

Priorität im Europäischen Insolvenzrecht

Perpetuatio fori und Entscheidungsanerkennung in der EuInsVO

von
Dr. Tilman Turck

1. Auflage

Priorität im Europäischen Insolvenzrecht – Turck

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Insolvenzrecht: Gesamtdarstellungen](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 65842 6

Unter die EuGVVO und nicht die EuInsVO fallen Klagen von Gläubigern auf Absonderung oder Aussonderung.⁷¹ Zwar ist für solche Klagen der Insolvenzverwalter passivlegitimiert, doch unterscheiden sie sich sonst nicht von einem streitigen zivilrechtlichen Verfahren. Der Herausgabeanspruch fußt nicht direkt auf der Insolvenz, sondern bestand zumindest bedingt auch vorher. Die Klage dient einem individuellen Gläubigerinteresse. Es widerspräche auch dem Grundsatz der Verfahrensökonomie, solche Verfahren am COMI des Schuldners durchzuführen. Es ist in den meisten Rechtsordnungen ein anerkannter Grundsatz, dass dingliche Fragen am besten am Belegenheitsort geklärt werden.⁷² Soweit es um Mobilien geht, gibt es auch keinen Grund, eine etwaige Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien zu missachten.⁷³ Schließlich nimmt die EuInsVO Realsicherheiten selbst in Art. 5 und 7 EuInsVO von der *lex fori concursus* aus.

Das Gleiche gilt für Klagen von Gläubigern gegen den Schuldner aus Forderungen, die vor der Insolvenz entstanden sind.⁷⁴ Auch hier werden Gerichte anderer Länder oft sachnäher urteilen können. Im umgekehrten Fall – bei Ansprüchen des Schuldners, die vor der Insolvenz begründet wurden – liegt die Sache ebenso.⁷⁵ Zwar ist hier nur der Insolvenzverwalter aktivlegitimiert, doch ist dies bei praktisch allen Klagen der Fall, so dass dies allein nicht ausreicht, um den Anwendungsbereich der EuInsVO zu eröffnen. Diese Klagen beruhen nicht auf der Insolvenz, der Anspruch bestand schon zuvor und wird durch die Insolvenz nur an der individuellen Vollstreckung gehindert, nicht aber inhaltlich modifiziert. Es gibt keinen Grund, durch die Schaffung eines ausschließlichen Gerichtstands in die Dispositionsbefugnis der Parteien einzugreifen.

Komplizierter scheint die Lage bei Verpflichtungen der Insolvenzmasse, die der Insolvenzverwalter eingegangen ist. Wenn um diese gestritten wird, lässt sich kaum verneinen, dass der Streit „aufgrund“ der Insolvenz entstanden ist. Es besteht eine direkte Kausalkette von der Eröffnung des Verfahrens, über die Einsetzung des Insolvenzverwalters, zur Begründung der Verbindlichkeit bis schließlich zum Rechtsstreit. Doch hier fehlt es am engen sachlichen Zusammenhang mit der Insolvenz. Insolvenzrechtliche Fragen stellen sich bei solchen Streitigkeiten nur als Vorfragen.⁷⁶ Der Kern der Entscheidung dreht sich dagegen um materielles Recht, sei es Vertrags-, Deliktsrecht oder eine andere Anspruchsgrundlage. Zwar geht es bei solchen Verpflichtungen immer auch um das Wohl der Masse und damit aller Gläubiger, doch ist das allein nicht insolvenzspezifisch. Nachdem der Schuldner seine Verfügungsbefugnis verloren hat, dienen alle Verfahren den Gläubigern. Insolvenzspezifisch ist das nur, wenn gerade das Prinzip der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung verfolgt wird, wie etwa bei

⁷¹ EuGH (German Graphics), Fn. 20, Tz. 33; *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Art. 25 EuInsVO Rn. 18; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO, Art. 25 EuInsVO Rn. 19; *Paulus*, EuInsVO, Art. 25 Rn. 23; *Strobel*, Abgrenzung, S. 261; *Brinkmann*, IPRax 2010, 324, 327; *Lüke*, ZZP 111 (1998), 275, 294; *Mankowski*, NZI 2010, 508, 512; *Stürner*, IPRax 2005, 416, 420; a. A. *Weller*, IPRax 2004, 412, 415.

⁷² *Cranshaw*, DZWIR 2009, 353, 361.

⁷³ *Haubold*, IPRax 2002, 157, 163.

⁷⁴ *Kropholler/von Hein*, EuZPR, Art. 1 EuGVVO Rn. 37; *Virgós/Schmit*, Tz. 196; *Strobel*, Abgrenzung, S. 212; *Mankowski*, NZI 2010, 508, 512; *Stürner*, IPRax 2005, 416, 419.

⁷⁵ *Haubold*, IPRax 2002, 157, 162; *Mankowski*, NZI 1999, 56, 57; *ders.*, NZI 2010, 508, 512; *Stürner*, IPRax 2005, 416, 421.

⁷⁶ *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR, Art. 1 EuGVVO Rn. 20a; *Ambach*, Art. 25 EuInsVO, S. 164; *Strobel*, Abgrenzung, S. 247; *Willemer*, vis attractiva, S. 371; *Haubold*, IPRax 2002, 157, 162; *Mankowski*, NZI 2010, 508, 512.

Anfechtungsklagen.⁷⁷ So regelt auch Art. 4 Abs. 2 c) EuInsVO nur das Statut für die Befugnisse des Verwalters, schweigt aber zu den Verpflichtungen der Insolvenzmasse. Es wäre nicht sachgerecht, die Flexibilität des Verwalters, der nach Kreditgebern sucht, dadurch einzuschränken, dass Gerichtsstandsvereinbarungen nicht möglich sind.

Ebenfalls keine insolvenzspezifischen Annexverfahren stellen Entscheidungen zur Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern wegen Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften dar.⁷⁸ Auch hier ist das flexiblere System der EuGVVO angemessener.⁷⁹ Verstöße gegen Kapitalerhaltungsvorschriften beruhen häufig nicht einmal auf der Insolvenz. So ist etwa die Insolvenz der Gesellschaft kein Tatbestandsmerkmal des § 30 GmbHG. Anknüpfungspunkt der Haftung ist die Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter – insolvenzspezifisch ist das nicht. Streitigkeiten über den Rang einer Forderung – insbesondere auch die Regeln zu kapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen – fallen aber unter Art. 25 EuInsVO.⁸⁰

Das Gleiche muss für Ansprüche wegen eines Gesamtschadens nach § 92 InsO und Ansprüche wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter des insolventen Schuldners nach § 93 InsO gelten.⁸¹ Eine Entscheidung über einen solchen Anspruch wäre zwar ohne die Insolvenz nicht zustande gekommen. Die Regelungen beruhen auch auf dem insolvenzspezifischen Problem des Wettlaufs der Gläubiger und binden diese in eine Zwangsgemeinschaft. Aber sie gewähren keine eigenen Haftungsansprüche, sondern übertragen nur deren Geltendmachung auf den Insolvenzverwalter. Die Aktivlegitimation ist aber bloße Vorfrage. Das reicht für einen spezifischen Insolvenzbezug nicht aus.

Besonderheiten bei der Aufrechnung infolge der Insolvenz einer Partei berühren nicht den Kernpunkt einer Entscheidung.⁸² Sie fallen daher unter das Regime, das den jeweiligen Anspruch erfasst.

Diese Auflistung verschiedener möglicher Entscheidungen ist selbstverständlich nicht abschließend.⁸³ Sie hat sich am deutschen Recht orientiert, aber die oben beschriebenen abstrakten Kriterien sind genauso auf Entscheidungen der anderen europäischen Insolvenzrechtsordnungen anzuwenden.

V. Sicherungsmaßnahmen

Als letztes regelt Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 EuInsVO die Anerkennung von „Sicherungsmaßnahmen, die nach dem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens getroffen werden“. Damit werden Maßnahmen im Eröffnungsverfahren mit europa-

⁷⁷ Siehe *Cranshaw*, DZWIR 2009, 353, 362.

⁷⁸ OLG Koblenz, Urt. v. 11.1.2001, NZG 2001, 759; OLG Karlsruhe, Urt. v. 22.12.2009, BeckRS 2010, 3168, Tz. II.1; *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR, Art. 1 EuGVVO Rn. 20c; *Strobel*, Abgrenzung, S. 226; *Cranshaw*, DZWIR 2009, 353, 362, *Haas/Vogel*, NZG 2011, 455, 456; *Ringle/Willemer*, NZG 2010, 56, 57; *Schwarz*, NZI 2002, 290, 295; a. A. OLG Köln, Urt. v. 28.9.2010, BeckRS 2010, 24180.

⁷⁹ *Hanbold*, IPRax 2002, 157, 163; differenzierend *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Art. 25 EuInsVO Rn. 18.

⁸⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 21.7.2011, NZI 2011, 818.

⁸¹ *Ambach*, Art. 25 EuInsVO, S. 169; *Strobel*, Abgrenzung, S. 212; *Willemer*, vis attractiva, S. 135; *Cranshaw*, DZWIR 2009, 353, 362; *Lüke*, in: FS Schütze, S. 467, 477; a. A. *Haas*, NZG 1999, 1148, 1152.

⁸² *Ambach*, Art. 25 EuInsVO, S. 167.

⁸³ Für eine ausführlichere Behandlung der Rechtsprechung siehe *Strobel*, Abgrenzung, S. 131 ff.

weiter Wirkung ausgestattet. Hinter der Regelung steht wiederum eine Entscheidung des EuGH. In *De Cavel* hatte er festgestellt, dass Sicherungsmaßnahmen nicht unter den Anwendungsbereich des EuGVÜ fallen, wenn die durch sie gesicherten Ansprüche nicht darunter fallen.⁸⁴ Da insolvenzbezogene Entscheidungen aus dem Anwendungsbereich der EuGVVO ausgenommen sind (Art. 1 Abs. 2 b) EuGVVO), gilt dies auch für entsprechende Sicherungsmaßnahmen. Der Verordnungsgeber der EuInsVO schloss diese Lücke im europäischen Anerkennungsregime in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 EuInsVO.⁸⁵

Der zeitliche Anwendungsbereich hängt von der Frage ab, wie der Begriff der Eröffnung auszulegen ist. Zwar spricht Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 EuInsVO nur allgemein von Sicherungsmaßnahmen, die nach Stellung des Antrags getroffen werden, so dass man sämtliche entsprechenden Entscheidungen bis zum Ende des Verfahrens darunter fassen könnte, doch wird aus dem Zusammenspiel mit Art. 16 Abs. 1 und Art. 25 Abs. 1 UAbs. 1 und 2 EuInsVO klar, dass damit nur der Zeitraum von Antragstellung bis Eröffnung gemeint ist.⁸⁶ Für spätere Entscheidungen ist die Norm schlicht unnötig, da sie von den anderen Anerkennungsregeln erfasst werden. Wenn man der *Eurofood*-Rechtsprechung⁸⁷ des EuGH folgt, führt das dazu, dass die Norm nur solche Sicherungsmaßnahmen erfassen würde, die vor Einsetzung eines Verwalters und Anordnung des Vermögensbeschlags angeordnet werden. Da gerade dies meist die ersten Maßnahmen eines Insolvenzgerichts sind, bliebe für Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 EuInsVO kaum Raum. Richtigerweise liegt eine Eröffnung allerdings erst in der Feststellung der Insolvenz mit Einsetzung eines Verwalters unter Anordnung des Vermögensbeschlages.⁸⁸ In deutschen Verfahren erstreckt sich Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 EuInsVO daher auf das Eröffnungsverfahren.

In sachlicher Hinsicht werden alle „Sicherungsmaßnahmen“ anerkannt. Ebenso wie der Begriff der „einstweiligen Maßnahme“ in Art. 31 EuGVVO⁸⁹ ist auch der der Sicherungsmaßnahme in Art. 25 EuInsVO autonom zu bestimmen. Alles andere widerspräche dem Prinzip der Urteilsfreizügigkeit. Der Zweck der Maßnahme muss die Sicherung der Ziele des Insolvenzverfahrens sein. Das erfasst insbesondere Maßnahmen zur Sicherung der Insolvenzmasse, da ansonsten eine Befriedigung der Gläubiger oder eine erfolgreiche Restrukturierung gefährdet werden (vgl. auch Erwägungsgrund 16). Diese Beschränkung auf Maßnahmen zur Sicherung insolvenzspezifischer Ziele ergibt sich auch aus höherrangigem Unionsrecht. Die Eingriffe in die Eigentumsfreiheit des Schuldners sind nur deswegen gerechtfertigt, weil sie auf der Krise des Schuldners beruhen.⁹⁰ Gleichzeitig ergibt sich aus diesem grundrechtlichen Hintergrund, dass unter den Begriff der Sicherungsmaßnahmen nur solche Anordnungen fallen, die

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 27.3.1979 – Rs. C-143/78 (Jacques de Cavel/Louise de Cavel), Slg. 1979, 1055, Tz. 8.

⁸⁵ Virgós/Schmit, Tz. 199.

⁸⁶ Lürer, in: Uhlenbruck, InsO, Art. 25 Rn. 9; Probst, Internationale Zuständigkeit, S. 242; a. A. Ambach, Art. 25 EuInsVO, S. 176; Garašić, Anerkennung Band 1, S. 106.

⁸⁷ EuGH, Urteil v. 2.5.2006 – Rs. C-341/04 (Eurofood IFSC Ltd.), Slg. 2006, I-3813; siehe dazu ausführlich § 5.C.V.

⁸⁸ Siehe dazu ausführlich § 5.C.VI.

⁸⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 17.11.1998 – Rs. C-391/95 (Van Uden Maritime BV/Kommanditgesellschaft in Firma Deco Line u. a.), Slg. 1998, I-7091, Tz. 37; Gottwald, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Art. 31 EuGVVO Rn. 2.

⁹⁰ Siehe dazu § 2.B.I.3.a).

vorläufig ergehen oder zumindest ohne weiteres aufhebbar sind.⁹¹ Bei Maßnahmen vor Eröffnung fehlt es noch an der Feststellung der Insolvenz. Erst deren Vorliegen vermag aber endgültige Maßnahmen zu rechtfertigen.

Wichtigste Sicherungsmaßnahmen sind die Einsetzung eines vorläufigen Verwalters und die Anordnung von Verfügungsbeschränkungen (also gerade die Maßnahmen, die laut *Eurofood* die Eröffnung darstellen).⁹² Der Phantasie sind hier aber keine Grenzen gesetzt. Das Insolvenzstatut entscheidet, welche Anordnungen das Gericht treffen kann. Während des Eröffnungsverfahrens ist das anwendbare Insolvenzrecht analog Art. 4 Abs. 1 EuInsVO die *lex fori*.⁹³ Die EuInsVO hat nur das Insolvenzstatut ab Eröffnung geregelt. Wie sich gerade an Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 EuInsVO zeigt, soll sie aber schon ab Antragstellung eingreifen.⁹⁴ Auch in diesem Zeitraum (Antragstellung bis Eröffnung) muss dann die *lex fori concursus* gelten, denn die Interessenlage unterscheidet sich nicht von der nach Eröffnung. Es ist fast unmöglich für Gerichte, fremdes Insolvenzrecht anzuwenden, da es sich bei dem Insolvenzverfahren um einen dynamischen Prozess handelt.⁹⁵ Zudem sind materielles und prozessuales Recht hier eng verzahnt und teilweise kaum unterscheidbar. Als Alternative käme nur in Betracht, mit dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 EuInsVO das Insolvenzregime des Gerichts für anwendbar zu halten, das letztlich das Verfahren eröffnen wird.⁹⁶ Dies hieße, dass während des Vorverfahrens noch unsicher ist, welches Recht über die Wirksamkeit der Anordnungen und ihre Wirkungen entscheidet, weil bis zur Eröffnung unklar ist, ob sich das Gericht letztlich auch für zuständig nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO hält. Dies würde aber zu unerträglicher Rechtsunsicherheit für die Beteiligten während des Eröffnungsverfahrens führen, eines Verfahrens, das unter Umständen Monate dauern kann. Richtigerweise ist das Recht des anordnenden Gerichts auf die Sicherungsmaßnahmen anwendbar. Dies führt zu einem wandelbaren Insolvenzstatut, abhängig von dem Eröffnungsgericht. Da Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 EuInsVO aber nur vorläufige Maßnahmen erlaubt, schadet diese Wandelbarkeit nicht.

Dagegen kann man das Problem nicht so lösen, dass das Gericht, das die Sicherungsmaßnahmen anordnete, selbst bei fehlender Zuständigkeit das Verfahren eröffnen soll.⁹⁷ Dies widerspräche dem Wortlaut, der Geschichte und dem Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 1 EuInsVO. Denn dann würde ein Recht angewendet, mit dem Schuldner und Gläubiger nicht rechnen konnten. Die cursorische Prüfung der Zuständigkeit, bevor – unter Zeitdruck – erste Sicherungsmaßnahmen angeordnet werden, kann nicht ausreichen, um die internationale Zuständigkeit eines Gerichts zu begründen. Zu diesem Zeitpunkt haben zudem noch nicht alle Beteiligten die Möglichkeit, sich zu

⁹¹ Ähnlich zu Art. 31 EuGVVO EuGH (Van Uden), Fn. 89, Tz. 46 f.; EuGH, Urt. v. 28.4.2005 – Rs. C- 104/03 (St Paul Dairy Industries NV/Unibel Exser BVBA), Slg. 2005, I-3481, Tz. 14.

⁹² Gruber, in: Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EuInsVO, Art. 25 Rn. 12.

⁹³ Implizit Kemper, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Art. 3 EuInsVO Rn. 19; Pannen/Riedemann, in: Pannen, EuInsVO, Art. 4 Rn. 2; Virgós/Schmit, Tz. 78; explizit Weller, ZIP 2009, 2029, 2035 f.; für Art. 14, 21, 22 und 24 EuInsVO Reinhart, NZI 2009, 201, 202 f.; a. A. Berner/Klöhn, ZIP 2007, 106, 108.

⁹⁴ A. A. anscheinend BGH, Beschl. v. 27.11.2003, NZI 2004, 139, 140.

⁹⁵ Eidenmüller, 6 EBOR (2005), 423, 441; ders., RabelsZ 70 (2006), 474, 484; allgemein zum *lex fori*-Prinzip Geimer, IZVR, Rn. 322.

⁹⁶ So anscheinend Liersch, NZI 2004, 141, 142; vgl. auch Eidenmüller, Unternehmenssanierung, S. 972 zur anders gelagerten Frage des Kooperationsstatuts zwischen Antragstellung und Eröffnung.

⁹⁷ Ambach, Art. 25 EuInsVO, S. 273.

äußern. Häufig werden erste Maßnahmen nur aufgrund der Angaben eines einzigen Beteiligten getroffen.⁹⁸

B. Voraussetzungen der Anerkennung

Art. 25 Abs. 1 EuInsVO kennt kaum Voraussetzungen für die Anerkennung der Entscheidungen in seinem Anwendungsbereich. Damit schließt er sich der freizügigkeitsfreundlichen Tendenz von Art. 16 Abs. 1 EuInsVO an. In beiden Normen kommt das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens, auf dem die Verordnung fußt, zum Ausdruck.

I. Entscheidung eines Gerichts

Bei den oben dargestellten Entscheidungen muss es sich um die Entscheidung eines Gerichts handeln. Für den Gerichtsbegriff gilt die weite Definition in Art. 2 d) EuInsVO und das oben unter § 4 Gesagte. Klar gestellt wird vor allem, dass Entscheidungen des Verwalters nicht nach Art. 25 Abs. 1 EuInsVO anzuerkennen sind. Für seine Befugnisse gilt Art. 18 EuInsVO.

II. Wirksamkeit

Auch die Entscheidungen nach Art. 25 Abs. 1 EuInsVO bedürfen zu ihrer Anerkennung nicht der Rechtskraft, sondern nur der bloßen Wirksamkeit nach nationalem Recht. Zwar sieht Art. 25 EuInsVO das im Gegensatz zu Art. 16 Abs. 1 EuInsVO nicht ausdrücklich vor, doch ergibt es sich schon daraus, dass eine Anerkennung ansonsten erst nach Durchlaufen sämtlicher Instanzen möglich wäre. Das widerspräche aber dem Prinzip der Verfahrensökonomie. Parteien würde ein Anreiz geboten, Entscheidungen alleine deswegen anzufechten, um einen Aufschub der Anerkennung zu erlangen. Auch bei Art. 33 EuGVVO reicht die Wirksamkeit einer Entscheidung für die Anerkennung aus.⁹⁹

III. Kein Art. 25 Abs. 3 EuInsVO

Art. 25 Abs. 3 EuInsVO befreit die Mitgliedstaaten von der Pflicht zur Anerkennung von Entscheidungen gemäß Abs. 1, die eine Einschränkung der persönlichen Freiheit oder des Postgeheimnisses zur Folge haben. Unter „Einschränkung der persönlichen Freiheit“ sind nur physische Freiheitsbeschränkungen zu verstehen. Wenn man darunter auch alle Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit fassen würde, bliebe für Sicherungsmaßnahmen im Sinne von Art. 25 Abs. 1 UAbs. 3 EuInsVO kein Raum. Die Anwendung dieser Norm stünde dann im Ermessen der Mitgliedstaaten. Dies widerspräche aber dem Prinzip der Urteilsfreizügigkeit. Dagegen ist das „Postgeheimnis“ durchaus weit zu verstehen. Die Mitgliedstaaten wollten sich die Entscheidung über die

⁹⁸ Siehe Arrondissementgericht Amsterdam, Beschl. v. 31.1.2007, ZIP 2007, 492, 493.

⁹⁹ *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Art. 34 EuGVVO Rn. 3; *Lackmann*, in: Musielak, ZPO, Art. 34 EuGVVO Rn. 1.

Betroffenheit ihrer Bevölkerung in einem besonderen persönlichkeits sensiblen Bereich vorbehalten.¹⁰⁰ Dann ergibt es aber wenig Sinn, nur die klassische Post auszunehmen, über die immer weniger persönliche Mitteilungen versandt werden. Stattdessen ist Art. 25 Abs. 3 EuInsVO als entwicklungsoffene Ausnahme für jede Art der Kommunikation anzusehen. Das bedeutet, dass insbesondere E-Mails, aber auch Textmitteilungen, private Chat-Rooms, Kommentare in sozialen Netzwerken und Ähnliches darunter fallen. „Postgeheimnis“ im Sinne der EuInsVO entspricht also der Kommunikationsfreiheit in Art. 7 EU-Grundrechtecharta. Die Norm ist – unabhängig von der Reichweite des Art. 26 EuInsVO¹⁰¹ – keineswegs überflüssig. Im Gegensatz zu Art. 26 EuInsVO bezieht sie sich gerade nicht auf den jeweiligen nationalen *ordre public*.¹⁰²

Art. 25 Abs. 3 EuInsVO überlässt es den Mitgliedstaaten, zu entscheiden, ob sie diese Entscheidungen anerkennen wollen. Dabei steht ihnen ein weites Ermessen zu. So können sie bestimmen, dass alle oder nur einzelne bestimmte Freiheitsbeschränkungen oder Eingriffe in die Kommunikationsfreiheit von der Anerkennung ausgenommen werden. Es steht ihnen auch offen, die Entscheidung in einem allgemeinen Gesetz zu treffen oder sie den Gerichten im Einzelfall zu überlassen. Das heißt, dass bei einem Schweigen des Gesetzgebers jeder Einzelrichter automatisch darüber befinden kann, ob er Art. 25 Abs. 3 EuInsVO anwenden will.¹⁰³ Art. 25 Abs. 3 EuInsVO spricht zwar ausdrücklich die Mitgliedstaaten an. Von diesen kann man aber nicht schon deswegen eine entsprechende Äußerung erwarten.¹⁰⁴ Art. 25 Abs. 3 EuInsVO ist zwar eine Ausnahme Regelung zu den fundamentalen Prinzipien des gegenseitigen Vertrauens und der Urteilsfreizügigkeit, die nur angewandt werden sollte, wenn ein Mitgliedstaat dies auch wünscht. Äußerungen des nationalen Gesetzgebers würden der Rechtssicherheit dienen. Doch auch bei Art. 26 EuInsVO sind die Mitgliedstaaten direkt adressiert, und auch dort hat die EuInsVO ihnen ein Ermessen eingeräumt. Niemand fordert aber, dass die nationalen Gesetzgeber hier klarstellen müssen, ob sie von dem *ordre public*-Vorbehalt Gebrauch machen wollen. Im Abstrakten haben sie das auch schon zum Ausdruck gebracht, als sie den Vorbehalt in die Verordnung aufnahmen. Ebenso liegt es bei Art. 25 Abs. 3 EuInsVO. Auch hier ist davon auszugehen, dass ein schweigender Gesetzgeber die Entscheidung an die Gerichte delegiert hat. Wünschenswert wären aber entsprechende Signale durchaus.

Das Ermessen der Mitgliedstaaten ist im Wortlaut der Verordnung nicht beschränkt worden. Daraus zu schließen, sie seien vollkommen frei, ist aber voreilig. Auch hier gelten die allgemeinen Regeln des Unionsrechts. Relevant ist vor allem die Pflicht zur Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV. Daraus folgt eine Pflicht der Mitgliedstaaten, ihr nationales Recht so zu gestalten, dass europäische Vorgaben volle praktische Wirksamkeit entfalten.¹⁰⁵ Des Weiteren dürfen die Mitgliedstaaten bei der nationalen Gesetzgebung nicht den Zielen des europäischen Rechts zuwiderhandeln. Über Art. 4 Abs. 3 EUV sind auch sie den Zielen des Unionsrechts verpflichtet.¹⁰⁶ Zu diesen Zie-

¹⁰⁰ Virgós/Schmit, Tz. 193.

¹⁰¹ Siehe dazu § 8.B.I.

¹⁰² Riedemann, in: Pannen, EuInsVO, Art. 25 Rn. 54.

¹⁰³ Mäsch, in: Rauscher, EuZPR, Art. 25 EuInsVO Rn. 7; Reinhart, in: Münchener Kommentar zur InsO, Art. 25 EuInsVO Rn. 20; Ambach, Art. 25 EuInsVO, S. 263.

¹⁰⁴ So aber Gruber, in: Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff, EuInsVO, Art. 25 Rn. 6; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, Art. 25 EuInsVO Rn. 6; Paulus, EuInsVO, Art. 25 Rn. 12.

¹⁰⁵ Kahl, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, Art. 10 EGV Rn. 24; Heinze, EuR 2008, 654, 661.

¹⁰⁶ Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 10 EGV Rn. 4.

len gehört die Schaffung eines einheitlichen Justizraumes (Art. 4 Abs. 2 j) AEUV). Dies bedeutet nicht, dass Art. 25 Abs. 3 EuInsVO etwa leer liefe. Doch es meint, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihres Ermessens nicht aus reiner Obstruktion handeln dürfen. Sie müssen vielmehr zum Schutz der Grundrechte ihrer Bevölkerung oder zumindest aus praktischen Erwägungen (wie Vollstreckungsprobleme) handeln. Daher ist es nicht richtig, dass die Mitgliedstaaten selbst dann nicht zur Anerkennung solcher Entscheidungen verpflichtet seien, wenn ihr eigenes Insolvenzrecht die angeordneten Folgen kennt.¹⁰⁷ In diesem Fall gibt es offensichtlich keinen legitimen Grund, die Entscheidung nicht anzuerkennen, sondern die Option des Art. 25 Abs. 3 EuInsVO wurde nur gewählt, um nationale Interessen durchzusetzen. Vielmehr dürfen sie Art. 25 Abs. 2 EuInsVO nur anwenden, wenn die angeordnete Maßnahme ihrem Insolvenzrecht fremd ist.

IV. Anwendbarkeit der EuInsVO

Ebenso wie bei Art. 16 Abs. 1 EuInsVO¹⁰⁸ ist die Anwendbarkeit der Verordnung auf der Anerkennungsebene nicht zu prüfen.¹⁰⁹ Dies ist allein Sache des Ausgangsgerichts. Teleologisch besteht kein Unterschied zur Situation bei der Anerkennung von Eröffnungsentscheidungen: Eine erneute Überprüfung würde den Prinzipien der Urteilsfreizügigkeit, des gegenseitigen Vertrauens und der Verfahrensökonomie zuwiderlaufen. Zur Anwendbarkeit der EuInsVO gehört nunmehr auch die schwierige Frage der Abgrenzung zur EuGVVO, die sich insbesondere bei Art. 25 Abs. 1 UAbs. 2 EuInsVO stellt. Dass die Anwendbarkeit schwerer zu bestimmen ist, ändert aber nichts daran, dass sie nicht zu überprüfen ist. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens wäre wenig wert, wenn er sich nur auf einfache Entscheidungen beschränkte.

V. Internationale Zuständigkeit

Bekanntlich besteht ein großes Meinungsspektrum hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit für Entscheidungen im Sinne von Art. 25 Abs. 1 EuInsVO. Die Verordnung hat ihren Interpreten hier eines der größten Rätsel aufgegeben, indem sie zwar die Anerkennung und Vollstreckung dieser Entscheidungen geregelt hat, nicht aber die internationale Zuständigkeit, die dem doch vorgehen sollte.¹¹⁰ Wie der BGH in seinem Vorlagebeschluss an den EuGH ausführlich dargelegt hat, gibt es im Wesentlichen drei Meinungsströmungen: Die Entscheidungen nach Art. 25 Abs. 1 EuInsVO fallen unter Art. 3 Abs. 1 EuInsVO (analog), die Zuständigkeitsregeln der EuGVVO sind anwendbar, oder es ist Rückgriff auf das autonome internationale Insolvenzrecht zu nehmen.¹¹¹ In *Deko Marty Belgium* schloss sich der EuGH zu Recht der ersten

¹⁰⁷ So aber *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Art. 25 EuInsVO Rn. 28; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann, InsO*, Art. 25 EuInsVO Rn. 6; *Reinhart*, in: Münchener Kommentar zur InsO, Art. 25 EuInsVO Rn. 19; *Leipold*, in: *Stoll, Vorschläge und Gutachten*, S. 185, 195.

¹⁰⁸ Siehe dazu § 5.B.V.

¹⁰⁹ A. A. *Lüttringhaus/Weber*, RIW 2010, 45, 46.

¹¹⁰ Vgl. *Ambach*, Art. 25 EuInsVO, S. 14. Dies will der Entwurf der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren korrigieren, vgl. COM(2012) 744 final, S. 22.

¹¹¹ BGH, Beschl. v. 21.6.2007, NZI 2007, 538, 539 mit zahlreichen Nachweisen; ausführlich

Meinung an und erklärte Art. 3 Abs. 1 EuInsVO für auf solche Klagen anwendbar.¹¹² Allein dies entspricht dem Ziel der Verordnung, ein einheitliches Regime für grenzüberschreitende Insolvenzen zu schaffen und *forum shopping* zu vermeiden. Dazu muss die Zuständigkeitsfrage auf europäischer Ebene geregelt sein. Bei der Wahl zwischen EuGVVO und EuInsVO ergäbe es aber kaum Sinn, wenn man die Zuständigkeit nach der EuGVVO bestimmte, dann aber die Anerkennungsvoraussetzungen aus der EuInsVO entnähme. Systematisch ist es daher konsequent, auch die EuInsVO über die Zuständigkeit entscheiden zu lassen.

All dies ist aber für eine Diskussion der Anerkennung solcher Entscheidungen ebenso wenig relevant wie eine Diskussion des Begriffs des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen im Rahmen von Art. 16 Abs. 1 EuInsVO. Die internationale Zuständigkeit des Ausgangsgerichts ist bei der Anerkennung einer Entscheidung im Sinne von Art. 25 Abs. 1 EuInsVO nicht zu prüfen.¹¹³ Zwar enthält der Wortlaut der Norm kein solches Verbot, doch ergibt sich dieses schon in systematischer Hinsicht eindeutig: Die einzigen Ablehnungsgründe der EuInsVO sind in Art. 25 Abs. 3 und 26 EuInsVO vorgesehen; im Umkehrschluss folgt daraus, dass sie abschließender Natur sind. Auch im größeren systematischen Zusammenhang wird dieses Ergebnis bestätigt. Die Entscheidungen nach Art. 25 Abs. 1 EuInsVO folgen teilweise kontradiktorischen Verfahren (z. B. bei Anfechtungsklagen). Bei solchen gestattet selbst die EuGVVO eine Nachprüfung der internationalen Zuständigkeit grundsätzlich nicht (Art. 35 Abs. 3 S. 1 EuGVVO). Historisch hat der Verordnungsgeber eine Überprüfung der Zuständigkeit abgelehnt,¹¹⁴ wie er es im 22. Erwägungsgrund ausdrücklich festgestellt hat. Sie entspräche auch nicht den Prinzipien der EuInsVO: Das gegenseitige Vertrauen würde so unterlaufen, die Urteilsfreizügigkeit behindert. Für die Parteien und die Gerichte entstünden bei einer doppelten Prüfung weitere Kosten. Die Rechtssicherheit würde eingeschränkt, wenn widersprüchliche Entscheidungen möglich sind. Damit drohen dann auch positive oder negative Kompetenzkonflikte, die eine effiziente und wirksame Durchführung eines grenzüberschreitenden Insolvenzverfahrens vereiteln. Schließlich würde eine weitere Überprüfung der Zuständigkeit die mitgliedstaatlichen Gerichte in das anfangs¹¹⁵ beschriebene Dilemma stürzen. Es liegt in ihrem Interesse, fremde Entscheidungen, die eigene Bürger betreffen, nicht anzuerkennen, obwohl es im Gesamtinteresse der Mitgliedstaaten liegt, dass eine Anerkennung erfolgt. Die EuInsVO will dieses Dilemma gerade auflösen. Ihre Normen sollten daher so ausgelegt werden, dass sie möglichst wenige Schlupflöcher für rein nationale Interessen bieten.

Fraglich ist, ob sich das ändert, wenn es um Entscheidungen im Sinne von Art. 25 Abs. 1 EuInsVO geht, die von einem Gericht erlassen wurden, das offensichtlich nicht zuständig ist. Dies kann der Fall sein, wenn ein Gericht die EuGH-Rechtsprechung ignoriert und auf insolvenzbezogene Entscheidungen die autonomen Zuständigkeitsvorschriften anwendet. Art. 25 Abs. 1 UAbs. 2 EuInsVO erfasst auch solche Entschei-

Ambach, Art. 25 EuInsVO, S. 185 ff.; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 910 ff.

¹¹² EuGH (Deko Marty Belgium), Fn. 20, Tz. 21; dem folgend OLG Saarbrücken, Beschl. v. 9.4.2009, EuZW 2009, 710, 711; kritisch *Fehrenbach*, IPRax 2009, 492, 494; *Hau*, KTS 2009, 382, 383 f.; *Mock*, ZInsO 2009, 470, 472 und *Mörsdorf-Schulte*, ZIP 2009, 1456, die zu Recht darauf hinweisen, dass dem EuGH eine vertiefte Diskussion der Problematik gut zu Gesicht gestanden hätte.

¹¹³ *Piekenbrock*, KTS 2010, 208, 215.

¹¹⁴ *Virgós/Schmit*, Tz. 79.

¹¹⁵ § 2.A.