

Gelbe Erläuterungsbücher

## EulnsVO 2015

Kommentar

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Peter Mankowski, Dr. Michael F. Müller, Prof. Dr. Jessica Schmidt

*schließliche* Zuständigkeiten verletzt wurden, darf und muss das zweitstaatliche Gericht unter Art. 45 Abs. 1 Brüssel Ia-VO nachprüfen. Sieht man die Parallele zwischen Abs. 1 einerseits und Art. 24 Brüssel Ia-VO andererseits, so ergibt sich zwanglos die Parallele zwischen Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 1 einerseits und Art. 45 Abs. 1 Brüssel Ia-VO andererseits. Den richtigen Umgang mit ausschließlichen Zuständigkeiten darf man nachprüfen. Wer fehlerhaft das COMI bei sich selber annimmt, greift damit in die anderweitig bestehende, *ausschließliche* Zuständigkeit der Gerichte eines anderen Staates ein.<sup>585</sup>

Ganz vorherrschend jedoch reduziert man Art. 19 Abs. 1 und eliminiert aus dem Wortlaut die Wortgruppe „ein nach Abs. 1 zuständiges Gericht“. Stattdessen muss man nun eben lesen: „ein Gericht, das behauptet, nach Abs. 1 zuständig zu sein“. Art. 19 Abs. 1 sei eben missverständlich formuliert, wird lapidar in den Raum gestellt.<sup>586</sup> Die frühere Eröffnung entfalte Sperrwirkung, und die spätere sei rechtswidrig.<sup>587</sup> Eine Nachprüfung zuzulassen zerstöre die Effizienz.<sup>588</sup> Der Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 sei nicht tragfähig, denn anderenfalls fiele ja das (nirgends in der EuInsVO ausdrücklich festgeschriebene!) Prioritätsprinzip in sich zusammen.<sup>589</sup> In Deutschland darf sich der Gesetzgeber des Art. 102 § 3 EGInsO bestätigt sehen. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens soll alles überstrahlen.<sup>590</sup> Art. 102 § 3 Abs. 1 EGInsO kann jedoch keine weitergehende Sperre des nationalen Rechts mit sich bringen,<sup>591</sup> sondern muss sich im unionsrechtlichen Rahmen bewegen.<sup>592</sup> Er ist daher im richtig verstandenen Lichte des Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 1 ebenfalls dahingehend zu lesen, dass das eröffnende Gericht nach Art. 3 zuständig sein muss. Aus Art. 19 Abs. 2 S. 1 lässt sich kein gegenläufiger Umkehrschluss entnehmen.<sup>593</sup> Vielmehr setzt diese Norm gerade voraus, dass eine Anerkennung nach Art. 19 Abs. 1 stattfindet und erlaubt deshalb keine Rückkoppelung auf die Auslegung des Art. 19 Abs. 1.

Nach der ganz herrschenden Ansicht soll man die fremde Zuständigkeit nicht überprüfen. Dem liegt die Unterstellung zugrunde, das fremde Gericht habe die Zuständigkeit bereits geprüft, und diese Prüfung soll nicht wieder aufgerollt werden. Diese Basisannahme ist indes fragwürdig. Das Out of Court Appointment des englischen Rechts und andere Phänomene, bei denen keine wirkliche Zuständigkeitsprüfung erfolgt, widerlegen sie.<sup>594</sup> In dem auf sec. 22 Schedule B 1 Insolvency Act 1986, eingeführt durch Enterprise Act 2002, gestützten Verfahren des Out of Court Appointment bestellen sich die joint administrators über das Unternehmen oder dessen directors, ohne dass das Gericht eine eigentliche Administration Order erlassen müsste. Die Geschäftsführungsorgane können sich ihre administrators selbst aussuchen und schicken dem Gericht nur ein Formblatt. Die Chancery Division prüft die internationale Zuständigkeit der englischen Gerichte praktisch vor der Eröffnung nicht eigentätig, sondern verlässt sich im Rahmen des schnellen Verfahrens

<sup>585</sup> Ähnlich *Khairallah* in Jault-Seseke/Robine (dir.), *L'effet international de la faillite*, 2004, S. 55, 60.

<sup>586</sup> OLG Wien ZIK 2005/28, 37 = NZI 2005, 56, 58 m. Anm. *Paulus*; *P. Huber* ZZZ 114 (2001), 133, 145f.; *Smid*, *Europäisches Internationales Insolvenzrecht*, 2002, S. 66; *Kolmann* S. 282; *Burgstaller/Neumayr/Kodek* Art. 19 EuInsVO Rn. 11 (Feb. 2003).

<sup>587</sup> *Kebekeus* Insolvenz-Forum 2004, 85, 88.

<sup>588</sup> *Keggenhoff* S. 73.

<sup>589</sup> *Jacoby* GPR 2007, 200, 203.

<sup>590</sup> EuGH –Slg. 2006, I-3813, I-3870 = NZI 2006, 360, 361 Rn. 39f. – *Eurofood IFSC Ltd.*

<sup>591</sup> Entgegen *Smid* DZWIR 2003, 397, 401; *Sabel* NZI 2004, 126, 127 sowie *B. Wessels* (2004) *Eur. Bus. L. Rev.* 73, 78.

<sup>592</sup> Vgl. – in anderem Zusammenhang – *Rauscher/Mäsch* Rn. 42.

<sup>593</sup> Entgegen *P. Huber* FS Heldrich, 2005, S. 679, 682.

<sup>594</sup> *Mankowski* EWiR Art. 3 EuInsVO 3/07, 177, 178; vgl. auch *Ballmann* BB 2007, 1121, 1123.

ungeprüft auf die Angaben der Antragsteller. Nur ausnahmsweise wird Art. 33 helfen können.<sup>595</sup>

- 173 Was man mit der rechten Hand bei den Zuständigkeitstatbeständen durch sachgerechte, einschränkende Auslegung des COMI gewinnt, gibt die herrschende Ansicht mit der linken Hand bei der Anerkennung wieder auf. Das angerufene Gericht braucht nur schnell genug zu eröffnen und verbatim seine Zuständigkeit auf Abs. 1 zu stützen. Im Extremfall ist dafür nicht einmal eine Begründung nötig, sondern es reicht die bloße Behauptung. Forum shopping wird mittelbar gefördert und keinesfalls bekämpft.<sup>596</sup> Die Anreize, der je nationalen Verwalterbranche in die Hände zu spielen und sich selber zum Zentrum des Verfahrens aufzuschwingen, bestehen fort. Dies provoziert zum einen Rechtsmittel seitens der enttäuschten Auslandsgläubiger der Töchter im Eröffnungsstaat,<sup>597</sup> die einer zügigen Insolvenzabwicklung nicht förderliche Verzögerungen mit sich bringen,<sup>598</sup> und zum anderen die Eröffnung von Sekundärinsolvenzen in den Sitzstaaten der Töchter. Gängiges Muster der Insolvenzen grenzüberschreitender Mittelstandskonzerne ist, dass an einem Tag die Hauptinsolvenz über eine Tochter in einem anderen Staat als deren Sitzstaat und am nächsten Tag eine Sekundärinsolvenz an der Hauptniederlassung der Tochter eröffnet wird.
- 174 Verfahrensdoppelung, Koordinationsnotwendigkeiten und erhöhte Kosten sind die Folge. Außerdem spielt die fehlende Kontrolle möglicher Korruption in die Hände.<sup>599</sup> Kollusives Zusammenwirken zwischen Interessierten und angerufenen Insolvenzrichtern wird belohnt. Hier drohen sehr unerfreuliche Entwicklungen. Blockierende Torpedos, Verschleppungstaktiken (in beiderlei Wortsinn), Firmenbestatungen am europäischen Ende der Welt (aber offiziell mit Insolvenzantrag, um jedweden Strafbarkeitsrisiken zu begegnen), Erpressungspotenzial für Sondervorteile, indem man sich den Antrag gleichsam abkaufen lässt, und sehr interessante Verhandlungen im Vorfeld lassen sich mühelos prophezeien.<sup>600</sup> Strikte Priorität droht hier wie unter Art. 29–32 Brüssel Ia-VO zudem in Konflikt mit Art. 6 EMRK zu geraten, weil sie Blockadestrategien erlaubt.<sup>601</sup> Die Folgeprobleme der liberalen Anerkennung sind immens.
- 175 Würde man die Entscheidung über die internationale Zuständigkeit nachprüfen dürfen, so wären demgegenüber ein effektiver Kontrollmechanismus und effektive Anreize gegeben, das COMI nicht vorschnell anzunehmen. Dem forum shopping innerhalb wie außerhalb einer Gruppe würde ein Stück weit entgegengesteuert. Zugestanden sei allerdings, dass dann Verfahrenskollisionen drohen könnten, weil zwei Hauptinsolvenzen eröffnet werden, wenn das später angerufene Gericht das COMI bei sich und nicht im Staat des zuerst eröffnenden Gerichts sieht.<sup>602</sup> Dies wäre aber das kleinere Übel.<sup>603</sup>
- 176 Eine strikte Orientierung am Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 läuft auf eine Nachprüfung hinaus, ob das Erstgericht wirklich nach Abs. 1 international zuständig war. Der

<sup>595</sup> So immerhin AG Nürnberg ZIP 2007, 81 (dazu *Duursma-Kepplinger* EWiR Art. 26 EuInsVO 1/07, 81) im Brochier-Verfahren; siehe aber kritisch dazu *Paulus* EWiR Art. 3 EuInsVO 2/07, 175, 176.

<sup>596</sup> Vgl. *Braun* NZI 1/2004, V, VI; *M. Kübler* FS Gerhardt, 2004, S. 527, 554; *Rémery* Rev. sociétés 2006, 371, 374.

<sup>597</sup> Vgl. *M. Kübler* FS Gerhardt, 2004, S. 527, 559, 562.

<sup>598</sup> *Lüer* FS Greiner, 2005, S. 201, 211.

<sup>599</sup> *Mankowski* BB 2006, 1753, 1756.

<sup>600</sup> *Mankowski* BB 2006, 1753, 1756.

<sup>601</sup> Siehe *Bachner* ECFLR 2006, 310, 325–327.

<sup>602</sup> Vgl. die Prag-Hamburger Kollision in StadtG Prag ZIP 2005, 1431 einerseits und LG Hamburg ZIP 2005, 1697; *Herchen* ZIP 2005, 1401 andererseits.

<sup>603</sup> *Mankowski* BB 2006, 1753, 1756.

Prüfungsmaßstab ist festgelegt und normativ klar: Es ist der Maßstab für die Lokalisierung des COMI unter Abs. 1. Man beschränkt sich nicht auf eine Kontrolle auf evidente oder grobe Fehler. Auch eine Differenzierung nach dem Begründungsaufwand, welchen das Erstgericht getrieben hat, oder danach, ob das Erstgericht seine Zuständigkeit auf den Sitzungssitz oder auf eine Widerlegung der Vermutung aus Abs. 1 S. 2 gestützt hat,<sup>604</sup> ist bei konsequenter Normanwendung überflüssig.

**5. Genetisches Gegenargument?** Andererseits scheint dem systematischen Ge- 177  
 schluss und dem grammatischen Argument ein genetisches Argument entgegen-  
 zustehen: Der Bericht *Virgós/Schmit* besagt, dass das tatsächliche Vorliegen der Vor-  
 aussetzungen des Art. 3 keine Anerkennungsvoraussetzung sei und auch nicht über  
 den Umweg des Art. 26 dazu werden dürfe.<sup>605</sup> Zugleich wird indes hervorgehoben,  
 dass die Anerkennung einer Hauptinsolvenz ihre Legitimation, ihre innere Berechti-  
 gung, aus der mit Art. 3 bezweckten Konzentrationswirkung ziehe.<sup>606</sup> Genau dies  
 wird aber im Kern verfehlt, wenn man die bloße Behauptung, dass Art. 3 erfüllt sei,  
 ausreichen ließe.<sup>607</sup>

**6. Praktische Auflösung positiver Kompetenzkonflikte.** Die Auflösung 178  
 eines positiven Kompetenzkonflikts ergibt sich aus Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 1: Eine  
 Hauptinsolvenz, die nicht im wahren Staat des COMI eröffnet ist, ist in den anderen  
 Mitgliedstaaten nicht anzuerkennen. Mangels Anerkennung entfaltet sie in den ande-  
 ren Mitgliedstaaten keine Wirkung. Vielmehr erkennen diese Mitgliedstaaten dieje-  
 nige (und nur diejenige) Hauptinsolvenz an, die im wahren Staat des COMI eröffnet  
 wird. Der sich aus der Sicht der anderen Staaten zu Unrecht als Hauptinsolvenzver-  
 walter gerierende Verwalter der nicht anzuerkennenden Insolvenzen kann keine im  
 Ausland wirksamen Handlungen vornehmen und wird insoweit abgeblockt. Allein  
 der sich zu Unrecht als Staat des COMI gerierende Staat wird an der in ihm eröffne-  
 ten Hauptinsolvenz festhalten. Der Sache nach entfaltet diese nirgends sonst aner-  
 kannte Insolvenzen damit nur in jenem Staat territoriale Wirkung, und ihr extraterrito-  
 rialer Geltungsanspruch geht ins Leere. Sie entspricht in ihrer Wirkung, wenn auch  
 nicht in ihrem Anspruch, einer Sekundärinsolvenz. Die Koordination zwischen Ver-  
 waltern und Gerichten sollte sich entsprechend Art. 42 vollziehen. Art. 42 enthält –  
 jenseits des Abs. 3 – verallgemeinerungsfähige Gedanken und kann sich selbst bei der  
 Koordination von Hauptinsolvenzen über verschiedene Schuldner bewähren. Ver-  
 ständigen sich die Beteiligten auf Protocols, so ist dies der eleganteste Weg aus dem  
 Kompetenzkonflikt.<sup>608</sup>

#### IV. Negative Kompetenzkonflikte

**1. Europäische Ebene.** Hat der Schuldner sein COMI in einem Staat, lehnen 179  
 die Gerichte dieses Staates die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens jedoch ab,  
 weil sie das COMI nicht in diesem Staat verorten, so droht ein negativer Kompetenz-  
 konflikt: Die Gerichte im Staat des COMI sehen die Dinge anders und werden nicht  
 tätig, Gerichte in anderen Staaten aber können nicht tätig werden, weil es ihnen an  
 der nötigen internationalen Zuständigkeit fehlt. In letzter Konsequenz würde ein sol-  
 cher negativer Kompetenzkonflikt bei allseitiger Untätigkeit dazu führen, dass über-  
 haupt kein Insolvenzverfahren über das Vermögen des betreffenden Schuldners eröff-  
 net werden könnte.

<sup>604</sup> Dahin *Vállens* JCP E 2006, 1220, 1224 unter Bezugnahme auf EGMR 16.12.1992, Serie A Nr. 252 Rn. 33 – Hadjianassou; EGMR 19.4.1994, Serie A Nr. 288 Rn. 61 – Van de Hurk.

<sup>605</sup> Bericht *Virgós/Schmit* Nr. 202, 148.

<sup>606</sup> Bericht *Virgós/Schmit* Nr. 148.

<sup>607</sup> *Mankowski* EWiR Art. 3 EuInsVO 3/03, 767, 768.

<sup>608</sup> Siehe *Kompat* S. 92.

- 180 Quelle des Konflikts ist die unzutreffende faktische oder rechtliche Beurteilung durch die Gerichte des Staates, in welchem das COMI bei richtiger Beurteilung liegt.<sup>609</sup> Beispielsweise mag der Schuldner falsche Angaben zum Geschäftsbetrieb gemacht haben, sodass das Gericht am wahren COMI den Charakter der schuldnerischen Gesellschaft als bloße Scheinauslandsgesellschaft nicht erkennt und deshalb die Eröffnung einer Hauptinsolvenz unter Hinweis auf den im Ausland belegenen Sitzungssitz abgelehnt hat; das Gericht am Sitzungssitz wiederum dürfte nicht eröffnen, weil unter Berücksichtigung des Abs. 1 S. 2 das COMI dort liegt, wo die Scheinauslandsgesellschaft ausschließlich ihre geschäftliche Aktivität entfaltet.<sup>610</sup>
- 181 Abhilfe könnte zum einen die Eröffnung eines Partikularinsolvenzverfahrens in einem anderen Staat als jenem des COMI schaffen.<sup>611</sup> Alternative dazu wäre die Eröffnung eines Partikularinsolvenzverfahrens im realen Staat des COMI.<sup>612</sup> Hier könnte namentlich der Gedanke der Notzuständigkeit zum Zuge kommen.<sup>613</sup> In einer speziellen Ausprägung findet sich dieser Gedanke in Abs. 4 S. 1 lit. a, und er könnte, wenn auch in Maßen, der Verallgemeinerung fähig sein. Eine analoge Anwendung des Abs. 4 S. 1 lit. a<sup>614</sup> würde allerdings als solche kein Forum schaffen, denn diese Norm ist kein Anknüpfungstatbestand für die Zuständigkeit, sondern befasst sich nur mit anderen Aspekten.<sup>615</sup>
- 182 **2. Keine grenzüberschreitende Verweisung.** Eine grenzüberschreitende Verweisung für Insolvenzsachen ist selbst innerhalb der EU nicht möglich.<sup>616</sup> Das verweisende Gericht kann das verwiesene ausländische Gericht nicht an seine eigene Beurteilung, wo das COMI liegt, binden.<sup>617</sup> Dafür fehlt es an der entsprechenden Ermächtigung in der EuInsVO. Dies beruht auf Souveränitätserwägungen: Kein Staat gesteht einem anderen Staat zu, dass die eigenen Gerichte von dessen Gerichten gebunden werden könnten.<sup>618</sup> Man kann ergänzend einen stützenden Schluss aus Art. 15 Abs. 1 lit. b, Abs. 5; 19 Abs. 3 S. 2 Brüssel IIa-VO ziehen.<sup>619</sup>
- 183 Wer eine Verweisungsmöglichkeit bejaht, will Probleme, die aus der Nichterfüllung von Antragspflichten resultieren könnten, möglichst vermeiden.<sup>620</sup> Der Antragsteller soll nicht ein zweites Verfahren ab ovo neu anstrengen müssen und dadurch Gefahr laufen, Fristen zu versäumen. Er soll sich insbesondere nicht vorhalten lassen müssen, seiner Antragspflicht nicht genügt zu haben, weil er erst zu spät Antrag beim richtigen, zuständigen Gericht gestellt hat.<sup>621</sup> Gegen diesen Vorwurf sollte eine sach-

<sup>609</sup> *Mélin Bull. Joly Sociétés* 2005, 927, 931 sowie *Leutner/Langner ZInsO* 2005, 575, 577.

<sup>610</sup> *Leutner/Langner ZInsO* 2005, 575, 577.

<sup>611</sup> *De Cesari RDIPP* 2003, 54, 65; *ders./Montella S. 11f.*; *Chaput, Étude offertes à Jacques Béguin*, 2005, S. 107, 111.

<sup>612</sup> *Mélin Bull. Joly Sociétés* 2005, 927, 931.

<sup>613</sup> Siehe *de Cesari RDIPP* 2003, 55, 65; *Calvo Caravaca/Carrascosa González* no. 214.

<sup>614</sup> Dafür *de Cesari RDIPP* 2003, 55, 65.

<sup>615</sup> *Calvo Caravaca/Carrascosa González* no. 215 melden andere Zweifel an: Auch Art. 3 Abs. 4 S. 1 setze wie die gesamte EuInsVO voraus, dass sich das COMI in der EU (außer Dänemark) befinde.

<sup>616</sup> *OLG Linz ZIK* 2004/230, 178; *Smid DZWIR* 2005, 64, 67; *Carstens S. 101*; *Mankowski NZI* 2006, 487; *M. Wagner EWiR Art. 3 EuInsVO* 7/06, 433, 434; *Rauscher/Mäsch Rn. 45*. Anderer Ansicht *AG Hamburg NZI* 2006, 486 = *ZIP* 2006, 1105 = *ZInsO* 2006, 559, 560; *Brenner EWiR Art. 3 EuInsVO* 4/03, 925, 926.

<sup>617</sup> *AG Hamburg NZI* 2006, 486; *Vallender KTS* 2005, 283, 298; *Mankowski NZI* 2006, 487, 488.

<sup>618</sup> Siehe nur *Grunsky FS Fenge*, 1996, S. 63, 65; *Rauscher/Mankowski Art. 27 Brüssel Ia-VO Rn. 6*.

<sup>619</sup> *Rauscher/Mankowski Art. 27 Brüssel Ia-VO Rn. 6*.

<sup>620</sup> *AG Hamburg NZI* 2006, 486.

<sup>621</sup> *AG Hamburg NZI* 2006, 486.

gerechte Auslegung der Insolvenzantragspflicht und der an diese anknüpfenden Straf- und Haftungstatbestände dem Antragsteller gleichermaßen helfen,<sup>622</sup> wenn ein Antrag gutgläubig beim falschen Gericht gestellt wurde.

**3. Art. 102 § 3 Abs. 2 EGIInsO.** Der deutsche Gesetzgeber hat in Art. 102 § 3 Abs. 2 EGIInsO eine legislative Teillösung für negative Kompetenzkonflikte unter der EuInsVO aF0 versucht: Wenn ein Gericht in einem anderen Mitgliedstaat die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens abgelehnt hat, weil nach Abs. 1 die deutschen Gerichte zuständig seien, so darf ein deutsches Insolvenzgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht ablehnen, weil die Gerichte des anderen Mitgliedstaates zuständig seien. Ausländische Gerichte kann dies indes nicht binden. Art. 102 § 3 Abs. 2 EGIInsO kann keine negativen Kompetenzkonflikte lösen, an denen deutsche Gerichte nicht beteiligt sind. **184**

Im Übrigen zwingt Art. 102 § 3 Abs. 2 EGIInsO die deutschen Gerichte keineswegs dazu, automatisch und zwingend das COMI in Deutschland anzunehmen, weil das Gericht des anderen Mitgliedstaates das COMI in Deutschland sieht. Er spricht der Begründung des ausländischen Gerichts nicht die Wirkung eines bindenden Verweisungsbeschlusses zu und ordnet keine entsprechende Anwendung des § 281 ZPO an. Vielmehr kann ein deutsches Gericht die Eröffnung einer Hauptinsolvenz immer noch ablehnen, weil es das COMI in einem weiteren, dritten Mitgliedstaat sieht.<sup>623</sup> **185**

**4. Eingeschränkte Bindungswirkung der erststaatlichen Entscheidung.** **186**  
Auf der unionsrechtlichen Ebene bestehen zur Lösung eines negativen Zuständigkeitskonflikts nur wenige Momente, die im Ergebnis den Wertungen des Art. 102 § 3 S. 2 EGIInsO entsprechen:<sup>624</sup> Das zweitbefasste Gericht muss akzeptieren, dass das erststaatliche Gericht die Eröffnung eines Hauptverfahrens abgelehnt hat und das COMI nicht im Erststaat verortet. Insoweit darf es die internationale Zuständigkeit des Zweitstaates nicht mit der Begründung ablehnen, das COMI sei im Erststaat. Zwar tritt gemeinhin keine Bindung an Gründe und Grundlage einer Entscheidung an, jedoch steht mit der ablehnenden erststaatlichen Entscheidung auch in Tenor und bindendem Ausspruch fest, dass im Erststaat keine Hauptinsolvenz eröffnet wird. Der Zweitstaat kann daher die Eröffnung nur ablehnen, wenn er das COMI nicht bei sich, sondern in einem anderen Staat (sei es ein dritter Mitgliedstaat, sei es ein Drittstaat) sieht. Dies gebietet auch der unionsrechtliche Schutz des Vertrauens von Verfahrensbeteiligten.<sup>625</sup>

## F. Einschränkende Voraussetzungen für isolierte Partikularinsolvenzen (Abs. 4)

### I. Grundsätzliches

Abs. 4 S. 1 stellt verordnungsautonom besondere Eröffnungskriterien für isolierte Partikularinsolvenzen auf. Diese Kriterien sind in allen Mitgliedstaaten verbindlich und lassen dem nationalen Recht keine Spielräume für Abweichungen. Sie sind zusätzlich zu allen Kriterien des nationalen Rechts zu erfüllen. Eine isolierte Partikula- **187**

<sup>622</sup> *Mankowski* NZI 2006, 487, 488.

<sup>623</sup> Siehe nur *Vällender* KTS 2005, 283, 299; *Andres/Leithaus/Dahl* Art. 102 § 3 EGIInsO Rn. 3; *Rauscher/Mäsch* Rn. 46.

<sup>624</sup> *Chalupsky* in *Baudenbacher* (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts*, 1998, S. 297, 341; *D-KDC EuInsVO/Duursma-Kepplinger* Rn. 36; *Carstens* S. 100f.; *MüKoBGB/Kindler* IntInsR Rn. 165.

<sup>625</sup> Siehe *Rauscher/Mäsch* Rn. 47.

rinsolvenz ist auch dann nicht zu eröffnen, wenn zwar alle Voraussetzungen nach nationalem Recht einschließlich eines Eröffnungsgrundes vorliegen, es aber an den Kriterien des Abs. 4 S. 1 fehlt.<sup>626</sup> Isolierte Partikularinsolvenzen sind eine Durchbrechung der Universalität und müssen Ausnahme bleiben.<sup>627</sup>

- 188 Insgesamt stellt Abs. 4 S. 1 drei Voraussetzungen auf, von denen wenigstens eine vorliegen muss. Lit. b enthält zwei Tatbestände. Diese beiden Tatbestände stehen zueinander wie zu lit. a im Verhältnis der Disjunktivität. Damit Abs. 4 S. 1 genügt ist, reicht es hin, wenn einer der drei Tatbestände erfüllt ist. Die disjunktive Verknüpfung jeweils durch „oder“ (und Äquivalente in den anderen Sprachen) ist eindeutig.
- 189 Indem Abs. 4 S. 1 zusätzliche Eröffnungsvoraussetzungen verordnungsautonom und mit dem Anwendungsvorrang einer Verordnung vorgibt, macht er eine Wertung deutlich: Tendenziell ist eine isolierte Partikularinsolvenz der EuInsVO eher unsympathisch.<sup>628</sup> Die EuInsVO möchte im Prinzip ein zentrales Verfahren und dies als Hauptinsolvenz im Staat des COMI. Begleitende Sekundärinsolvenzen werden hingenommen und akzeptiert. Isolierte Partikularinsolvenzen dagegen führen nicht zur Liquidation und Sanierung des Schuldners insgesamt, sondern verfolgen nur begrenzte Zwecke. Entsprechend soll die isolierte Partikularinsolvenz möglichst sparsam und so wenig wie möglich zum Einsatz kommen.<sup>629</sup>
- 190 Abs. 4 S. 1 soll einschränkend wirken. Dem liefe es zuwider, wenn man ihm umgekehrt eine unionsrechtliche Garantie für ein Recht, die Eröffnung einer isolierten Partikularinsolvenz zu beantragen, entziehen und einer solchen Garantie Vorrang vor einem nationalen Recht zubilligen wollte, das kein solches Antragsrecht kennt.<sup>630</sup>

## II. Unmöglichkeit einer Hauptinsolvenz im Staat des COMI (Abs. 4 S. 1 lit. a)

- 191 Die zentrale Frage für Abs. 4 S. 1 lit. a lautet, ob die Unmöglichkeit einer Hauptinsolvenz abstrakt oder konkret zu verstehen ist. Wenn sie abstrakt zu verstehen ist,<sup>631</sup> beschränkt sich Abs. 4 S. 1 lit. a weitgehend auf Fälle, in denen es an einer nach dem Recht des COMI-Staates erforderlichen persönlichen Insolvenzvoraussetzung fehlt. Dann ist lit. a im Wesentlichen eine Regelung für die Fälle der reinen „Kaufmannsinsolvenz“ nach dem Recht des COMI oder für eine fehlende Verbraucherinsolvenz.<sup>632</sup> Der Grund, dessentwegen keine Hauptinsolvenz eröffnet wird, muss bei diesem Ansatz außerhalb des konkreten Verfahrens liegen.<sup>633</sup> Wenn die Unmöglichkeit einer Hauptinsolvenz dagegen konkret zu verstehen ist, dann sind zB auch Fälle erfasst, in denen der COMI-Staat konkret mangels Masse kein Insolvenzverfahren eröffnet oder eine Überschuldung gegenwärtig noch ablehnt.<sup>634</sup>
- 192 Ob es anachronistisch ist, noch eine (Partikular-)Insolvenz zuzulassen, obwohl der hauptsächlich betroffene COMI-Staat keine Hauptinsolvenz eröffnet, ist eine rechts-

<sup>626</sup> Siehe Rb. Kh. Dendermonde R.W. 2005–6, 595, 596.

<sup>627</sup> Bericht *Virgós/Schmit* Nrn. 84f.; EuGH Slg. 2011, I-11525 Rn. 22 – Procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen/Zaza Retail BV; J. *Schmidt* EWIR Art. 3 EuInsVO 4/11, 807, 808.

<sup>628</sup> Siehe nur *Balz* ZIP 1996, 948, 949; *Leible/Staudinger* KTS 2000, 533, 548; D-KDC EuInsVO/*Duursma-Kepplinger* Rn. 86, 87; *Reisch/Winkler* ZIK 2004/96, 80, 81f.

<sup>629</sup> *Paulus* Rn. 57.

<sup>630</sup> So aber D-KDC EuInsVO/*Duursma-Kepplinger/Chalupsky* Rn. 94; *Reisch/Winkler* ZIK 2004/96, 80, 83; *Paulus* Rn. 62.

<sup>631</sup> Dafür *KPB/Kemper* Rn. 31 (2004).

<sup>632</sup> Bericht *Virgós/Schmit* Nr. 85; *Rauscher/Mäscher* Art. 3 Rn. 29.

<sup>633</sup> D-KDC EuInsVO/*Duursma-Kepplinger* Rn. 89; *KPB/Kemper* Rn. 31 (2004).

<sup>634</sup> Vgl. *C. Becker* ZEuP 2002, 287, 303.

politische Frage,<sup>635</sup> die Abs. 4 S. 1 lit. a durch seine bloße Existenz mit „Nein“ beantwortet.

Unter Abs. 4 S. 1 lit. a ist die isolierte Partikularinsolvenz subsidiär<sup>636</sup> und hat eine Ersatzfunktion.<sup>637</sup> Die isolierte Partikularinsolvenz tritt in diesen Konstellationen gleichsam an die Stelle der nicht zustande gekommenen Hauptinsolvenz und realisiert in Grenzen der Gedanken des forum necessitatis, der Notzuständigkeit.<sup>638</sup> Dies spricht dafür, Abs. 4 lit. a in allen Fällen anzuwenden, in denen keine Hauptinsolvenz im COMI-Staat zustande kommt. Dies gilt auch und gerade für Eigenanträge. Abs. 4 S. 1 lit. b entfaltet gegen sie keine Sperrwirkung, sondern ist ein weiterer disjunktiver Tatbestand. **193**

Konkrete Unmöglichkeit einer Hauptinsolvenz im COMI-Staat liegt nicht bereits immer dann vor, wenn ein Insolvenzantrag im COMI-Staat abgewiesen worden ist.<sup>639</sup> Vielmehr muss es darauf ankommen, inwieweit der Grund, aus dem heraus die Eröffnung im COMI-Staat abgelehnt worden ist, nur auf den dortigen Antrag konkret bezogen war oder allen Insolvenzanträgen dort entgegenstehen würde.<sup>640</sup> Eine Abweisung wegen Formfehlers oder mangelnder Antragsberechtigung des konkreten Antragstellers belegt nicht, dass im COMI-Staat schlechterdings keine Hauptinsolvenz über das Vermögen des Schuldners eröffnet werden könnte.<sup>641</sup> Dies ist aber nicht identisch mit einer Grenzziehung zwischen einer Nichteröffnung aus Rechtsgründen und einer Nichteröffnung aus tatsächlichen Gründen. Vielmehr lautet die Testfrage: Würde im Staat des COMI jeder Insolvenzantrag scheitern oder nur der konkret gestellt oder nur einer des konkreten Gläubigers?<sup>642</sup> **194**

Jedenfalls erfasst sind von Abs. 4 S. 1 lit. a die Fälle, in denen nach dem Recht des COMI-Staates abstrakt kein Verfahren über eine bestimmte Kategorie von Schuldnern eröffnet wird, zB kein Verbraucherinsolvenzverfahren vorgesehen ist.<sup>643</sup> Zuvörderst trifft dies Privatpersonen in solchen Ländern des romanischen Rechtskreises, die wie Frankreich und Belgien, aber auch Ungarn und Polen, nur die Kaufmanns- oder Unternehmensinsolvenz kennen.<sup>644</sup> **195**

Abstrakt greift Abs. 4 S. 1 lit. a auch dann, wenn eine bestimmte Kategorie juristischer Personen oder öffentlicher Unternehmen nach dem Recht des COMI-Staates nicht insolvenzfähig ist.<sup>645</sup> Dies trifft insbesondere öffentliche Unternehmen, die nach dem Recht ihres Heimatlandes der Insolvenz entzogen werden.<sup>646</sup> **196**

<sup>635</sup> Cranshaw DZWIR 2014, 473, 474.

<sup>636</sup> Cranshaw DZWIR 2014, 473, 474.

<sup>637</sup> Martini ZInsO 2002, 905, 909; Poertzen/Adam ZInsO 2006, 505, 506; Mankowski NZI 2012, 103; Fehrenbach S. 195 mwN.

<sup>638</sup> Calvo Caravaca/Carrascosa González no. 178; Mankowski NZI 2012, 103.

<sup>639</sup> Gebauer/Wiedmann/Haubold Kap. 30 Rn. 62.

<sup>640</sup> Mäsch LMK 2012, 329799; Rauscher/Mäsch Art. 3 Rn. 29.

<sup>641</sup> Gebauer/Wiedmann/Haubold Kap. 30 Rn. 62; Rauscher/Mäsch Rn. 29.

<sup>642</sup> Mankowski NZI 2012, 103; siehe auch EuGH Slg. 2011, I-11525 Rn. 24 – Procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen/Zaza Retail BV.

<sup>643</sup> Bericht Virgós/Schmit Nr. 85; D-KDC EuInsVO/Duursma-Kepplinger Rn. 88; Nerlich/Römermann/Mincke Rn. 34, MüKoBGB/Kindler IntInsR Rn. 184; Rauscher/Mäsch Rn. 29.

<sup>644</sup> Paulus Rn. 59.

<sup>645</sup> Bericht Virgós/Schmit Nr. 85; Paulus Rn. 60.

<sup>646</sup> Bericht Virgós/Schmit Nr. 85; HHGH/Haß/Herweg Rn. 50 (2005).



### III. Forderung des antragstellenden Gläubigers aus dem Betrieb der Niederlassung (Abs. 4 S. 1 lit. b i))

- 197 Den notwendigen Bezug zum Niederlassungsstaat muss die (Insolvenz-)Forderung des antragstellenden Gläubigers herstellen, indem sie aus dem Betrieb der zuständigkeitsbegründenden Niederlassung stammt. Ob ein hinreichender Bezug zum Betrieb der Niederlassung oder ein Zusammenhang mit diesem Betrieb besteht, ist nach denselben Maßstäben zu beurteilen wie unter Art. 2 Nr. 11 und unter Art. 7 Nr. 5 Brüssel Ia-VO, der ebenfalls das Kriterium des Niederlassungsbezugs verwendet.<sup>647</sup> Der Schuldner selbst muss durch Aktivitäten seiner Niederlassung einen Zusammenhang zwischen Forderung und Niederlassung hergestellt haben.<sup>648</sup> Dieser Zusammenhang kann vertraglicher, deliktischer oder sonstiger Natur sein.<sup>649</sup> Eine Einschränkung auf Forderungen gerade aus der wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners über die Niederlassung ist nicht veranlasst.<sup>650</sup>
- 198 Bei einer Forderung aus Vertrag muss die Niederlassung entweder am Abschluss oder an der Abwicklung des Vertrages beteiligt gewesen sein; es reicht die Beteiligung in einem der beiden Stadien.<sup>651</sup> Ausreichend ist auch eine Vermittlungstätigkeit für das Stammhaus.<sup>652</sup> Wo der Vertrag abgeschlossen wurde, ist ohne Bedeutung, gleichgültig ob dies in der Niederlassung geschah oder durch Personal der Niederlassung an einem anderen Ort.<sup>653</sup>
- 199 Auch eine Forderung aus Delikt muss einen Zusammenhang mit der Niederlassung des Schuldners aufweisen, sei es, dass sie mittelbar aus Verträgen resultiert, die von Personal der Niederlassung abgeschlossen oder ausgeführt wurden, sei es, dass sie aus tatsächlichem Verhalten der Niederlassung resultieren, also solchen Aktivitäten, die Nachbarn, die Umwelt oder Kunden geschädigt haben.<sup>654</sup>
- 200 Anders als unter Art. 7 Nr. 5 Brüssel Ia-VO<sup>655</sup> sind Ansprüche aus Durchgriffshaftung allerdings von Art. 3 Abs. 4 lit. b i) nicht erfasst. Durchgriffshaftung setzt konzeptionell voraus, dass durch die formelle Selbständigkeit einer Tochtergesellschaft durchgegriffen und die Mutter bei der Tochter als ihrer Niederlassung verantwortlich gehalten wird. Art. 2 Nr. 10 wie Abs. 2 verwenden aber einen anderen, engeren Niederlassungsbegriff, der Tochtergesellschaften gerade nicht erfasst. Wer begrifflich und zuständigkeitsrechtlich Tochtergesellschaften nicht als Niederlassungen der Mutter anspricht, muss bei sachlichen Abgrenzungen konsequent bleiben und diese Linie beibehalten.

<sup>647</sup> MüKoInsO/*Reinhart* Rn. 10; *KPB/Kemper* Rn. 33 (2004); *Gebauer/Wiedmann/Haubold* Kap. 30 Rn. 63; *HHGH/Haß/Herweg* Rn. 51 (2005); *Rauscher/Mäsch* Rn. 30.

<sup>648</sup> *Anton Durbeck GmbH v. Den Norske Bank ASA* [2003] 2 WLR 1296, 1309 (C.A., per Lord Phillips of Wörth *Matravers* M.R.).

<sup>649</sup> Siehe nur *Cass. RCDIP* 89 (2000), 462, 463 m. Anm. *Ancel*; *Cass. RCDIP* 90 (2001), 157, 158 m. Anm. *Ancel*.

<sup>650</sup> Missverständlich dagegen *KPB/Kemper* Rn. 33 (2004).

<sup>651</sup> *Magnus/Mankowski/Mankowski*, Brussels Ibis Regulation, 2015, Art. 7 Brussels Ibis Regulation Rn. 449.

<sup>652</sup> *Magnus/Mankowski/Mankowski*, Brussels Ibis Regulation, 2015, Art. 7 Brussels Ibis Regulation Rn. 449.

<sup>653</sup> *Magnus/Mankowski/Mankowski*, Brussels Ibis Regulation, 2015, Art. 7 Brussels Ibis Regulation Rn. 449; siehe auch *Layton/Mercer*, *European Civil Practice*, 2. Aufl. 2004, Rn. 15.108.

<sup>654</sup> *Magnus/Mankowski/Mankowski*, Brussels Ibis Regulation, 2015, Art. 7 Brussels Ibis Regulation Rn. 450.

<sup>655</sup> Dort *Magnus/Mankowski/Mankowski*, Brussels Ibis Regulation, 2015, Art. 7 Brussels Ibis Regulation Rn. 451 einerseits und *G. Wagner* in *Lutter* (Hrsg.), *Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland*, 2005, S. 223, 258f. andererseits.