausnahmefällen dazu kommen, dass die Übertragung des Vollrechts an den verliehenen Wertpapieren wegen der Rückübertragungsverpflichtung als bloße Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts (*security interest*) qualifiziert und wegen Nichterfüllung formaler Voraussetzungen für unwirksam befunden wird („*re-characterisation risk*“)¹⁰. 374

Ohne ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl gilt für Wertpapierleihverträge im engeren Sinne (Rz. 369) das Recht am **Sitz des Wertpapierverleihers**. Dieser erbringt als 375

1 *Bertschinger*, Rechtsprobleme, Bd. I, S. 146.
 2 Etwa Rahmenvertrag für Finanzgeschäfte mit Allgemeinen und Sonderbestimmungen (European Master Agreement; EMA) der Bankenvereinigung der Europäischen Union; *Global Master Securities Lending Agreement* (2010) der ISLA; Geschäftsbedingungen für die Teilnahme und den Handel an der Eurex Repo GmbH; dazu näher *Kienle* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 105 Rz. 5; *Bachmann*, ZHR 173 (2009) 596, 602 ff.
 3 Richtlinie 98/26/EG über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen (Finalitätsrichtlinie), Abl. EG Nr. L 166 v. 11.6.1998, S. 45.
 4 Richtlinie 2002/47/EG über Finanzsicherheiten (Finanzsicherheitenrichtlinie), Abl. EG Nr. L 168 v. 27.6.2002, S. 43.
 5 Art. 2 lit. m FinalitätsRiLi; Art. 2 Abs. 1 lit. b FinSRiLi.
 6 Art. 26 Richtlinie 2001/24/EG über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten, Abl. EG Nr. L 125 v. 5.5.2001, S. 15.
 7 Art. 3 Rom I-VO; Art. 116 schwIPRG; dazu *Bertschinger*, Rechtsprobleme, Bd. II, S. 193 ff.
 8 Rahmenvertrag für Finanzgeschäfte der Bankenvereinigung der Europäischen Union (European Master Agreement; EMA) mit Nr. 11 (1) der Allgemeinen Bestimmungen hierzu; Nr. 23 *Global Master Securities Lending Agreement* (2010); Nr. 6.8 (1) Geschäftsbedingungen für die Teilnahme und den Handel an der Eurex Repo GmbH.
 9 Das kann etwa im Rahmen eines Insolvenzverfahrens der Fall sein.
 10 Dazu *Benjamin*, *Interests in Securities*, Rz. 6.39 ff.; *Goode/Kanda/Kreuzer*, Report, 2–19 f.

Sachdarlehensgeber die charakteristische vertragliche Leistung¹. Die Regeln zum Gelddarlehen² können übertragen werden.

- 376 Schwieriger ist die objektive Anknüpfung des **Repogeschäfts**. Qualifiziert man die Transaktion als zwei zeitlich versetzt zu erfüllende Kaufverträge (Rz. 370), so erbringen beide Vertragsparteien charakteristische Leistungen. Ist jedoch eine Pensionsgebühr oder ein Repozins vereinbart, so spricht das wie bei anderen entgeltlichen Verträgen dafür, dass der Empfänger der Geldleistung die charakteristische Leistung erbringt. Dann fände das **Recht am Sitz des Pensionsnehmers** und ersten Käufers Anwendung. Zum selben Ergebnis kommt man, wenn man das Repogeschäft als Gelddarlehen betrachtet, das mit einer Wertpapiersicherheit besichert wird. Hier erbringt der Gelddarlehensgeber, also wiederum der Pensionsnehmer und „erste Käufer“, die charakteristische Leistung.
- 377 Wird das Repogeschäft im Rahmen eines **organisierten Markts** abgeschlossen³, dann kommt bei ausnahmsweise fehlender Rechtswahl für dieses Einzelgeschäft das für den organisierten Markt gewählte Recht, hilfsweise das **Recht am Sitz des Marktorganisationsorgans** als am engsten mit dem Vertrag verbundenes Recht zur Anwendung⁴.
- 378 Das für **Sicherungsgeschäfte** im Rahmen einer Wertpapierleihe geltende Recht wird **gesondert** nach den für Wertpapiersicherheiten geltenden Regeln (Rz. 343 ff.) ermittelt⁵. Das rechtliche Verhältnis des Entleihers oder Pensionsnehmers zur **Emittentin** von Aktien bestimmt sich ebenfalls nicht nach dem Statut des Leih- oder Repovertrags, sondern nach dem Gesellschaftsstatut. Danach wird häufiger der Entleiher oder Pensionsnehmer Aktionärsrechte ausüben **können**, auch wenn er das nach den vertraglichen Vereinbarungen gegenüber dem Verleiher oder Pensionsgeber nicht **darf**⁶.

4. Insolvenzrechtliche Behandlung

- 379 Wird über einen der Vertragspartner eines Pensionsgeschäfts ein Insolvenzverfahren eröffnet, so gilt aus deutscher und österreichischer Perspektive für die Wirkungen der Insolvenz auf das Geschäft nicht das Recht des Verfahrensstaats, sondern das **Recht, dem das Geschäft untersteht**⁷. Nach der Finanzsicherheitenrichtlinie muss ferner materiell-rechtlich gewährleistet sein, dass Repogeschäfte im Wege eines **Close-out-Netting** beendet und abgerechnet werden können. Für die Wertpapierleihe im engeren Sinne (Rz. 369) gelten diese Sonderregeln ihrem Wortlaut zufolge allerdings nicht. Hier bleibt es also beim Insolvenzrecht des Verfahrensstaats⁸.
- 380 Außerhalb der Insolvenz können Abwicklungsbehörden in Maßnahmen nach dem **EU-Sanierungs- und Abwicklungsrecht für Kreditinstitute** und bestimmte Wertpapierunternehmen (Rz. 262) auch Anordnungen treffen, die Wertpapierleih- und Pensionsgeschäfte berühren. Besondere Kollisionsregeln oder materiell-rechtliche Bestimmungen sind dafür nicht vorgesehen. Soweit Pensionsgeschäfte, wie regelmäßig, dingliche Sicherheiten oder *Netting*-Vereinbarungen beinhalten, gelten dafür die bereits dargestellten Ausnahmen und Sonderregeln (Rz. 333 f. und 364 ff.).

1 Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO; Art. 117 Abs. 2 schwIPRG; dazu *Bertschinger*, Rechtsprobleme, Bd. II, S. 202 ff.

2 Dazu *Martiny* in Reithmann/Martiny, Rz. 6.441 ff.

3 Wie das etwa beim *Eurex-Repo-System* der Fall ist.

4 Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO; Art. 117 Abs. 1 schwIPRG.

5 *Bertschinger*, Rechtsprobleme, Bd. II, S. 199 f., 204 ff.

6 Hierzu *Bachmann*, ZHR 173 (2009) 596 (608 ff.).

7 § 340 Abs. 2 dtInsO; § 234 öKO und § 81m öBWG.

8 Art. 6 Abs. 2 i.V. mit Art. 2 Abs. 1 lit. a und b FinSRiLi.

Insolvenztorpedos und EuInsVO, ZIP 2012, 605; *Thole/Swierczok*, Der Kommissionsvorschlag zur Reform der EuInsVO, ZIP 2013, 550; *Tollenaar*, Proposal for Reform: Improving the ability to rescue multinational Enterprises under the European Insolvency Regulation, IILR 2011, 252; *Vallender*, Gefahren für den Insolvenzstandort Deutschland, NZI 2007, 129; *Vallender*, Die Zusammenarbeit von Richtern in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren nach der EuInsVO, Festschrift Lüer, 2008, S. 479; *Vallender*, Der Weg zur Entschuldung in England wird steiniger – Die Entscheidung des High Court of Justice in *Bankruptcy v. 10.6.2009* in Re Vitus Anton Mittenfellner, Case-Nr. 10421 of 2008, VIA 2011, 17; *Vallender/Nietzer*, The Role of the Judge in the Restructuring of Companies Within Insolvency, IILR 2014, 33; *Veder*, Cross-Border Insolvency Proceedings and Security rights, Deventer 2004; *Verhoeven*, Die Konzerninsolvenz, 2011; *Virgós/Schmit*, Erläutern der Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, in Stoll, Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, 1997, S. 32; *Virgós/Garciamartín*, Comentario al reglamento europeo de insolvencia, Madrid 2003; *M.P. Weller*, Forum shopping im Internationalen Insolvenzrecht?, IPRax 2004, 412; *M.P. Weller*, Die Verlegung des Center of Main Interest von Deutschland nach England, ZGR 2008, 835; *Wessels*, Article 25 of the Insolvency Regulation: a hornet's net, *Insolv. Int.* 21 (2008), 133; *Wessels*, International Insolvency Law, Deventer 3rd ed. 2012; *Wessels*, EU Courts Can Rely on Soft Law Principles for Cooperation in International Insolvency Cases, IILR 2015, 145; *Wessels/Virgós*, European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency, 2007; *Westpfahl*, Vorinsolvenzrechtliches Sanierungsverfahren, ZGR 2010, 385; *Willemmer*, Vis attractiva concursus und die Europäische Insolvenzordnung, 2006; *Wiórek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005; *Wright/Fenwick*, Bankruptcy tourism – what it is, how it works and how creditors can fight back, IILR 2012, 45.

Internetressourcen: <http://www.eir-database.com> (privat betriebene Entscheidungsdatenbank zur EuInsVO); <http://www.iiiglobal.org> (Informationsplattform des International Insolvency Institute mit zahlreichen Materialien u.a. zur EG-InsVO).

Kapitel 1. Internationales Insolvenzrecht zwischen Territorialität und Universalität

- Die kollisionsrechtliche Anknüpfung im Insolvenzrecht beruhte traditionell auf dem Grundsatz der Territorialität: Danach entfaltet ein Insolvenzverfahren seine Rechtswirkungen nur innerhalb des Staatsgebiets des Eröffnungsstaates. Vor dem Hintergrund der zunehmend grenzüberschreitend agierenden Unternehmen gingen jedoch die Insolvenzrechte vieler Staaten seit den 1980er Jahren von der Territorialität zur Universalität über. Nach der Konzeption der Universalität umfasst ein einziges Insolvenzverfahren das globale Vermögen des Insolvenzschuldners; der ausländische Insolvenzverwalter kann auf im Inland belegenes Vermögen des Gemeinschuldners zugreifen. Die Universalität verwirklicht vor allem die vollständige Vermögenshaftung des Schuldners und die Gleichbehandlung aller Gläubiger (*par conditio creditorum*) ungeachtet staatlicher Grenzen. Ihre praktische Durchsetzung bereitet freilich Schwierigkeiten. Denn die grenzüberschreitende Durchführung des Insolvenzverfahrens erfordert eine entsprechende Organisation sowie eine wirksame staatliche Unterstützung. Die „Anerkennung“ des ausländischen Insolvenzverfahrens zwingt zudem alle Gläubiger zur Anmeldung (und gegebenenfalls zum Feststellungsprozess) im Staat der Insolvenzeröffnung. Sie erhöht mithin den praktischen Aufwand und die Kosten der Rechtsverfolgung.
- Aus diesem Grund werden heutzutage überwiegend Mischmodelle „modifizierter“ Universalität verfolgt¹. Im europäischen Insolvenzrecht² erfasst zwar das Hauptinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO) das weltweite Vermögen des Schuldners, doch

1 In den USA unterliegen die im Inland befindlichen Vermögenswerte des ausländischen Schuldners – trotz grundsätzlicher Anerkennung des ausländischen Verfahrens nach Maßgabe des Chapter 15 U.S. Bankruptcy Code – bestimmten Vorschriften des amerikanischen Insolvenzrechts (etwa Section 362 and 363 U.S. Bankruptcy Code).

2 *Castell*, Gaz. Pal. 55/2006, 8f.; *Leible/Staudinger*, KTS 2000, 533 (539ff.); *Weller*, ZHR 169 (2005), 570 (574ff.) spricht insofern von „Pluralität“.

können im Ausland „Sekundärverfahren“ im Staat der Niederlassung des Schuldners eröffnet werden (Art. 3 Abs. 2 und Abs. 4 EuInsVO). Das ausländische Insolvenzverfahren wird *ipso iure* anerkannt; der ausländische Hauptinsolvenzverwalter kann seine Befugnisse nach der *lex fori concursus* im EU-Ausland ausüben (Art. 21 EuInsVO).

In dieser Richtung bewegt sich auch das – bisher von 22 Staaten übernommene¹ – UNCITRAL-Modellgesetz über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren (2007)². Dort wird zwischen Hauptinsolvenzverfahren und sog. Nicht-Hauptinsolvenzverfahren unterschieden. Ein Hauptverfahren kann nur im Staat eröffnet werden, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat, Art. 2 lit. a) UNCITRAL-Modellgesetz³. Ein Nicht-Hauptinsolvenzverfahren kann im Staat der schuldnerischen Niederlassung i.S.d. Art. 2 lit. f) des Modellgesetzes eingeleitet werden⁴. Die Anerkennung eines ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens oder Nicht-Hauptinsolvenzverfahrens i.S.d. Art. 2 lit. b) und c) UNCITRAL-Modellgesetz bedarf eines formellen Verfahrens⁵; der ausländische Insolvenzverwalter kann die Anerkennung beantragen⁶. Die Anerkennung bringt keine Wirkungserstreckung des ausländischen Insolvenzverfahrens mit sich⁷. Sie sperrt jedoch grundsätzlich die Einzelverfolgungs- sowie Einzelvollstreckungsmaßnahmen im Inland gegen den insolventen Schuldner (vgl. Art. 20ff. UNCITRAL-Modellgesetz)⁸. Der Insolvenzverwalter kann zudem unterstützende Maßnahmen bei der Beweiserhebung beantragen oder vom inländischen Gericht mit der Verwaltung und Verwertung inländischer Vermögenswerte des Schuldners beauftragt werden⁹.

Das Modell der modifizierten Universalität erfordert eine erhebliche Kooperationsbereitschaft aller Verfahrensbeteiligten: Die EuInsVO hält ein gestärktes Koordinationsregime von Parallelverfahren bereit¹⁰. Neben der Kooperation zwischen Insolvenzverwaltern/Gerichten sind besondere Regeln für die Insolvenz von Unternehmensgruppen vorgesehen¹¹. Ebenso das UNCITRAL-Modellgesetz¹²: Die in grenzüber-

- 1 Australien, Chile, Griechenland, Kanada, Kolumbien, Japan, Mauritius, Mexiko, Montenegro, Neuseeland, Philippinen, Polen, Rumänien, Serbien, Seychellen, Slowenien, Südafrika, Südkorea, Uganda, USA, Vanuatu und Vereinigtes Königreich (Großbritannien und Britische Jungferninseln).
- 2 Das UNCITRAL-Modellgesetz erstrebt keine weitgehende Vereinheitlichung des Insolvenzrechts bzw. des Insolvenzkollisionsrechts; es ist eher auf verfahrensrechtliche Aspekte der grenzüberschreitenden Insolvenzzabwicklung beschränkt; zudem wird kein einheitliches Insolvenzkollisionsrecht geschaffen; dazu *Harmer*, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, Int. Ins. Rev. 1997, 145 (146); *Kolmann*, Kooperationsmodelle im internationalen Insolvenzrecht, 2000, S. 416.
- 3 Als Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen wird für natürliche Personen der gewöhnliche Aufenthalt und für juristische Personen der satzungsmäßige Sitz vermutet (Art. 16 III UNCITRAL-Modellgesetz).
- 4 *Kolmann*, Kooperationsmodelle im internationalen Insolvenzrecht, 2000, S. 430f.; *Wimmer*, ZIP 1997, 2220 (2221).
- 5 *Kindler* in MünchKomm/BGB, Einl. IntInsR Rz. 19.
- 6 *Kolmann*, Kooperationsmodelle im internationalen Insolvenzrecht, 2000, S. 423.
- 7 *Kindler* in MünchKomm/BGB, Einl. IntInsR Rz. 19.
- 8 *Benning/Wehling*, EuZW 1997, 618 (620).
- 9 *Wimmer*, ZIP 1997, 2220 (2223). Nach der Anerkennung kann der ausländische Insolvenzverwalter Anfechtungsklagen im Anerkennungsstaat (Art. 23 UNCITRAL-Modellgesetz) erheben oder an einheimischen Insolvenzerfahren beteiligt werden (Art. 23 UNCITRAL-Modellgesetz). Somit stellt sich die Anerkennung vorwiegend als Voraussetzung für das Tätigwerden des ausländischen Verwalters im Inland dar.
- 10 Vgl. Art. 41 ff. EuInsVO.
- 11 Dazu auch *Mäsch* in Rauscher, Einl. EuInsVO a.F. Rz. 6; kritisch *Eidenmüller*, ZGR 2006, 467 (474 ff.); zur unzureichenden Abstimmung zwischen Insolvenz- und Gesellschaftsrecht unter der EuInsVO a.F. *Oberhammer*, KTS 2009, 27 (47 ff.) („Blinder Fleck Gesellschaftsrecht“).
- 12 Abrufbar unter www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolvency.org; *Schlosser*, RdC 284 (2000), 13 (280 ff.).

schreitenden Verfahren involvierten Gerichte und Verwalter sind zu wechselseitiger Hilfestellung und zu weitestgehender Kooperation verpflichtet. Dazu gehören insbesondere der Informationsaustausch und die Abstimmung gerichtlicher Maßnahmen sowie die Erarbeitung von einvernehmlichen Lösungen¹. Hierzu hat die UN-Generalversammlung einen von UNCITRAL erarbeiteten *Practical Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation* angenommen². Kernanliegen des *Practical Guide* ist die Wahrung der prozessualen und materiellen Rechte aller Beteiligten³.

Kapitel 2. Die Koordinierung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren durch die Europäische Insolvenzverordnung

I. Geschichtlicher Hintergrund

- 5 Die Schaffung eines Europäischen Insolvenzrechts hatten bereits die Gründungsverträge (Art. 220 EWGV 1958) vorgesehen. Die Verhandlungen zwischen den ursprünglichen EWG-Mitgliedstaaten waren jedoch in den 1970er Jahren an den unterschiedlichen Verfahrenskonzeptionen der nationalen Insolvenzrechte gescheitert⁴. Der Europarat erarbeitete ein Übereinkommen über internationale Aspekte des Konkurses, das am 5.6.1990 in Istanbul zur Zeichnung aufgelegt wurde⁵. Hieraus resultierte politischer Druck für die Wiederaufnahme entsprechender Verhandlungen im Rahmen der EG. Eine Arbeitsgruppe bereitet ein Übereinkommen vor, das am 23.11.1995 die meisten Mitgliedstaaten zeichneten. Es scheiterte jedoch an Differenzen zwischen Spanien und Großbritannien über den Rechtsstatus von Gibraltar⁶. Nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Amsterdam ergriffen Deutschland und Finnland die Initiative zur vollinhaltlichen Übernahme des Übereinkommens in einen Vorschlag für eine Europäische Insolvenzverordnung. Diese trat als VO 1346/00/EG⁷ am 31.5.2002 in Kraft.
- 6 Die VO 1346/00/EG erwies sich freilich rasch als veraltet: Sie war zu sehr den alten Insolvenzrechten verhaftet, die den Konkurs des Schuldners und weniger die Unternehmenssanierung als Leitbild vorsahen. Darüber hinaus erwiesen sich die Vorschriften zur direkten Koordination paralleler Insolvenzverfahren als lückenhaft; das Fehlen von Regelungen zur Insolvenz von Unternehmensgruppen wurde als weiteres Manko angesehen. Zur Bewältigung grenzüberschreitender Insolvenzen in Folge der großen Finanzkrise 2008–2014 war die EuInsVO kaum geeignet. Gestützt auf ein rechtstatsächliches Gutachten⁸ und von einer Expertengruppe beraten, legte die EU-Kommission am 12.12.2012 einen Bericht über die Anwendung der EuInsVO vor und unterbreitete

1 So ausdrücklich UNCITRAL, *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective* (21.7.2011), S. 11, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/pre-judicial-perspective.pdf>.

2 UNCITRAL *Legislative Guide*, Rz. 14–40 und *Recommendations*, Rz. 240–245. Die Überarbeitung wurde auf einer Richterkonferenz in Vancouver (2009) vorbereitet, an der mehr als 80 Richter aus 40 Staaten teilnahmen.

3 Alle Gerichtskontakte sind den Parteien vorher anzukündigen und grundsätzlich in deren Anwesenheit zu führen, dazu s. *Hess*, *Justizielle Kooperation*, in: *Gottwald/Hess* (Hrsg.), *Procedural Justice – XIV. IAPL World Congress*, S. 387 (429).

4 Zur Entwicklung vgl. *Gottwald*, *Grenzüberschreitende Insolvenzen*, S. 14f.; *Trunk*, *Internationales Insolvenzrecht*, S. 34ff.; *Paulus*, *Einl. EuInsVO a.F.* Rz. 2ff.

5 *European Convention on Certain Aspects of Bankruptcy*, Council of Europe, no. 36, *ILM* 30 (1991), 165.

6 Deutscher Text in ZIP 1996, 976, dazu *Balz*, ZIP 1996, 948.

7 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates v. 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, *ABl. EG* 2000 L 160, S. 1. Der Vorschlag wurde bereits am 27.5.1999 dem Rat unterbreitet; maßgeblich auf Initiative von *M. Balz*, dazu *Paulus*, *Einl. EuInsVO a.F.* Rz. 12f.

8 *Hess/Oberhammer/Pfeiffer*, *European Insolvency Law*, *The Heidelberg/Luxembourg/Vienna Report*, 2013.

weitgehende Änderungsvorschläge¹. Diese wurden in den Gesetzgebungsverfahren vor allem im Hinblick auf Konzerninsolvenzen nochmals erweitert. Die Neufassung der EuInsVO wurde als VO 2015/848 am 5.6.2015 veröffentlicht², sie ist ab dem 26.6.2017³ auf alle EU-Mitgliedsstaaten mit Ausnahme Dänemarks anwendbar, Art. 84 EuInsVO; die VO 1346/00/EG (EuInsVO a.F.) gilt für alle Insolvenzverfahren, die vor dem 25.6.2017 eröffnet werden⁴. Die folgende Darstellung bezieht sich auf die Neuregelung der Verordnung.

II. Grundzüge der Europäischen Insolvenzverordnung

Die EuInsVO koordiniert nationale Insolvenzverfahren im Europäischen Justizraum. Sie verfolgt ein modifiziertes Modell der Universalität⁵. Das „Hauptinsolvenzverfahren“ erfasst das Vermögen des Schuldners weltweit⁶, doch können im (europäischen) Ausland „Sekundärverfahren“ durchgeführt werden, um den dortigen Gläubigern eine vereinfachte Forderungsdurchsetzung vor Ort zu ermöglichen⁷. 7

Die EuInsVO enthält vereinheitlichte Zuständigkeitsnormen für den Insolvenzfall. Das Hauptinsolvenzverfahren wird nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO in dem Mitgliedstaat eröffnet, in dem der Schuldner den „Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen“ hat (sog. COMI). Die reformierte EuInsVO präzisiert den Begriff des COMI näher⁸. Ein Sekundärverfahren kann in einem anderen Mitgliedstaat eingeleitet werden, wenn der Schuldner dort eine „Niederlassung“ i.S.v. Art. 2 Nr. 10 EuInsVO hat. Zudem schafft die EuInsVO – anders als die EuInsVO a.F. – einen Gerichtsstand für insolvenzbezogene Streitigkeiten (Art. 6 EuInsVO). 8

Die EuInsVO hält zudem Kollisionsnormen bereit: Nach Art. 7 EuInsVO unterliegen die Wirkungen des eröffneten Insolvenzverfahrens grundsätzlich dem Recht des Eröffnungsstaates (*lex fori concursus*). Zugleich enthalten die Art. 8–18 EuInsVO Präzisierungen und Ausnahmen von dieser Grundregel. Das Sekundärverfahren untersteht *der lex fori concursus* des Staates des Sekundärverfahrens, Art. 7, 35 EuInsVO. Die Modalitäten der grenzüberschreitenden Forderungsanmeldung regeln die Art. 53ff. EuInsVO. 9

Der Eröffnungsbeschluss sowie die Befugnisse des Insolvenzverwalters werden *ipso iure* in allen EU-Mitgliedsstaaten anerkannt, Art. 19ff., 32f. EuInsVO. Einziges Anerkennungshindernis ist der *ordre public*, Art. 33 EuInsVO. 10

1 Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates v. 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, 12.12.2012 COM(2012), 743 final.

2 Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung), ABl. EU 2015 L 141, S. 19. Die neue Verordnung ist vom Umfang her stark angewachsen: Sie umfasst 92 anstatt 47 Artikel und 89 anstatt 33 Erwägungsgründe.

3 Mit gewissen Ausnahmen, Art. 92 EuInsVO.

4 Allgemein zu der EuInsVO a.F. s. Hess, § 9 S. 493ff.; *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, Europäische Insolvenzverordnung, 2002; *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 4. Aufl. 2013.

5 *Castell*, Gaz. Pal. 55/2006, 8f.; *Weller*, ZHR 169 (2005), 570 (574ff.) spricht insofern von „Pluralität“.

6 Eine automatische Erfassung des Schuldnervermögens erfolgt allerdings nur im Europäischen Justizraum, vgl. Art. 19f. EuInsVO. Die Anerkennung in Drittstaaten richtet sich (selbstverständlich) nach dem dort geltenden internationalen Insolvenzrecht.

7 Vgl. Art. 34ff. EuInsVO.

8 Die Kombination mehrerer Aufgreifkriterien zur Bestimmung des COMI genügt nicht ohne weiteres den Erfordernissen der Zuständigkeitsklarheit, vgl. EuGH – Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC*, EU:C:2006:281, Rz. 26ff.

- 11 Unterschiedliche Verfahrensziele und -ausgestaltungen der Insolvenzrechte in den Mitgliedstaaten leisten der unerwünschten¹ Suche nach dem attraktivsten Insolvenzrecht und dem entsprechenden Forum im Binnenmarkt Vorschub. Die Aufgabe der Sitztheorie im internationalen Gesellschaftsrecht durch den EuGH² hat dazu geführt, dass ein krisengeschütteltes Unternehmen seinen Sitz in einen Mitgliedstaat mit (vermeintlich) attraktivem Sanierungsrecht verlegt³. Dies nimmt jedoch der Verordnungsgeber bewusst in Kauf. Denn die EuInsVO enthält – anders als der Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens von 1980 – keine spezifische Regelung für den Fall der Sitzverlegung⁴.

III. Anwendungsbereich

1. Sachlicher Anwendungsbereich

a) Gesamtverfahren i.S.v. Art. 1 Abs. 1 EuInsVO

- 12 Nach Art. 1 Abs. 1 EuInsVO ist die Verordnung auf „öffentliche Gesamtverfahren einschließlich vorläufiger Verfahren“ anwendbar, welche sich auf eine gesetzliche Regelung zur Insolvenz stützen und der „Rettung, Schuldenanpassung, Reorganisation oder Liquidation“ dienen. Voraussetzung ist, dass dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entzogen, ein Verwalter bestellt und das schuldnerische Vermögen unter gerichtlicher Kontrolle bzw. Aufsicht gestellt wird. Die Verordnung umfasst zudem Verfahren, in denen die gesetzliche oder gerichtliche Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen im Kontext von Verhandlungen zwischen dem Schuldner und den Gläubigern angeordnet wird, sofern geeignete Maßnahmen zum Schutz der Gläubigergemeinschaft getroffen werden und beim Scheitern der Verhandlungen ein Gesamtverfahren im oben erklärten Sinne eröffnet werden kann, Art. 1 Abs. 1 EuInsVO. Damit ist der sachliche Anwendungsbereich der reformierten EuInsVO deutlich erweitert⁵: Sie ist nicht mehr auf Gesamtverfahren beschränkt, die die Insolvenz des Schuldners, den vollständigen oder teilweisen Vermögensverschlag und die Bestellung eines Verwalters voraussetzen (Art. 1 Abs. 1 EuInsVO a.F.)⁶. Erfasst sind nunmehr zudem vorinsolvenzrechtliche Verfahren⁷. Dies sind Verfahren, in denen der Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten geraten ist bzw. in denen lediglich die Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz besteht. Dies sind zumeist Eigenverfahren, in denen der Schuldner ganz oder teilweise seine Verwaltungs- bzw. Verfügungsbefugnis behält und in denen kein Verwalter bestellt wird. Im letzteren Fall ist die gerichtliche Kontrolle bzw. die

1 So ausdrücklich EwG Nr. 5. Einen „Justizkonflikt“ zwischen englischen Gerichten einerseits, französischen und deutschen Gerichten andererseits konstatierte *Huber* in FS Heldrich, 2005, S. 679 ff.

2 EuGH – Rs. C-212/97, *Centros*, EU:C:1999:126; EuGH – Rs. C-208/00, *Überseering*, EU:C:2002:632, Rz. 52 ff., 94; EuGH – Rs. C-167/01, *Inspire Art*, EU:C:2003:512, Rz. 142, dazu *Hess*, ZfP 118 (2005), 267 (269 ff., 296 ff.).

3 Zur Frage, ob die Sitzverlegung im Wege der Insolvenzanfechtung rückgängig gemacht werden kann vgl. BGH v. 22.12.2005, WM 2006, 242 ff.; zurückhaltend *Weller*, ZGR 2008, 835 (864).

4 EuGH – Rs. C-396/09, *Interedil*, EU:C:2011:671, Rz. 47.

5 Der sachliche Anwendungsbereich des UNCITRAL-Modellgesetzes scheint enger geschnitten zu sein: Er umfasst zwar vorläufige Maßnahmen, dennoch sind außergerichtliche Insolvenzvergleiche sowie vorinsolvenzrechtliche bzw. hybride Verfahren davon nicht erfasst, dazu s. *Kolmann*, Kooperationsmodelle im internationalen Insolvenzrecht, 2000, S. 420.

6 Auf den Begriff der Zivil- und Handelssache hat der Gemeinschaftsgesetzgeber verzichtet. Daraus folgt, dass auch öffentlich-rechtliche Forderungen (etwa des Fiskus oder vom Sozialversicherungsträger) unter den Anwendungsbereich der EuInsVO fallen.

7 Zum Kommissionsvorschlag über EuInsVO *Linna*, IILR 2014, 6 (10 ff.).

Aufsicht eines Treuhänders erforderlich; eine nachträgliche Kontrolle auf Rechtsbehelf eines Gläubigers oder eines anderen Verfahrensbeteiligten reicht aus¹.

Die operative Regelung zum sachlichen Anwendungsbereich enthält Anhang A zur EuInsVO. Lediglich die dort aufgeführten nationalen Verfahren, welche die Mitgliedstaaten der EU-Kommission mitteilen, fallen in den Anwendungsbereich der EuInsVO. Mithin kommt es zu dem kuriosen Ergebnis, dass die Mitgliedstaaten durch die Meldung (oder Nichtmeldung) nationaler Verfahren den sachlichen Anwendungsbereich der EuInsVO festlegen. Denn Verfahren, die nicht in Anhang A genannt werden, fallen aus dem sachlichen Anwendungsbereich der EuInsVO heraus, Art. 1 Abs. 1 letz. Satz². Nicht alle der Definition des Art. 1 Abs. 1 EuInsVO entsprechenden Verfahren sind im Anhang A genannt: die Weigerung des Vereinigten Königreichs, das sog. *scheme of arrangement*³ als ein Gesamtverfahren i.S.d. Art. 1 Abs. 1 EuInsVO zu melden, verdeutlicht das Problem⁴: In der Praxis bereitet die Anerkennung erhebliche Schwierigkeiten. Dessen fehlende Auflistung in dem Anhang A zur EuInsVO schließt eine Anerkennung nach der EuInsVO aus. Es ist jedoch keineswegs sicher, ob die Anerkennungsregeln der EuGVO herangezogen werden dürfen, da die *schemes of arrangement* eigentlich von der Definition des Art. 1 Abs. 1 EuInsVO erfasst sind; dies hat zur Folge, dass sie aus dem Anwendungsbereich der EuGVO herausfallen⁵. Deshalb verbleibt eine Anerkennung nach dem jeweiligen autonomen Internationalen Insolvenzrecht. Vor der Neuregelung der EuInsVO entschied der BGH⁶, dass ein *scheme of arrangement* unter die EuGVO fällt, lehnte jedoch im Ergebnis die Anerkennung ab. Inzwischen stellt EWG 7 (aE) klar, dass die fehlende Nennung eines nationalen Verfahrens in Anhang A nicht zur Folge hat, dass es unter die EuGVO fällt. Vor diesem Hintergrund beurteilt sich die Anerkennung des *scheme of arrangement* (als Gesamtverfahren) nach den autonomen Insolvenzrechten der EU-Mitgliedstaaten⁷.

b) Insolvenzbegene Einzelverfahren

Bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der EuInsVO bereiten insolvenzbezogene Einzelverfahren (sog. Annexverfahren) erhebliche Schwierigkeiten. Dabei geht es um Individualklagen, die in einem engen inhaltlichen Bezug zum Insolvenzverfahren stehen. Das „klassische“ Beispiel ist die Insolvenzanfechtung. Hier stellt sich die Frage, ob sich die Zuständigkeit dieser Klagen nach der EuInsVO oder nach der EuGVO richtet. Mithin geht es um die Abgrenzung zwischen der EuInsVO und der EuGVO⁸.

1 Kindler/Sakka, NZI 2015, 460 (461). Vgl. auch EWG Nr. 10.

2 Der rechtsmethodische Nachteil einer derartigen Auflistung ist deren (zwangsläufige) Lückenhaftigkeit; eine vereinfachte Anpassung der Anträge erfolgt gem. Art. 89 EuInsVO im Komitologie-Verfahren; dazu Parzinger, NZI 2016, 63 (64f.).

3 Vgl. O’Dea/Long/Smyth, Schemes of Arrangement (2012), *passim*; Paulus in FS N. Rokas, 2012, S. 771; Paulus, ZIP 2011, 1077; Bork, IILR 2012, 477.

4 Thole/Swierczok, ZIP 2013, 550 (551) führen eine Reihe von Fällen an, in denen englische Gerichte die sog. Schemes of arrangement bestätigt haben, ohne nach Art. 3 I EuInsVO international zuständig zu sein. Zum Hintergrund der Nichteinbeziehung der *schemes of arrangement* in Anhang A, s. McCormack, JPIL 10 (2014), 41 (48).

5 Unter der EuInsVO a.F. ließ der BGH die Anerkennung unter der EuGVO offen, dazu BGH v. 15.2.2012, NZI 2012, 425 m. Anm. Paulus. Zum Meinungsstand vgl. Fischer in FS Vallender, 2015, S. 137ff.

6 BGH v. 15.2.2012 – IV ZR 194/09, NZI 2012, 425 m. Anm. Paulus.

7 Nach deutschem Recht scheidet eine Anerkennung gem. § 343 Abs. 1 Nr. 1 InsO aus, wenn – wie üblich – die Durchführung des *scheme of arrangement* über eine kurzfristige Sitzverlagerung der betroffenen Unternehmen erfolgte. Dann liegen die Voraussetzungen von § 3 Abs. 1 InsO nicht vor. Mithin scheidet die Anerkennung, ohne dass es auf die weiteren Voraussetzungen des § 343 Abs. 1 InsO (insbesondere des *ordre public*) ankommt.

8 Vgl. Leibold in FS Ishikawa, 2001, S. 221 (226ff.); Carstens, Die internationale Zuständigkeit im europäischen Insolvenzrecht, 2005, S. 105.

- 15 Die Neufassung der EuInsVO hat das Problem ausdrücklich gelöst und übernimmt im Bereich der Zuständigkeit (Art. 6 EuInsVO) und der Anerkennung (Art. 32 EuInsVO) die sog. *Gourdain* ./ *Nadler*-Formel des EuGH. Demnach sind Einzelverfahren, die sich auf ein Insolvenzverfahren beziehen, vom Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 2 Nr. 2 EuGVO ausgenommen, „wenn sie unmittelbar aus einem [Konkurs-]Verfahren hervorgehen und sich eng innerhalb des Rahmens eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens in dem vorgenannten Sinne halten“¹.
- 16 Die Abgrenzung zwischen der EuGVO und der EuInsVO richtet sich danach, ob das insolvenzbezogene Einzelverfahren insolvenzspezifische Fragen stellt, bzw. insolvenzspezifische Ziele verfolgt². Übertragen auf die Terminologie der EuInsVO ist die Abgrenzung danach vorzunehmen, ob das Verfahren unmittelbar insolvenzrechtliche Befugnisse des Verwalters betrifft³.
- 17 Unter Art. 6 EuInsVO fallen ohne weiteres Anfechtungsklagen des Insolvenzverwalters (§§ 129 ff. InsO)⁴. Dies gilt deshalb, weil der Insolvenzverwalter die Anfechtungsklage ausschließlich zur Wahrnehmung der Interessen der Gläubigergemeinschaft erhebt. Anderes gilt, wenn der Anfechtungsanspruch abgetreten wurde. Der EuGH entschied hingegen in *F-Text*⁵, dass der Zessionar zwar eine der Insolvenz entstammende Forderung geltend macht; er jedoch in Eigeninteresse und nicht im Interesse der Gläubigergemeinschaft handelt. Im Gegensatz zum Insolvenzverwalter ist er nicht verpflichtet, die Forderung gerichtlich durchzusetzen. Zudem verfolgt die Klage des Zessionars kein insolvenzspezifisches Ziel, da die Eintreibung der Forderung seinem Vermögen zugutekommt, sie fließt nicht in der Insolvenzmasse.
- 18 Die EuInsVO erfasst Klagen über die Fortführung laufender Verträge (§§ 103 ff. InsO), Feststellungsklagen zur Tabelle (§§ 178 ff. InsO)⁶, Klagen auf den unmittelbaren Zugriff auf die handelnden Personen (etwa im Wege der Durchgriffshaftung § 13 Abs. 2 GmbHG)⁷ sowie auf Kapitalersatzansprüche (§ 64 GmbHG)⁸. Haftungsklagen gegen den Insolvenzverwalter sind insolvenzrechtlich zu qualifizieren⁹. Die EuInsVO ist ebenso auf Klagen über Massenverbindlichkeiten anwendbar¹⁰. Anderes gilt für Klagen des Insolvenzverwalters gegen einen Schuldner des Schuldners¹¹.

1 EuGH – Rs. C-133/78, *Gourdain* ./ *Nadler*, EU:C:1979:49, Rz. 3; EuGH – Rs. C-115/88, *Reichert* ./ *Dresdner Bank*, EU:C:1990:3. Dies war der Fall mit der *action en comblement du passif*. Im *Seagon-Urteil*, Rs. C-339/07, EU:C:2009:83, Rz. 19, übertrug der EuGH diese Rechtsprechung auf die EuInsVO a.F.

2 Vgl. *Hau* in Gottwald (Hrsg.), *Europäisches Insolvenzrecht – Kollektiver Rechtsschutz, Masseanreicherung und Gläubigerschutz*, S. 81 (86); *Laukemann* in Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report, 2014, S. 125, Rz. 518 ff.

3 *Hess*, § 9 Rz. 11.

4 EuGH – Rs. C-339/07, *Seagon*, EU:C:2009:83, Rz. 19 ff.; dazu *Thole*, ZEuP 2010, 904; kritisch *Mörsdorf-Schulte*, ZIP 2009, 1456; zur örtlichen Zuständigkeit nach dem deutschen Recht s. BGH v. 19.5.2009, IPRax 2009, 515 m. krit. Anm. *Fehrenbach* 492.

5 EuGH – Rs. C-213/10, *F-Text*, EU:C:2012:215, Rz. 43 ff.; kritisch *Brinkmann*, IILR 2013, 371 (372); *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1237.

6 Ausführlich *Willemmer*, *Vis attractiva concursus*, S. 61 ff.; *Thole*, ZIP 2006, 1383 (1385 ff.).

7 LG Kiel v. 20.4.2006, NZI 2006, 482.

8 EuGH – Rs. C-295/13, *H*, EU:C:2014:2410, Rz. 21 ff., dazu *Schulz*, NZG 2015, 146; *Kindler*, EuZW 2015, 141.

9 *Hess*, § 9 Rz. 11.

10 OLG Zweibrücken v. 30.6.1992, EuZW 1993, 165.

11 EuGH – Rs. C-157/13, *Nickel @ Goeldner Spedition*, EU:C:2014:2145, Rz. 28 ff. Dort entschied der EuGH auf Vorlage eines litauischen Gerichts, dass eine Klage auf Erfüllung einer vor der Insolvenzeröffnung entstandenen Forderung aus der internationalen Beförderung von Gütern dem Anwendungsbereich der EuGVO unterliegt. Zwar dient die Klage der Masseanreicherung, sie resultiert jedoch nicht unmittelbar aus der Insolvenzeröffnung.

Aussonderungsrechte unterliegen hingegen der EuGVO: Der EuGH urteilte in *German Graphics Graphische Maschinen*¹, dass eine auf den Eigentumsvorbehalt gestützte Klage der EuGVO zu unterstellen ist. Denn sie ihre Grundlage nicht im Insolvenzrecht hat; die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder die Bestellung eines Insolvenzverwalters ist nicht erforderlich. Anders zu beurteilen sind die Absonderungsklagen, da der Vermögensgegenstand Bestandteil der Insolvenzmasse ist. Der absonderungsberechtigte Gläubiger wird durch den Erlös des Sicherungsguts befriedigt². 19

Allein die Massezugehörigkeit der streitgegenständlichen Forderung oder die Prozessführungsbefugnis des Insolvenzverwalters führt hingegen nicht zur Anwendung der EuInsVO³. Der EuGH stellt dabei auf die Rechtsgrundlage des zugrunde liegenden Anspruchs ab und fragt, ob die Klage sich auf die allgemeinen Regeln des Zivil- und Handelsrechts stützt oder auf abweichende Sonderregeln für Insolvenzverfahren⁴: In *SCT Industri*⁵ entschied der EuGH, dass der EuInsVO eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Übertragung von Gesellschaftsanteilen im Rahmen eines Konkursverfahrens auf Grundlage des schwedischen Konkursgesetzes unterfällt. Es sei jedoch nicht notwendig, dass die relevanten Vorschriften sich auf die formelle Insolvenz des Schuldners anknüpfen; der Bezug auf die materielle Zahlungsunfähigkeit reicht vollkommen aus⁶. 20

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Die EuInsVO ist auf die Insolvenz sowohl natürlicher als auch juristischer Personen anwendbar. Sachlichen Vorrang vor der EuInsVO haben sektorielle Regelungen im Versicherungs- und Bankenrecht: Nach Art. 1 Abs. 2 EuInsVO sind vom Anwendungsbereich der Verordnung Versicherungsunternehmen, Kreditinstitute, Wertpapierfirmen und Organismen für gemeinsamen Anlagen. Hier existieren spezielle Richtlinien⁷. 21

3. Räumlicher Anwendungsbereich

Ausweislich des EwG 25 zur EuInsVO erfasst die EuInsVO nur Insolvenzen innerhalb des Europäischen Justizraums, d.h. Insolvenzverfahren bei denen der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen (COMI) im EU-Inland (außer Dänemark) hat⁸. 22

Ein qualifizierter Gemeinschaftsbezug ist nicht erforderlich. Im *Schmid*-Urteil bestätigte der EuGH⁹, dass die Anwendbarkeit der Verordnung keinen Bezug zu mehreren EU-Mitgliedsstaaten voraussetzt; Auslandsbezüge zu einem Drittstaat reichen aus, sofern der COMI des Schuldners im Europäischen Justizraum liegt¹⁰. Der EuGH stützte 23

1 EuGH – Rs. C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen*, EU:C:2009:544.

2 Vgl. die Schlussanträge des AG Mazák in Rs. C-527/10, *ERSTE Bank Hungary*, EU:C:2012:37, Rz. 41; a.A. *Laukemann* in Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report, Rz. 548 ff.

3 *Leipold* in FS Ishikawa, 2001, S. 221 (226).

4 EuGH – Rs. C-157/13, *Nickel v Goeldner Spedition*, EU:C:2014:2145, Rz. 27; dazu *Thole*, IPRax 2015, 396.

5 EuGH – Rs. C-111/08, *SCT Industri*, ECLI:EU:C:2009:419; vgl. *Piekenbrock*, KTS 2009, 539.

6 Vgl. zu § 64 GmbHG, EuGH – Rs. C-295/13, *H*, EU:C:2014:2410, Rz. 22 und Rs. C-594/14, *Kornhaas*, ECLI:EU:C:2015:806, Rz. 18 ff.; zustimmend *Kindler*, EuZW 2015, 143; *Wedemann*, IPRax 2015, 505.

7 Vgl. *Hess*, § 9 Rz. 67.

8 *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht zum EuInsÜbk, Rz. 44. Dänemark ist nicht eingeschlossen, *Mäsch* in Rauscher, Art. 1 EuInsVO a.F. Rz. 17.

9 EuGH – Rs. C-328/12, *Schmid*, EU:C:2014:6; zustimmend *Arts*, IPRax 2014, 30; *Bureau*, RCDIP 2014, 670.

10 Unrichtig *Torz*, Gerichtsstände, S. 24 ff.: nur innergemeinschaftliche Sachverhalte; BGH v. 27.5.2003, NJW 2003, 2916 (obiter). A.A. *Haubold*, IPRax 2003, 34 (35 f.); *Mäsch* in Rauscher, Art. 1 EuInsVO a.F. Rz. 15 f.; High Court of Justice, v. 7.2.2003 (*BRAC-Budget*), ZIP 2003, 813; High Court of Justice (Leeds) ZIP 2004, 340.

sich auf den Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 EuInsVO sowie den EwG 14 zur EuInsVO a.F. (EwG 25 EuInsVO), die nicht auf einen (zusätzlichen) Bezug zu einem anderen Mitgliedsstaat abstellen¹. Die weite Bestimmung des Anwendungsbereichs vermeidet zudem komplizierte Abgrenzungen im Hinblick auf einen weiteren (ungeschriebenen) in-nergemeinschaftlichen Bezugspunkt.

- 24 Die Entscheidung in der Rs. *Schmid* scheint sogar reine „Binneninsolvenzen“ der EuInsVO zu unterstellen. Denn im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ist es häufig kaum absehbar, ob das Insolvenzverfahren grenzüberschreitende Bezüge aufweist². Dies wäre aus kompetenzieller Sicht bedenklich, da Art. 81 AEUV die Rechtsetzungskompetenz der Union auf „Zivilsachen mit grenzüberschreitendem Bezug“ beschränkt³. Unabhängig hiervon löst die Beteiligung ausländischer Gläubiger in einem ansonsten (vermögensmäßig) rein inländischen Verfahren die Anwendung der EuInsVO aus⁴.

IV. Die internationale Zuständigkeit

- 25 Art. 3 Abs. 1 EuInsVO regelt die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens. Die Verfahrensherrschaft des zuständigen Gerichts ist umfassend. Denn sein Insolvenzbeschluss erfasst mit (prinzipiell) universeller Wirkung das gesamte Vermögen des Schuldners und legt – mit gewissen Ausnahmen – das anwendbare Verfahrensrecht fest, vgl. Art. 7 ff. EuInsVO. Daneben enthält Art. 3 Abs. 2 EuInsVO eine Zuständigkeitsregel für die Einleitung eines territorial begrenzten Sekundärverfahrens.
- 26 Art. 6 EuInsVO enthält eine neue Vorschrift über die Zuständigkeit für Klagen, die unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen und in engem Zusammenhang damit stehen im oben dargelegten Sinne. Diese Neuregelung stellt sich vornehmlich als Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung dar.

1. Hauptinsolvenzverfahren

- 27 Art. 3 Abs. 1 EuInsVO knüpft die internationale Zuständigkeit an den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners; inzwischen hat sich die englische Bezeichnung als „COMI – center of main interests“ durchgesetzt. Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 EuInsVO definiert als COMI den Ort „an dem der Schuldner gewöhnlich der Verwaltung seiner Interessen nachgeht und der für Dritte feststellbar ist“⁵.

a) Maßgeblicher Zeitpunkt

- 28 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung des COMI ist die Antragstellung (§ 16 InsO)⁶. Verlegt der Schuldner danach seinen COMI in einen anderen Mitgliedstaat, bleibt das angerufene Gericht zuständig (*perpetuatio fori*). Andernfalls müssten die Gläubiger

1 EuGH – Rs. C-328/12, *Schmid*, EU:C:2014:6, Rz. 18. A.A. *Kindler* in MünchKomm/BGB, Int.InsR, Rz. 82.

2 EuGH – Rs. C-328/12, *Schmid*, EU:C:2014:6, Rz. 28; in dieser Richtung kritisch *Kindler* in MünchKomm/BGB, Int.Ins.L., Art. 1 EuInsVO a.F. Rz. 23. A.A. *Huber*, ZZP 114 (2001), 133 (136).

3 Dazu *Arts*, IPRax 2014, 390 (392).

4 *Mäsch* in Rauscher, Art. 1 EuInsVO a.F. Rz. 14; *Haubold* in Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kap. 30, Rz. 30.; *Marquette/Barbé* in Nuyts (ed.), International Civil Litigation and Relations with Third States, 2005, S. 419 (420).

5 Dazu *Kübler* in FS Gerhardt, 2004, S. 527 ff.; vgl. EuGH – Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC*, EU:C:2006:281, Rz. 31 ff.

6 BGH v. 22.3.2007, NZI 2007, 344 f.

II. UNCITRAL-Schiedsordnung

Spezialliteratur siehe Literaturübersicht zu Beginn des Teils P, vor Rz. 1

1. Allgemeine Regeln der UNCITRAL-Schiedsordnung

a) Einleitung

- 363 In der klassischen Ad hoc-Schiedsgerichtsbarkeit, also einer Schiedsgerichtsbarkeit ohne eine Institution, wird das Schiedsverfahren von den Parteien und, falls diese sich nicht darauf einigen können, von dem oder den Schiedsrichtern bestimmt. Die Schiedsgerichtsgesetzgebungen der meisten Staaten geben hier den Parteien bzw. den Schiedsrichtern einen weitreichenden Spielraum für die Gestaltung des Schiedsverfahrens: zu beachten ist grundsätzlich immer nur die Gleichbehandlung der Parteien und die Gewährung des rechtlichen Gehörs. Darüber hinaus ist eine freie Gestaltung des Schiedsverfahrens möglich. Die Möglichkeiten, das Schiedsverfahren den Gegebenheiten jedes konkreten Streitfalls anzupassen, ist einer der wesentlichen Vorteile der Ad hoc-Schiedsgerichtsbarkeit. Ob diese Vorteile tatsächlich genutzt werden, hängt allerdings vor allem von der Erfahrung der mit der Entscheidung eines Falles betrauten Schiedsrichter ab.
- 364 Es bestand daher schon früh aus der Sicht künftiger Vertragsparteien ein Bedürfnis, schon vor Eintreten eines Rechtsstreits zu wissen, wie ein eventuelles Schiedsverfahren ablaufen würde. Dem entsprachen jedenfalls institutionelle Schiedsgerichte mit dem Angebot ihrer Schiedsordnungen. Auch für Ad hoc-Schiedsverfahren wurden Verfahrensordnungen angeboten, wie von der Wirtschaftskommission für Europa der Organisation der Vereinten Nationen (UNECE) 1966. Diese UNECE Schiedsgerichtsordnung wurde bis zur politischen Wende 1989 häufig in Verträgen betreffend den Ost-West-Wirtschaftsverkehr vereinbart. Auch von der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Asien und den Fernen Osten (ECAFE) wurden 1966 Regeln für internationale Schiedsgerichtsbarkeit ausgearbeitet.
- 365 Die Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht (UNCITRAL) begann 1973 ihre Arbeiten an einer fakultativen Schiedsgerichtsordnung für Ad hoc-Schiedsgerichte im internationalen Handel. Die Schiedsordnung wurde am 28.4.1976 von der UNCITRAL angenommen und am 15.12.1976 von der Vollversammlung der Vereinten Nationen in Resolution 31/98 zur Verwendung für die Entscheidung von Streitigkeiten aus internationalen Wirtschaftsbeziehungen empfohlen.
- 366 Die UNCITRAL-Schiedsordnung wurde sofort nach ihrem Erscheinen weltweit angenommen. Obwohl es keine Statistiken gibt, dürfte sie die international am meisten verwendete Ad hoc-Schiedsordnung sowohl für internationale Wirtschaftsstreitigkeiten, für die sie konzipiert war, als auch für innerstaatliche Wirtschaftsstreitigkeiten sein. Obwohl sie als Schiedsordnung für Ad-hoc-Schiedsgerichte gedacht war, wurde sie auch von zahlreichen Schiedsinstitutionen, nicht zuletzt als Werbemittel, unverändert oder mit gewissen Anpassungen als deren institutionelle Schiedsordnung übernommen. Sie wurde unter anderem auch in zahlreichen bilateralen Investitionsschutzübereinkommen vereinbart. Sie stand auch den Regierungsvertretern und Experten, die das UNCITRAL Modellgesetz 1985 erarbeitet haben, zur Verfügung. Dies erklärt, dass zahlreiche Bestimmungen in beiden Texten wortgleich, oder doch sehr ähnlich sind.
- 367 Die Schiedsordnungen der aktiv tätigen Handelsschiedsgerichte werden erfahrungsgemäß immer wieder überarbeitet, um Entwicklungen, die sich durch Veränderungen der lokalen Schiedsgerichtsgesetzgebung, oder Probleme, die sich in der Anwendungspraxis ergeben haben, Rechnung zu tragen.

Die derzeit gültige Fassung 2010 (ohne Art. 1 Abs. 4, siehe nächster Absatz) wurde am 25.6.2010 von der UNCITRAL angenommen und von der Vollversammlung der Vereinten Nationen in Resolution 65/22 vom 6.12.2010 für die Entscheidung von Streitigkeiten aus internationalen Wirtschaftsbeziehungen empfohlen. Sie beinhaltet eine wesentliche Ausweitung der Bestimmungen der Erstfassung und wurde, wie man aus zahlreichen Revisionen von Schiedsordnungen nach ihrem Erscheinen entnehmen kann, auch wie die Erstfassung weltweit als internationaler Standard akzeptiert. 368

Am 11.7.2013 wurden von der UNCITRAL Transparenzregeln für abkommensbasierte Schiedsverfahren zwischen Investoren und Gaststaaten und ein in Absatz 4 zu Art. 1 der UNCITRAL Schiedsordnung 2013 betreffend diese Transparenzregeln angenommen. In Resolution 68/109 der Vollversammlung der Vereinten Nationen vom 16.12.2013 betreffend diese Transparenzregeln wurde der Generalsekretär in Absatz 2 der Resolution aufgefordert, diese neuen Transparenzregeln sowohl gemeinsam mit der Schiedsordnung in der Fassung 2010 mit dem neuen Art. 1 Abs. 4 und als gesonderten Text zu publizieren. Die UNCITRAL-Schiedsordnung (mit Art. 1 Abs. 4) wird daher von der UNCITRAL seit 2014 nur mehr gemeinsam mit den UNCITRAL Transparenzregeln für abkommensbasierte Schiedsverfahren zwischen Investoren und Gaststaaten publiziert. 369

Da die weiteren Beiträge zu Schiedsordnungen in diesem Buch deren Regelungen im Vergleich zu den Bestimmungen der UNCITRAL-Schiedsordnung darstellen, wird in der Folge der volle Wortlaut der UNCITRAL-Schiedsordnung wiedergegeben. Die Anmerkungen beschränken sich auf praktische Hinweise für die Handhabung dieser Schiedsordnung. 370

b) Muster der Schiedsklausel

Voraussetzung für jedes Schiedsverfahren ist eine gültige Schiedsvereinbarung. In fast allen Schiedsordnungen werden daher weltweit Musterschiedsklauseln, meist in allen gängigen Vertragssprachen, angeboten, die in der Regel auf der Website der Institutionen abgefragt werden können. 371

Obwohl diese Musterschiedsklausel für Verträge als Annex der UNCITRAL-Schiedsordnung geführt wird, wird sie hier als Voraussetzung eines Schiedsverfahrens nach dieser Schiedsordnung zuerst behandelt. 372

Sie lautet:

Jede Streitigkeit, Meinungsverschiedenheit oder jeder Anspruch, der sich aus oder in Zusammenhang mit diesem Vertrag oder sich aus seiner Verletzung, seiner Beendigung oder seiner Ungültigkeit ergeben kann, ist durch ein Schiedsverfahren nach der UNCITRAL-Schiedsordnung zu regeln.

➤ Hinweis:

Die Parteien sollten folgende ergänzende Angaben erwägen:

- (a) Die Ernennende Stelle ist ... (Name der Institution oder Person);
- (b) Die Anzahl der Schiedsrichter beträgt ... (einer oder drei);
- (c) Der Schiedsort ist ... (Stadt und Land);
- (d) Die im Schiedsverfahren zu verwendende Sprache ist ...

Es ist leider ein von Administratoren internationaler Schiedsgerichte weltweit beobachtetes Phänomen, dass Vertragsparteien bei der Abfassung von Schiedsgerichtsvereinbarungen äußerst nachlässig vorgehen. Das dürfte darauf zurückzuführen sein, dass in Gerichtsstandsvereinbarungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses offensichtlich nicht ernst nehmen und nicht überprüfen. Die Folge ist, dass im Streitfall Schiedsverfahren oft nicht stattfinden können, weil die Schiedsgerichtsvereinbarung 373

unwirksam ist, oder dass, wenn es das anwendbare Verfahrensrecht zulässt, Zwischenverfahren über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Schiedsgerichtsvereinbarung geführt werden müssen, was jedenfalls zu Verzögerungen führt. Bei Schiedsverfahren, bei denen das anwendbare Verfahrensrecht eine gesonderte Anfechtung von Entscheidungen über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht zulässt, kann der Tatbestand des Fehlens einer rechtsgültigen Schiedsgerichtsvereinbarung noch in einem Aufhebungsverfahren gegen den Schiedsspruch oder auch in einem Vollstreckungsverfahren geltend gemacht werden. Es ist daher auch hier dringend zu empfehlen, jedenfalls die Musterklausel in dem vorgeschlagenen Wortlaut zu vereinbaren; alle die Schiedsgerichtsbarkeit betreffenden Texte der UNCITRAL und von die internationale Schiedsgerichtsbarkeit betreffenden internationalen Übereinkommen und deren Ratifizierungsstand in allen UNO Sprachen sind bei der UNCITRAL, Vienna International Centre, P.O. Box 500, A-1400 Vienna, AUSTRIA, Tel: (+43-1) 26060-4060, Fax: (+43-1) 26060-5813, E-Mail: uncitral@uncitral.org) zu erhalten, bzw. auf der UNCITRAL Website (<http://www.uncitral.org>) abzufragen.

- 374 Es wird ferner empfohlen, auch die in dem Hinweis unter a) bis d) aufgezählten ergänzenden Angaben in die Schiedsvereinbarung aufzunehmen, da, wie die Praxis zeigt, nachträgliche Parteienvereinbarungen zu diesen Punkten nach Ausbruch eines Rechtsstreits oft nicht mehr möglich sind, wenn eine der Parteien dem nicht zustimmt, oder wenn sich eine Partei, also im konkreten Fall die spätere Beklagte, nicht in das Schiedsverfahren einlässt. Die **Ernennende Stelle (a)** übt im Wesentlichen die Funktion aus, die mangels anderer Parteienvereinbarung das dafür zuständige staatliche Gericht am Sitz des Schiedsgerichts ausüben würde, wie u.a. die Ersatzbestellung von Schiedsrichtern. Es sollte also eine Person oder Institution sein, die mit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vertraut ist und Zugang zu den erforderlichen Informationen hat. Leider wurden in der Praxis immer wieder Personen oder Institutionen als Benennende Stelle vereinbart, die selbst nicht über die erforderlichen Informationen verfügen und auch keinen ausreichenden Zugang dazu haben, wie zum Beispiel oft Präsidenten von Handelskammern. Den Vertragsparteien ist dabei offenbar nicht klar, dass die für einen möglichen Streitfall erforderliche Kombination von Sach-, Rechts- und Sprachkenntnissen für einen Schiedsrichter die Zahl von in Frage kommenden Personen oft drastisch reduziert und nur mit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vertraute Personen oder Institutionen eine akzeptable Lösung finden können. Die UNCITRAL-Schiedsordnung befasst sich daher detailliert mit dieser Materie.
- 375 Die **Anzahl der Schiedsrichter (b)** beträgt nach der UNCITRAL-Schiedsordnung einer oder drei, wobei mangels anderer Parteienvereinbarung (mit einer gewissen Korrekturmöglichkeit durch die Ernennende Stelle) drei Schiedsrichter zu bestellen sind. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass die Zahl der Schiedsrichter nicht vereinbart wurde und die Beklagte im Streitfall die Benennung eines Einzelschiedsrichters verweigert oder auf den Vorschlag nicht reagiert. Es sind dann drei Schiedsrichter zu bestellen, was jedenfalls zu einer Vertierung des Schiedsverfahrens führt. Da sich in diesen Fällen die Beklagte in der Regel auch weigert, ihren Anteil an dem Vorschuss für die Verfahrenskosten zu leisten, hat die Klägerin auch den auf die Beklagte entfallenden Teil des höheren Kostenvorschusses zu erbringen. Das hat schon dazu geführt, dass Kläger nicht in der Lage waren, den vollen Kostenvorschuss zu leisten. Es wird daher dringend empfohlen, dass sich Vertragsparteien schon bei Abschluss ihres Vertrags auf einen Einzelschiedsrichter einigen, wenn sie der Auffassung sind, dass ein theoretisch möglicher Streitwert kein aus drei Personen bestehendes Schiedsgericht rechtfertigen würde. Als möglichen Hinweis kann angeführt werden, dass das Präsidium des Wiener Schiedsgerichts (VIAC) bei diesbezüglichen Entscheidungen über den Daumen einen Streitwert ab einer Million Euro für die Bestellung von drei Schiedsrichtern annimmt.

Als **Ort des Schiedsverfahrens (c)** gilt der Ort, dessen Schiedsverfahrensrecht auf das anhängig gemachte Schiedsverfahren zur Anwendung kommt. Das ist vor allem für Aufhebungsklagen von Schiedssprüchen von Bedeutung, die bei dem örtlich zuständigen Gericht des Schiedsgerichtsorts einzubringen sind. Es empfiehlt sich daher, vor Vereinbarung eines Schiedsgerichtsorts die dortige Schiedsgerichtsgesetzgebung und, falls vorhanden, Gerichtsentscheidungen, zu überprüfen; es ist ferner zu beachten, dass nach den meisten Gesetzgebungen alle Eingaben bei Gericht in der Landessprache einzubringen sind, und dass alle vorgelegten Unterlagen in beglaubigter Übersetzung vorzulegen sind. Dies wird bei der Auswahl eines Schiedsgerichtsortes oft übersehen. 376

Die Vereinbarung einer **Verfahrenssprache (d)** und gegebenenfalls mehrerer Sprachen, sei es gleichwertig oder mit Qualifikationen wie etwa, dass in den anderen vereinbarten Sprachen vorgelegte Dokumente nicht übersetzt werden müssen, oder dass Zeugenaussagen nicht übersetzt werden müssen, scheidet einen späteren Streit über die Verfahrenssprache bzw. Verfahrenssprachen aus. Da diese Frage mangels Parteienvereinbarung von dem konkreten, für einen Fall bestimmten Schiedsgericht entschieden wird, kann dessen Entscheidung für eine Partei zu einer unangenehmen Überraschung mit beträchtlichen Zusatzkosten für Übersetzungen beziehungsweise Beglaubigungen führen. 377

c) Text der UNCITRAL-Schiedsordnung (mit neuem Artikel 1, Paragraph 4, wie 2013 angenommen) und Anmerkungen

Die UNCITRAL-Schiedsordnung¹ ist in vier Abschnitte gegliedert: 378

- I. Einleitende Bestimmungen
- II. Zusammensetzung des Schiedsgerichts
- III. Schiedsverfahren
- IV. Schiedsspruch

Abschnitt I. Einleitende Bestimmungen

Anwendungsbereich

Artikel 1

1. Haben die Parteien vereinbart, dass Streitigkeiten zwischen ihnen in Bezug auf eine bestimmte Rechtssache, vertraglicher oder nicht vertraglicher Natur, der Schiedsgerichtsbarkeit nach der UNCITRAL-Schiedsordnung unterliegen, so werden diese Streitigkeiten nach dieser Schiedsordnung geregelt, vorbehaltlich solcher Änderungen, welche Parteien vereinbaren.
2. Es wird angenommen, dass die Parteien einer Schiedsvereinbarung, die nach dem 15.8.2010 abgeschlossen wurde, sich auf die am Datum des Beginns des Schiedsverfahrens gültige Schiedsordnung bezogen haben, außer wenn sie die Anwendung einer bestimmten Fassung der Schiedsordnung vereinbart haben. Diese Annahme kommt nicht zur Anwendung, wenn die Schiedsvereinbarung nach dem 15.8.2010 durch Annahme eines davor gestellten Angebots abgeschlossen wurde.
3. Das Schiedsverfahren unterliegt dieser Schiedsordnung mit der Ausnahme, dass bei Widerspruch zwischen einer ihrer Regelungen und einer Bestimmung des auf das Schiedsverfahren anzuwendenden Rechts, von der die Parteien nicht abweichen dürfen, diese Bestimmung vorgeht.
4. Bei Investor-Staat-Schiedsverfahren, die aufgrund eines Investitionsschutz-Übereinkommens eingeleitet wurden, beinhaltet diese Schiedsordnung auch die UNCITRAL Transparenzregeln für Investitionsschiedsverfahren („Transparenzregeln“), vorbehaltlich des Artikel 1 der Transparenzregeln.

1 Der Text der nicht offiziellen gemeinsamen Übersetzung der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien, des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e.V., Köln, der Kammer für Außenhandel der DDR, Berlin, der Vereinigung Österreichischer Industrieller, Wien und des Vororts des Schweizerischen Handels- und Industrie-Vereins, Zürich, der Erstfassung der Schiedsordnung 1976 wurde, soweit nicht geändert, übernommen. Alle Änderungen danach haben DDr. Werner Melis und Dr. Alice Fremuth-Wolf übersetzt.