

EuGH zu internationaler Zuständigkeit, Anerkennung und Eröffnung von Hauptinsolvenzverfahren*

Andreas Konecny**

Der EuGH hat im zweiten Vorabentscheidungsverfahren zur EuInsVO Aussagen zur Zuständigkeit und zur Anerkennung von Hauptinsolvenzverfahren getroffen sowie ausgesprochen, dass uU schon die Bestellung vorläufiger Verwalter als Eröffnung zu werten ist. In vielem ist dem EuGH beizupflichten, manches bleibt offen, und die Definition der Verfahrenseröffnung zieht Probleme nach sich.

1. Einleitung

Der EuGH hat im Urteil vom 2.5.2006 Rs C-341/04 (*Eurofood IFSC Ltd*)¹ zu mehreren Vorlagefragen Stellung genommen. Grundlage war einer der vielen Streitfälle im Zusammenhang mit der *Parmalat*-Konzerninsolvenz². Über Gläubigerantrag vom 27.1.2004 gegen die *Eurofood IFSC Ltd*, eine zu Finanzierungszwecken gegründete *Parmalat*-Tochter, bestellte der High Court Dublin noch am selben Tag einen provisional liquidator mit Verfügungsbefugnis über das Schuldnervermögen. Im Februar 2004 eröffnete das Tribunale

* Dieser Vortrag wurde im Rahmen des Projekts "Europarechtliche Tage" an der juristischen Fakultät der Istanbul Universität am 05.04.2006 gehalten und von Prof. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım in die türkische Sprache übersetzt.

** Univ.-Prof. Dr., Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Institut für Zivilverfahrensrecht.

1 Siehe ZIK 2006/126, 103 = ZIP 2006, 907 = NZI 2006, 360 = ZInsO 2006, 484

2 Siehe Carrara, *The Parmalat case*, *RabelsZ* 2006, 538; *Mankowski*, Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts durch die *Eurofood*-Entscheidung? *BB* 2006, 1753 (1753) mwN.

civile e penale Parma ein Hauptinsolvenzverfahren über die Gesellschaft. Gleiches entschied das Dubliner Gericht am 23.3.2004, weil seiner Ansicht nach das irische Hauptinsolvenzverfahren auf den 27.1.2004 zurückwirke. Der nachfolgend angerufene Supreme Court of Ireland legte dem EuGH mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vor.

Der EuGH trifft in seinem Urteil vom 2.5.2006 Aussagen zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit für Insolvenzverfahren insb von Konzerntöchtern (S. 2) sowie zur Anerkennung von Hauptinsolvenzverfahren (S. 3), zudem meint er, dass schon bei Einsetzung eines vorläufigen Verwalters mit Verfügungsverlust beim Schuldner ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet werde (S. 4). Das zweite Vorabentscheidungsurteil zur EuInsVO ist gemischter aufgenommen worden als das erste³. Zu Recht: Es enthält Wichtiges und Richtiges, bringt aber in den zentralen Streitfragen keine wesentlichen Erkenntnisse und ist hinsichtlich des Begriffs der Verfahrenseröffnung problematisch.

2. Zur Bestimmung des Mittelpunkts der Schuldnerinteressen

2.1. Die Aussagen des EuGH

Zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit betont der EuGH, dass für *jede juristisch selbstständige Einheit eine eigene gerichtliche Zuständigkeit* existiere. Das betrifft insb Konzerntöch-

3 Siehe *Eidenmüller*, Wettbewerb der Insolvenzrechte? ZGR 2006, 467; *Freitag/Leible*, Justizkonflikte im Europäischen Internationalen Insolvenzrecht und (k) ein Ende? RIW 2006, 641; *Herchen*, Wer zuerst kommt, mahlt zuerst! – Die Bestellung eines „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters als Insolvenzverfahrenseröffnung im Sinne der EuInsVO, NZI 2006, 435; *Kammel*, Die Bestimmung der zuständigen Gerichte bei grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen, NZI 2006, 334; *Knof/Mock*, Anm zu EuGH ZIP 2006, 907 (911); *Mankowski*, BB 2006, 1753; *Poertzgen/Adam*, Die Bestimmung des „centre of main interests“ gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, ZinsO 2006, 505; *Saenger/Klockenbrink*, Anerkennungsfragen im internationalen Insolvenzrecht gelöst? EuZW 2006, 363; *Smid*, EuGH zu „Eurofood“, BGH zur internationalen Zuständigkeit: Neueste Judikatur zur EuInsVO, DZWIR 2006, 325; *Wittwer*, Zuständigkeit, Anerkennung und ordre public im internationalen Insolvenzrecht – ein wegweisendes Urteil, ELR 2006, 221; zu den Schlussanträgen des GA *Jacobs s Duursma-Kepplinger*, Aktuelle Entwicklungen in Bezug auf die Auslegung der Vorschriften über die internationale Eröffnungszuständigkeit nach der Europäischen Insolvenzverordnung, DZWIR 2006, 177 (178 ff); *Pannen/Riedemann*, EWR 2005, 725; *Schilling/Schmidt*, COMI und vorläufiger Insolvenzverwalter – Problem gelöst? ZinsO 2006, 113; *Smid*, Internationales Insolvenzrecht im Spiegel ausgewählter Verfahren und Entscheidungen, DZWIR 2005, 45 (45 ff).

ter. Klare Aussagen finden sich auch zum zuständigkeitsrelevanten Begriff des „Mittelpunkts der hauptsächlichen Schuldnerinteressen“ (bzw. COMI) gem Art. 3 Abs. 1 EuInsVO. Dieser ist laut EuGH *autonom* auszulegen, maßgebend sind *objektive und für Dritte feststellbare Kriterien*. Bezüglich der Beurteilung der internationalen Zuständigkeit von *Gesellschaften* weist der EuGH darauf hin, dass die für sie getroffene Vermutung, ihr Interessenmittelpunkt liege im Staat des satzungsmäßigen Sitzes, nur dann widerlegt wird, wenn objektive und für Dritte feststellbare Elemente ergeben, dass die Lage ausnahmsweise nicht derjenigen entspricht, die sich in der Anknüpfung der internationalen Zuständigkeit an den satzungsmäßigen Sitz widerspiegelt. Der EuGH nennt als Beispiel für einen Ausnahmefall eine „Briefkastenfirma“. Der bloßen *wirtschaftlichen Kontrolle einer Tochtergesellschaft* durch die Konzernmutter misst der EuGH *keinerlei Bedeutung* zu.

2.2. Bestätigung alter Ansichten, keine neuen Erkenntnisse

Trotz der ausführlichen und treffenden Aussagen zur Auslegung des Art. 3 Abs. 1 EuGVVO stellt das Urteil des EuGH wenig zufrieden. Es enthält nämlich gerade *zu den besonders strittigen Fragen keine genauen Auskünfte*. Was der EuGH eindeutig sagt, bringt letzte Sicherheit, ist aber nicht neu. Wenn er für *jede juristische Person eine eigene Zuständigkeitsprüfung* verlangt, bestätigt er die hM und die einschlägige Praxis der Insolvenzgerichte. Das sagt aber ohnedies schon ausdrücklich der Erläuternde Bericht⁴. Weiters ist es längst Praxis, die Zuständigkeit für ausländische *Briefkastenfirmen*, etwa in Form englischer Limiteds, zu bejahen, wenn sie ausschließlich im Gerichtsstaat tätig sind⁵.

Vor allem aber behauptet niemand (mehr) ernsthaft, dass die reine *gesellschaftsrechtliche Beherrschung* einer Tochtergesellschaft durch die Mutter zuständigkeitsrelevant ist. Längst hat sich herumgesprochen, dass im Licht des 13. Erwägungsgrunds der EuInsVO in Eröffnungsentscheidungen *objektive und für Dritte erkennbare*

4 Vgl. *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, in *Stoll*, Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht (1997) 61 Rz 76.

5 Siehe zB AG Saarbrücken ZIP 2005, 2027; AG Hamburg ZIK 2003, 1008. Ein Blick in die Insolvenzdatei zeigt, dass es Dutzende österr Eröffnungsverfahren gegen englische Limiteds gegeben hat, die zum Konkurs führten oder sachlich, nämlich durch Abweisung des Konkursantrags mangels Kostendeckung, erledigt wurden.

Umstände jedenfalls als gegeben zu behaupten sind⁶. Man lese nur die Begründungen der kritisierten Eröffnungsentscheidungen. Immer wird behauptet, dass eindeutig und nach außen erkennbar die Tochter vom Mutterstaat aus geleitet wurde – bloß die dafür angeführten Kriterien (oder auch die Tatsachenfeststellungen) sind oft zweifelhaft. Als Beispiel kann gleich der Ausgangsfall dienen: Nach ital Sicht ist *Eurofood* eine in Irland pro forma existierende Tochter, die für jedermann erkennbar strategisch wie operativ von Italien aus geleitet wurde⁷. Nach irischer Meinung ist Eurofood eine zwar der Konzernpolitik verpflichtete Tochter, die aber operativ für jedermann erkennbar in Irland tätig war, insb dort auch ihre Geschäftsführung hatte⁸. Es ist mittlerweile geradezu eine Pflichtübung für eröffnende Gerichte, objektive, für Gläubiger erkennbare Umstände zu behaupten, mag es sich dabei auch um interne Vorgänge handeln⁹. Die Zuständigkeit mag im Einzelfall gegeben sein, doch sind

-
- 6 Treffend spricht *Mankowski*, BB 2006, 1755, von geschmeidigeren Argumentationen, die doch zum selben Ergebnis führen.
- 7 Siehe die Feststellungen des Tribunale di Parma 19.2.2004 – 53/04 = ZIP 2004, 1220: Der Tätigkeitsort der beiden „executive“ Geschäftsführer lag in Italien; sie nahmen nur telefonisch an Verwaltungsratssitzungen in Dublin teil; dort befanden sich keine Arbeitnehmer und bloß ein pro-forma-Sitz; ein ital Geschäftsführer unterzeichnete zwei von den drei getätigten Finanzgeschäften; die ital Mutter habe eine Garantie für alle Finanzmaßnahmen abgegeben, deren Einnahmen für den Konzern verwendet wurden; die durchwegs institutionellen Anleger als Partner hatten von den Umständen Kenntnis.
- 8 Siehe die Feststellungen des High Court Dublin 23.3.2004 – 33/04 = ZIP 2004, 1223 bzw des Supreme Court of Ireland 27.7.2004 – 147/04 = NZI 2004, 505 = ZInsO 2005, 159: Registrierung und Sitz der Gesellschaft in Irland; Gleichrangigkeit der irischen mit den ital Geschäftsführern; Abhaltung sämtlicher 13 Verwaltungsratssitzungen in Irland; dort wurden die beiden größten Finanztransaktionen in Anwesenheit der ital Geschäftsführer genehmigt; die Finanzgeschäfte wurden dauernd durch die Bank of America in Irland verwaltet, die eine Geschäftsführerin stellte; die Geschäftsführung erfolgte unter Aufsicht irischer Behörden und Einhaltung irischer Bestimmungen; die Tätigkeit im Interesse der Mutter sei für Konzerne typisch und ändere nichts an der Sicht der Gläubiger, mit einer irischen Gesellschaft Geschäfte zu machen.
- 9 Typisch dafür ist etwa die E des High Court of Justice Birmingham vom 18.4.2005 in der Sache *Rover* (2375-2382/05 = NZI 2005, 467 mit krit Anm von *Penzlin/Riedemann*), wo ua darauf hingewiesen wird, dass in England die Broschüren für die in anderen Mitgliedstaaten beheimateten Töchter produziert oder die Website betrieben würde. Diese Tendenz ist übrigens mittlerweile weit verbreitet, wie etwa zwei französische Entscheidungen aus jüngster Zeit beweisen. Das Tribunal de Grande Instance de Lure hat mit E vom 29.3.2006, 06/1 im Fall *ENERGOTECH* den Interessenmittelpunkt einer polnischen Tochtergesellschaft bei der französischen Mutter ua deshalb verortet, weil diese technische Unterstützung gewährt und technische Daten verwaltet habe. Nach der E des Tribunal de Commerce de Nanterre vom 15.2.2006, PCL 2006J00174 kann der Interessenmittelpunkt einer Konzerngesellschaft sogar im Staatsge-

die dafür angeführten Kriterien diskutabel – aber dazu sagt uns das *Eurofood*-Urteil leider nichts. Vor allem zwei Grundprobleme bleiben ungelöst.

2.3. Offene Rechtsprobleme

2.3.1. Maßgebliche Kriterien für die Bestimmung des Interessenmittelpunkts?

Unklar ist weiter, nach welchen Kriterien der Interessenmittelpunkt zu bestimmen ist¹⁰. *Nicht länger haltbar* ist, auf die *interne strategische Leitung* des Schuldnerunternehmens abzustellen, also bei Konzerninsolvenzen auf den Mitgliedstaat, in dem die Muttergesellschaft tätig ist. Unentschieden bleibt hingegen der Streit zwischen den Vertretern der Ansicht, es sei auf die *faktische operative Leitung* abzustellen, und der Gegenmeinung, wonach die *Geschäftstätigkeit* entscheide¹¹. Während die einen auf die Hauptverwaltungszentrale mit den entsprechenden Räumlichkeiten und Arbeitnehmern verweisen, kommt es nach den anderen auf Produktionsstätten, Verkaufslokale, Gläubiger, Arbeitnehmer usw. an. Für beides finden sich gute Argumente, die hier nicht zu wiederholen sind. Der EuGH äußert sich dazu jedenfalls nicht, sondern spricht im Urteil vom 2. Mai 2006 ganz allgemein von der „Tätigkeit“ des Schuldners im Gebiet eines Mitgliedstaats. UU deutet diese allgemein gehaltene Formulierung darauf hin, dass er einer *Gesamtbetrachtung* den Vorzug gibt¹² oder andere Umstände für relevant erachtet. Das bleibt aber vorerst offen.

Eines ruft das *Eurofood*-Urteil immerhin nachdrücklich in Erinnerung. Im Licht des 13. Erwägungsgrunds *verbietet es sich, rein unternehmens- oder konzerninterne Kriterien zur Zuständigkeitsbegründung heranzuziehen*. Dem Abstellen auf den „mind of management“ oder auf die „head office functions“ wurde eine klare

biet von Schwestergesellschaften liegen, wenn sie von diesen in für die Gläubiger erkennbarer Weise beherrscht werde (s dazu *Penzlin*, EwIR 2006, 207).

- 10 So bewerten das Urteil zB auch *Knof/Mock*, ZIP 2006, 914 f; *Mankowski*, BB 2006, 1754; *Poertzgen/Adam*, ZinsO 2006, 507; *Saenger/Klockenbrink*, EuZW 2006, 364. *Kammel*, NZI 2006, 336 entnimmt dem Urteil, dass der EuGH auf die werbende Tätigkeit abstellt.
- 11 Siehe dazu zB *Konecny*, Thesen zum Mittelpunkt der hauptsächlichen Schuldnerinteressen gem Art 3 Abs 1 EuInsVO, ZIK 2005/2, 2 = in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2004 (2005) 131 mwN.
- 12 Vgl etwa den auf „Interessen“ abstellenden Ansatz von *Klöhn*, Verlegung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen iSd Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO vor Stellung des Insolvenzantrags, KTS 2006, 259; *dems*, Statische oder formale Lebenssachverhalte als „Interessen“ i.S. der Art. 3 I 1 EuInsVO? NZI 2006, 383.

Absage erteilt¹³. „Die Gestaltung der konzernweiten Geschäftspolitik, erforderliche Genehmigungen seitens der Mutter bei finanziellen Ausgaben oder bei der Festsetzung von Verkaufspreisen, die Auswahl leitender Angestellter, Betreuung von Marken, technische Unterstützung, EDV und Datenverwaltung, internes Controlling oder gar belanglose Umstände wie der Ort, an dem Verkaufsbroschüren entworfen und hergestellt werden - solche Umstände haben in Eröffnungsentscheidungen nichts (mehr) zu suchen.

2.3.2. Erfordernisse für die Widerlegung der Zuständigkeitsvermutung?

Möglicherweise ist das komplizierte Abwägen von Tätigkeitsmerkmalen ohnedies weitgehend unangebracht, nämlich bei der Insolvenz von Gesellschaften und juristischen Personen. Für sie wird gem Art 3 Abs 1 EuInsVO bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Interessenmittelpunkt am Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist. Dazu findet man im *Eurofood*-Urteil die möglicherweise weit reichende, aber unklare Aussage, dass eine Ausnahme *insb* bei einer „Briefkastenfirma“ gegeben sein könnte, die im Sitzstaat *keiner Tätigkeit nachgeht*¹⁴. Versteht man den EuGH so, dass die Zuständigkeitsvermutung nur in Fällen widerlegt ist, in denen die Gesellschaft im Sitzstaat keinerlei oder jedenfalls keine nennenswerte Geschäftstätigkeit entfaltet, wären die meisten der bisher diskutierten Entscheidungen (allein deshalb) falsch: *Enron*, *Daisytek/ISA*, *Eurofood*, *Hettlage*, *HUKLA Werke*, *Zenith*, *Rover*, *Collins & Aikman* usw - stets wurden im Sitzstaat gewisse Tätigkeiten ausgeübt.

Nach dieser engen Sicht wären Zuständigkeitsentscheidungen sehr einfach und transparent. Dennoch darf der EuGH *nicht in so restriktivem Sinn verstanden werden*¹⁵. Er sagt selbst, dass die „Verortung“ der Insolvenzen von Gesellschaften und juristischen Personen die Annahme widerspiegelt, dass sich im Sitzstaat regelmäßig der Mittelpunkt der Schuldnerinteressen befindet¹⁶. Es wurde eben nicht einfach der Sitzstaat für international zuständig erklärt oder ein spezifischer Interessenmittelpunkt definiert, sondern bloß in Form einer Vermutung eine Erleichterung der Zuständigkeitsprüfung bzw eine nicht einfach zu lösende Verknüpfung von Sitzstaat und Insolvenzzuständigkeit vorgenommen. Letztlich

13 *Mankowski*, BB 2006, 1754.

14 Urteil vom 2.5.2006, Rs C-341/04 RNr 35.

15 Ebenso *Freitag/Leible*, RIW 2006, 647.

16 Urteil vom 2.5.2006 Rs C-341/04 RNr 37.

sollen auch nach Sicht des EuGH die Verfahren dort stattfinden, wo die Gesellschaft im ganz allgemeinen Sinn den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen hat. Eingeschränkte Tätigkeiten im Sitzstaat schließen somit nicht aus, dass der Interessenmittelpunkt anderswo liegt. Damit ist jedoch die einfache und klare Beurteilung der Zuständigkeit, wie man sie aus dem EuGH-Urteil herauslesen könnte, nicht möglich und es bleibt beim Streit über die maßgeblichen Kriterien für die Bestimmung des Interessenmittelpunkts.

3. Zur Anerkennung von Hauptinsolvenzverfahren

Nur kurz ist auf die beiden Fragebeantwortungen des EuGH einzugehen, die sich mit den Grenzen für die Anerkennung von Hauptinsolvenzverfahren gem Art 16 EuInsVO beschäftigen. Die Anerkennung hat laut EuGH *ohne Nachkontrolle der Zuständigkeit* zu geschehen, nur grobe *Verstöße etwa gegen das rechtliche Gehör* von Verfahrensbeteiligten rechtfertigten gem Art 26 EuInsVO ihre Verweigerung wegen Verletzung des *ordre public*¹⁷. Der EuGH bestätigt in beidem die schon bislang hM, seinen Ausführungen ist zuzustimmen¹⁸.

4. Zum Begriff der Verfahrenseröffnung

4.1. Die Aussagen des EuGH

Das *Eurofood*-Urteil ist hinsichtlich der Zuständigkeitsfragen nicht so ergiebig wie gewünscht, aber durchwegs richtig und zu begrüßen. Anderes gilt für die Ansicht, die Einsetzung eines vorläufigen Verwalters in Form eines irischen provisional liquidator mit Verfügungsbefugnis stelle die Eröffnung eines gem Art 16 EuInsVO europaweit anzuerkennenden Hauptinsolvenzverfahrens dar¹⁹.

Der EuGH²⁰ führt aus, dass hinsichtlich der Verfahrenseröffnung erhebliche Unterschiede bestünden. In manchen Mitglied-

17 Urteil vom 2.5.2006 Rs C-341/04 RNr 38 ff, 60 ff.

18 Durchwegs zustimmend sind auch die Stellungnahmen zum *Eurofood*-Urteil: s zB nur *Freitag/Leible*, RIW 2006, 644 f; *Poertzgen/Adam*, ZinsO 2006, 508, 509. Kritisch zum Ausschluss der Zuständigkeitsprüfung äußert sich *Mankowski*, BB 2006, 1755 f.

19 Der EuGH hat deshalb zur weiteren Vorabentscheidungsfrage, ob die Rückwirkung irischer Eröffnungsentscheidungen auf den Antragstag bedeutsam sei, keine Aussage getroffen. ME verbietet seine autonome Auslegung des Eröffnungsbegriffs einen derartigen Rückbezug auf nationale Vorschriften, doch bleibt hier ein Rest an Unsicherheit. Ablehnend auch zB *Freitag/Leible*, RIW 2006, 650; *Knof/Mock*, ZIP 2006, 912 f; *Mankowski*, BB 2006, 1757; *Poertzgen/Adam*, Zins= 2006, 509.

20 Urteil vom 2.5.2006 Rs C-341/04 RNr 51 ff.

staaten würden Insolvenzverfahren sehr rasch, in anderen erst nach längeren Prüfungen, wieder in anderen vorerst nur vorläufig eröffnet. Im Licht effizienter grenzüberschreitender Verfahren sei es wichtig zu *verhindern*, dass Gerichte mehrerer Mitgliedstaaten *durch längere Zeit hindurch konkurrierende Zuständigkeiten für sich in Anspruch nähmen*. Daher strebt der EuGH eine möglichst frühe Eröffnung iS eines autonomen Verständnisses an, das sich an der allgemeinen Definition eines Insolvenzverfahrens in Art 1 EuInsVO orientiert. Demnach greift die Priorität nach Art 16 EuInsVO bereits, wenn die Eröffnung eines *Insolvenzverfahrens laut Anhang A* der Verordnung beantragt wird, das Gericht einen *auch vorläufigen Verwalter laut Anhang C* einsetzt und diese Entscheidung den *Vermögensbeschlagnahme* bedeutet, der Schuldner somit die Verfügungsbefugnis verliert.

4.2. Kritik und offene Rechtsprobleme

Es ist problematisch, in einem Verfahrensstadium, in dem erst geprüft wird, ob die Voraussetzungen für die Verfahrenseröffnung überhaupt vorliegen, europaweit die vollen Wirkungen eines Hauptinsolvenzverfahrens eintreten zu lassen. Die für Insolvenzverfahren typische Differenzierung zwischen vorgelagerter Prüfung der Eröffnungsvoraussetzungen mit nachfolgender formeller Eröffnungsentscheidung sowie insb die Vorschriften für Sekundärinsolvenzverfahren²¹ werfen erhebliche Zweifel auf, ob die EuInsVO tatsächlich einen ganz anderen, schon durch Sicherungsanordnungen erfüllten Begriff der Verfahrenseröffnung kennt. Aber die Rechtsansicht des EuGH bindet. Entgegen seinen Bestrebungen bringt sie nun keineswegs „Waffengleichheit“ für alle Mitgliedstaaten²², sondern bevorzugt bei künftigen „Wettrennen zu den Insolvenzgerichten“ klar diejenigen mit weit reichenden Sicherungsmaßnahmen bzw im Anhang C der EuInsVO erwähnten vorläufigen Verwaltern²³. Man sollte aber das EuGH-Urteil nicht aus dem nationalen Blickwinkel betrachten, wer denn bei solchen Wettrennen die Nase vorne hat. Damit unterstützt man nur eine Fehlentwicklung in der Praxis, die dem im 22. Erwägungsgrund zur EuInsVO angesprochenen Grundsatz gegenseitigen Vertrauens diametral zuwiderläuft. Diesem hätte es eher entsprochen, die parallele Eröffnungsprüfung in mehreren Mitgliedstaaten zu akzeptieren, weil sich ja bei - künftig hoffentlich erreichter - einheitlicher Auslegung des Art 3 Abs 1 EuInsVO nur

21 Näheres unten bei 4.4.

22 So aber zB *Mankowski*, BB 2006, 1757.

23 Ebenso *Poertzgen/Adam*, ZinsO 2006, 508.

die Gerichte eines Mitgliedstaats für zuständig erklären können, ist doch unstrittig, dass es nur einen Interessenmittelpunkt gibt. Offenbar traut der EuGH selbst der Tragfähigkeit des Vertrauensgrundsatzes nicht recht, wenn er solche Parallelverfahren unterbinden will. Damit *blockiert* eine sehr rasche²⁴, folglich notwendig *ohne genaue Prüfung von Zuständigkeit und Insolvenz Voraussetzungen* erfolgende Einsetzung verfügungsbefugter vorläufiger Verwalter die *Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens in einem tatsächlich zuständigen anderen Mitgliedstaat*, mag es in weiterer Folge auch dazu kommen, dass im ersten mangels Zuständigkeit oder auch wegen Fehlens der inhaltlichen Eröffnungsvoraussetzungen das Insolvenzverfahren gar nicht eröffnet wird²⁵.

Wie weit diesbezüglich Schwierigkeiten oder gar Missbräuche auftauchen, bleibt abzuwarten. Problematisch für die Praxis ist aber, dass bezüglich der Konsequenzen des *Eurofood*-Urteils in zweierlei Hinsicht erhebliche Unklarheit besteht.

4.3. Maßgeblichkeit bloß „starker“ vorläufiger Verwalter?

Schwierig zu beantworten ist vor allem, welche vorläufigen Verwalter von der Definition des EuGH erfasst sind. Dazu können hier nur einige knappe Überlegungen angestellt werden:

4.3.1. *Nicht hierher* gehören vorläufige Insolvenzverwalter, die *nach förmlicher Verfahrenseröffnung* bestellt werden. Das sieht zB das slowakische Insolvenzrecht bei Zweifeln über ausreichendes Vermögen vor²⁶. Bei solchen Verwaltern ist es *gleichgültig*, in welchem Ausmaß es zu einem *Vermögensbeschlagnahme* kommt.

4.3.2. Ernst zu nehmen ist der EuGH, wenn er von vorläufigen Verwaltern spricht. Er legt den Eröffnungsbegriff autonom aus und stellt auf Verwalter ab, die *vor der förmlichen Eröffnungsentscheidung* eingesetzt werden. Diese eindeutige Aussage kann man nicht

24 Wie im irischen Ausgangsfall noch am Tag der Antragstellung durch einen Gläubiger. *Herchen*, NZI 2006, 436 weist darauf hin, dass in Deutschland vorläufige Verwalter uU binnen Stunden bestellt werden.

25 Das Problem eines eröffneten, aber nicht durchgeführten Hauptinsolvenzverfahrens taucht auch dann auf, wenn eine formelle Eröffnungsentscheidung im Rechtsmittelweg beseitigt wird. Dieser Fall ist aber ungleich seltener als die Erfolglosigkeit von Insolvenzanträgen. Man denke nur an zahlreichen Antragsabweisungen mangels Vorliegens einer Insolvenz oder mangels Kostendeckung, in manchen Mitgliedstaaten kann (wie in Österreich bis zur Änderung des § 70 Abs 4 KO durch das IRÄG 1997 massenweise geschehen) der Eröffnungsantrag zurückgezogen werden usw.

26 Siehe *Stessl*, Slowakisches Insolvenzrecht, ZIK 2005/79, 88. Vgl zum tschechischen Insolvenzrecht aF *Smid*, DZWIR 2006, 47 f mit Ablehnung von LG Hamburg ZIP 2005, 1697 = NZI 2005, 645 = ZinsO 2005, 1052.

mit der Behauptung negieren, dass nur eine Eröffnung iSd nationalen Rechts maßgeblich sei²⁷. Ebenfalls unmaßgeblich ist es, wenn ein vorläufiger Verwalter - wie in aller Regel - nicht über die vollen Befugnisse (insb hinsichtlich der Verwertung) verfügt wie der endgültig bestellte Insolvenzverwalter²⁸. Der EuGH hat die Einsetzung eines provisional liquidators als Verfahrenseröffnung qualifiziert, dem laut Vorlagefrage die Befugnis zukam, Vermögen in Besitz zu nehmen, die Geschäfte zu führen, ein Bankkonto zu eröffnen und einen Anwalt zu bestellen²⁹. *Von umfassenden Verwertungsbefugnissen ist nicht die Rede.*

4.3.3. Die wahre Problematik liegt im *Umfang des Vermögensbeschlags*, der laut EuGH erst die Einsetzung eines vorläufigen Verwalters zum Hauptinsolvenzverfahren macht. Klar ist nur, dass ein umfassender Verfügungsverlust beim Schuldner wie im Anlassfall ein ausreichender Vermögensbeschluss ist. Im Übrigen herrscht völlige Unklarheit. So werden zB zur aus österr Sicht praktisch wichtigen Frage, welcher dt vorläufige Verwalter gem den §§ 21 ff InsO eine Verfahrenseröffnung iSd *Eurofood*-Urteils nach sich zieht, fast sämtliche denkbaren Lösungen vertreten³⁰.

Der EuGH scheint eine restriktive Vorstellung zu haben. Unter Berufung auf Art 1 EuInsVO meint er, ein solcher Vermögensbeschluss liege vor, wenn der Schuldner die Befugnisse zur Verwaltung seines Vermögens verliert³¹. Das klingt nach seiner *Totalentmacht-*

27 So aber *Kammel*, NZI 2006, 337; *Duursma-Kepplinger*, DZWIR 2006, 182 (zu den Schlussanträgen des GA *Jacobs*).

28 So aber mangels haftungsrechtlicher Zuweisung des Vermögens an die Gläubiger und Verwertungsbefugnis *Smid*, DZWIR 2006, 326 mit dem Ergebnis, dass erst der im Eröffnungsbeschluss bestellte Insolvenzverwalter als „vorläufiger“ zu qualifizieren sei (weil nämlich die Gläubigerversammlung gem § 57 InsO einen anderen wählen kann).

29 Siehe Urteil vom 2.5.2006 Rs C-341/04 RNr 24.

30 Jeder vorläufige Verwalter bewirke die Verfahrenseröffnung: *Mankowski*, BB 2006, 1758 (ebenso anscheinend auch *Pannen/Riedemann*, EwIR 2005, 726 und *Schilling/Schmidt*, ZinsO 2006, 113, jeweils zu den Schlussanträgen des GA *Jacobs*) Es genüge schon ein „schwacher“ vorläufiger Verwalter mit eingeschränktem Zustimmungsvorbehalt, wenn sich also der Schuldner zumindest teilweise Rechtshandlungen genehmigen lassen muss: *Herchen*, NZI 2006, 437. Zur Eröffnung kommt es erst bei Einsetzung eines „schwachen“ Verwalters mit allgemeinem Zustimmungsvorbehalt, bei dem alle Schuldnerhandlungen an die Genehmigung des vorläufigen Verwalters gebunden sind: *Freitag/Leible*, RIW 2006, 646; *Knof/Mock*, ZIP 2006, 912; *Saenger/Klockenbrinck*, EuZW 2006, 365. Nicht einmal der „starke“ vorläufige Verwalter, auf den gem § 22 InsO sämtliche Verfügungsbefugnisse des Schuldners übergegangen sind, bewirkt die Eröffnung iSd *Eurofood*-Urteils, sondern erst der im Eröffnungsbeschluss bestellte Insolvenzverwalter: *Smid*, DZWIR 2006, 326.

31 Urteil vom 2.5.2006 Rs C-341/04 RNr 54.

tung. Damit würde jedoch der EuGH aus Art 1 EuInsVO *falsche Schlüsse* ziehen. Denn dort steht ausdrücklich, dass ein Insolvenzverfahren iSd Verordnung „den vollständigen oder *teilweisen Vermögensbeschlagn*“ des Schuldners bewirkt. Der Verwalter ist im Art 2 lit a EuInsVO als Person oder Stelle definiert, die die Masse verwaltet oder verwertet oder auch nur „die Geschäftstätigkeit des Schuldners *zu überwachen*“ hat. Die EuInsVO kennt dementsprechend in ihrem Anhang A eine Reihe von *Insolvenzverfahren*, die nur *eingeschränkte bis geringe Verfügungsverluste* beim Schuldner nach sich ziehen, ihm etwa die Eigenverwaltung unter Verwalter- oder gar nur Gerichtskontrolle lassen (wie bei Ausgleich und Schuldenregulierungsverfahren). Wenn das für einen Vermögensbeschlagn iSd Art 1 EuInsVO reicht, muss *auch ein vorläufiger Verwalter nicht vollständig verfügungsbefugt* sein, damit seine Bestellung zur Verfahrenseröffnung führt³². Daher ist jedenfalls dann die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens anzunehmen, wenn der *Vermögensbeschlagn im Eröffnungsstadium dem nach formeller Eröffnung entspricht*. Hat zB der endgültig bestellte Insolvenzverwalter nur Überwachungsbefugnisse, dann bedeutet die Einsetzung eines mit gleichen Rechten ausgestatteten vorläufigen Verwalters die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens.

Es sind sogar zwei Weiterungen denkbar: Kennt ein Mitgliedstaat *mehrere Formen der Schuldnerentmachtung*, gibt der *schwächste Verwalter* den Mindeststandard für einen Vermögensbeschlagn iSd Art 1 EuInsVO vor. Da auch innerhalb eines Verfahrens unterschiedliche Verfügungseinschränkungen vorkommen (zB bei Entzug der Eigenverwaltung gem § 186 KO oder § 272 InsO), ist vertretbar, schon ab Anordnung dieses von der Verordnung als ausreichend akzeptierten Mindestbeschlagns in Form von Sicherungsmaßnahmen von der Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens auszugehen. Mehr noch: Die autonome Auslegung des Begriffs „Eröffnung“ durch den EuGH könnte sogar bedeuten, dass ein iSd Art 1 EuInsVO ausreichender Vermögensbeschlagn nicht jeweils national, sondern unter Einbeziehung sämtlicher Insolvenzrechte abzugrenzen ist. Dann würden *die schwächsten von der EuInsVO erfassten Verwalter* vorgeben, was an Vermögensbeschlagn für ein Hauptinsolvenzverfahren erforderlich ist. Diese nächsten Schritte erscheinen im Licht des *Eurofood*-Urteils als konsequent, bringen aber enorme Abgrenzungsschwierigkeiten. Und wie das der EuGH sieht, ist leider völlig offen.

32 Ebenso Herchen, NZI 2006, 437.

4.3.4. Kurz zur österr Rechtslage: § 73 KO kennt zwar einen vorläufigen Verwalter, doch ist er nicht im Anhang C der EuInsVO aufgelistet. Abgesehen davon werden in österr Eröffnungsverfahren fast nie Sicherungsmaßnahmen angeordnet. Es wird daher praktisch bei der Konkursöffnung als Einleitung eines Hauptinsolvenzverfahrens bleiben. Denkbar ist aber, das im Anhang C der EuInsVO - allerdings wegen seiner Kontrolltätigkeit gem § 187 KO bei der Eigenverwaltung im Schuldenregulierungsverfahren - genannte *Konkursgericht als „vorläufigen Verwalter“ einzustufen*. § 73 Abs 2 KO sieht vor, dass das Gericht das Schuldnerhandeln von seiner Genehmigung abhängig machen kann, was in qualifizierter Ausgestaltung zum Verfügungsverlust beim Schuldner führt.

4.4. Abgestufte Wirkungen der Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens?

Der Versuch, durch Vorverlagerung der Verfahrenseröffnung einen Insolvenzwettkampf zu unterbinden, ist auch deshalb problematisch, weil die in der EuInsVO an die Eröffnung geknüpften Folgen zwar gut für ein formell eröffnetes Insolvenzverfahren passen, in mancher Hinsicht aber nicht für eine Eröffnung via Einsetzung eines vorläufigen Verwalters³³. So stellen einmal die in den Art 5 ff EuInsVO geregelten *materiellrechtlichen* Folgen vielfach auf die Eröffnung ab, der Zeitpunkt für ihre Beurteilung wird somit vorverschoben. Dann knüpft die Verordnung an die erfolgte Eröffnung *Verfahrensschritte*, die üblicherweise im Eröffnungsstadium nicht vorgesehen sind: So kann der Verwalter gem Art 18 umfassende Befugnisse ausüben, insb europaweit Vermögen einziehen und verwerten, es müssen gem Art 40 alle bekannten Gläubiger informiert werden, die Gläubiger haben gem Art 39 ein Recht auf Forderungsanmeldung usw. Besonders problematisch ist die Ansicht des EuGH im Hinblick auf Sekundärinsolvenzverfahren. Das beginnt mit deren Einleitung: Gem Art 27 Abs 1 EuInsVO kann ab Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens in jedem Niederlassungsstaat ein *Sekundärinsolvenzverfahren* eröffnet werden, *ohne dass die Schuldnerinsolvenz geprüft werden darf*. Das ist vor dem Hintergrund eines nach Prüfung aller erforderlichen Voraussetzungen formell eingeleiteten Hauptinsolvenzverfahrens verständlich. Setzt hingegen zB ein Gericht nach irischem Vorbild auf einen Gläubigerantrag hin am selben Tag und damit ohne nähere Prü-

33 Eine Beachtung der „Folgelasten“ des *Eurofood*-Urteils erfolgt in den Stellungnahmen kaum. Vgl aber *Mankowski*, BB 2006, 1757 f, der einige der hier angeschnittenen Probleme aufgreift.

fung der Eröffnungsvoraussetzungen einen vorläufigen Verwalter ein, kann sich der Schuldner rasch mit Sekundärinsolvenzverfahren konfrontiert sehen, obwohl er noch heftig das Hauptinsolvenzverfahren bekämpft. Beim Sekundärinsolvenzverfahren handelt es sich dann nicht bloß um ein „vorläufiges Insolvenzverfahren“, sondern um ein endgültig eröffnetes – und dieses wird der Schuldner keineswegs automatisch los, wenn es gar nicht zur formellen Eröffnung des Hauptverfahrens kommt³⁴. Außerdem ist die in den Art 31 ff EuInsVO geregelte koordinierte Abwicklung von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren unmöglich, solange ersteres im Eröffnungsstadium steckt.

Angesichts all dieser Probleme ist fraglich, ob man stets, wenn in der EuInsVO von „Eröffnung eines Insolvenzverfahrens“ die Rede ist, prüfen sollte, ob die daran geknüpfte Rechtsfolge schon bei Einsetzung eines vorläufigen Verwalters oder doch erst ab endgültiger Verfahrenseröffnung einzutreten hat. *Abgestufte Wirkungen der Verfahrenseröffnung sind jedoch abzulehnen*. Sie bringen erhebliche Rechtsunsicherheit und widersprechen der Absicht des EuGH, Hauptinsolvenzverfahren möglichst früh wirken zu lassen. Die Vorverlegung des Beurteilungszeitpunkts für die *materiellrechtlichen* Folgen der Verfahrenseröffnung ist auch *wenig schädlich*. Schwierigkeiten bei der *Verfahrensabwicklung* halten sich in Grenzen, weil das dafür gem Art 4 EuGVVO maßgebliche Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates regelmäßig *für das Eröffnungsstadium nur beschränkte Maßnahmen* vorsehen wird. So haben selbst verfügungsbefugte vorläufige Verwalter regelmäßig bloß das Schuldnervermögen zu erhalten und zu sichern, die Aufforderung zur Forderungsanmeldung und die Forderungsprüfung werden erst nach formeller Eröffnung erfolgen usw. Zu erwägen ist am ehesten, die für *Sekundärinsolvenzverfahren* geltenden Vorschriften *erst ab formeller Eröffnung des Hauptverfahrens anzuwenden*³⁵. Im Licht des EuGH-Urteils ist das *abzulehnen*, zudem ist es ja auch möglich, dass nach formeller, aber eben nicht rechtskräftiger und daher uU später beseitigter Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens zu Unrecht ein Sekundärinsolvenzverfahren eingeleitet wird³⁶.

34 *Mankowski*, BB 2006, 1758 erwägt, das Sekundärinsolvenzverfahren als isoliertes Partikularinsolvenzverfahren abzuwickeln.

35 Das erwägt *Mankowski*, BB 2006, 1785, lässt die Frage aber unbeantwortet.

36 Vor formeller Eröffnung ist aber Art 27 EuInsVO einschränkend dahin auszuulegen, dass Sekundärinsolvenzverfahren nur dann ohne Insolvenzprüfung zu eröffnen sind, wenn diese im Hauptinsolvenzverfahren bereits stattgefunden hat.

5. Schlusswort

Das Urteil des EuGH im zweiten Vorabentscheidungsverfahren zur EuInsVO hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck: Zur *Zuständigkeitsprüfung* gem Art 3 Abs 1 EuInsVO enthält es deutliche und überzeugende Aussagen, Zentrales bleibt jedoch unklar. Eine Prognose, wie die Praxis reagieren wird, ist schwer zu treffen. Es besteht die Gefahr, dass sich die Gerichte gerade bei Konzerninsolvenzen vom *Eurofood*-Urteil nicht sonderlich beeindrucken lassen, sondern bloß ihre Entscheidungsbegründungen adaptieren. Bezüglich der *Anerkennung* von Hauptinsolvenzverfahren gem Art 16 iVm Art 26 EuInsVO ist dem EuGH *uneingeschränkt zu folgen*. Schließlich sind der autonom und diskutabel definierte Begriff der *Verfahrenseröffnung* und seine Konsequenzen in erheblichem Maß unklar, für Rechtsunsicherheit bei den Gerichten ist damit ebenso gesorgt wie für Forschungsprojekte. Abhilfe kann nur bringen, dass die Insolvenzgerichte ihre Abneigung gegen Verzögerungen in Insolvenzverfahren überwinden und *deutlich öfter Vorabentscheidungsverfahren einleiten* - angesichts zahlreicher Unklarheiten bei Anwendung der EuInsVO müssten eigentlich schon Dutzende Fragen beim EuGH liegen.

Kleines Kästchen:

Das EuGH-Urteil *Eurofood* enthält Wichtiges und Richtiges, ist aber in zentralen Streitfragen unergiebig und problematisch.