



Discussion Papers in Business and Economics

Professor Dr. Dominik Skauradszun

**Synthetische Sekundärinsolvenzverfahren
und „echter“ Rechtsschutz**

Discussion Paper No 18
Juni 2016

Herausgeber/Editor:
Hochschule Fulda/Fulda University of Applied Sciences
Fachbereich Wirtschaft/Faculty of Business
Leipziger Straße 123
36037 Fulda
Deutschland/Germany
www.hs-fulda.de/wirtschaft

ISSN: 2194-7309

Bisherige Beiträge

- No 17: Huth, Michael/Lohre, Dirk: Risikomanagement in der Speditions- und Logistikbranche: Bestandsaufnahme zu Verbreitung und Reifegrad, 2015.
- No 16: Kreipl, Claudia: Compliance Management: Ein Konzept (auch) für kleine und mittelständige Unternehmen, 2015.
- No 15: Anja Thies; Stefanie Deinert; Michael Huth: Soziale Nachhaltigkeit bei Gewinnung und Bindung von Berufskraftfahrerinnen und -fahrern in der Logistikbranche, 2015
- No 14: Kohler, Irina; Dehmel, Lisa: Wertschöpfung durch Unternehmenskommunikation – Evaluation der Erfolgswirkung durch Kommunikationscontrolling, 2015.
- No 13: Kohler, Irina; Ingerl, Carina: Beitrag des Controllings zur Umsetzung von Corporate Governance in Familienunternehmen, 2015.
- No 12: Slapnicar, Klaus W.: Wirtschaftsrecht à jour, 2015.
- No 11: Kohler, Irina: Fuldaer Supply Chain Management-Dialog: Trends und Herausforderungen im Supply Chain Controlling, 2014.
- No 10: Hillebrand, Rainer: Germany and the eurozone crisis: evidence for the country's "normalisation"?, 2014.
- No 9: Irina Kohler; Carina Ingerl: Unternehmensnachfolge und Family Business Governance im Mittelstand: Eine empirische Studie zur Nachfolgeproblematik in der Region Fulda, 2014.
- No 8: Neuert, J.: Business Management Strategies and Research Development, 2013.
- No 7: Huth, M.; Goele, H.: Potenzial der Ersatzteillogistik von produzierenden Unternehmen in der Region Berlin/Brandenburg, 2013.
- No 6: Kreipl, Claudia; Preißing, Dagmar; Huth, Michael; Lohre, Dirk; Och, Dominik; Neuert, Josef: Contributions to Applied International Business Management Research, 2013.
- No 5: Boelsche, Dorit: Performance measurement in humanitarian logistics, 2013.

- No 4: Conrad, Peter; Hummel, Thomas R. Transitions: Individuelle Handhabung und Verarbeitungsformen institutionellen Wandels, 2012.
- No 3: Hummel, Thomas R.; Turovskaya, Maria S.: Project Studies in Specific Business, Legal and Economic Topics: video conference presentations, 2011.
- No 2: Hans, Lothar: Zur Konzeption eines Verwaltungscontrollings, 2011.
- No 1: nicht veröffentlicht/not published.

Alle Beiträge stehen auf der Homepage des Fachbereichs Wirtschaft als Download zur Verfügung: www.hs-fulda.de/wirtschaft.

The papers can be downloaded from the homepage of the Faculty of Business: www.hs-fulda.de/wirtschaft.

Über den Verfasser:

Jahrgang 1981; Studium der Rechts- und Musikwissenschaft in Tübingen. Ab 2007 Wissenschaftlicher Angestellter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Zivil- und Verfahrensrecht. Promotion 2009. Zweites Staatsexamen 2010 in Stuttgart. Anfang 2010 Forschungsaufenthalt an der Trent University Nottingham. Ab Mitte 2010 Rechtsanwalt bei einer der Top-50-Wirtschaftskanzleien in Deutschland und Beratung im Gesellschaftsrecht und Unternehmensinsolvenzrecht. Mitte 2012 Ernennung zum Richter und Verwendung bei verschiedenen erst- und zweitinstanzlichen Gerichten in Baden-Württemberg. Lehrbeauftragter für Gesellschaftsrecht, Konzernrecht und Internationales Insolvenzrecht am CAS Heilbronn. Beirat der Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (ZMR) sowie der rechtswissenschaftlichen Ausbildungszeitschrift JSE. Seit Oktober 2014 Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, insb. Unternehmensrecht an der Hochschule Fulda. Leiter des Studiengangs Wirtschaftsrecht. Sommer 2015 Ruf auf die Professur für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, insb. Arbeits- und Insolvenzrecht an der HfWU (Ruf abgelehnt). Of Counsel bei Gleiss Lutz, Praxisgruppe Restrukturierungen\Insolvenzen. Wissenschaftliche Kommentierungen im Soergel Großkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen und im Beck'schen Online-Großkommentar zum Zivilrecht; wissenschaftliche Kommentierung des deutschen Bankeninsolvenzrechts im Großkommentar von Beck/Samm/Kokemoor zum KWG mit CRR. Mitautor im Handbuch Urheberrecht (Hrsg. Bisges). Mit-herausgeber der Reihe „Schriften zum Unternehmensrecht mitsamt seinen ökonomischen Bezügen“, Verlag Dr. Kovač. Mitglied der Wissenschaftlichen Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (VGR) und der INSOL Europe.

Synthetische Sekundärinsolvenzverfahren und „echter“ Rechtsschutz

- I. Einführung
- II. Zulässigkeit
 - 1. Statthaftigkeit
 - a) Einschlägiger Rechtsweg
 - b) Einstweilige Maßnahmen im Zivilrechtsweg
 - aa) Vorläufige Maßnahmen nach § 21 InsO
 - bb) Einstweiliger Rechtsschutz nach §§ 916 ff. ZPO
 - 2. Zuständiges Gericht für Maßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO
 - a) Internationale Zuständigkeit
 - b) Sachliche und örtliche Zuständigkeit
 - aa) Allgemeine und besondere Gerichtsstände
 - bb) Ausschließliche Gerichtsstände
 - cc) Zwischenergebnis
 - 3. Antragsbefugnis
- III. Begründetheit
 - 1. Prüfungsmaßstab
 - 2. Arrest- bzw. Verfügungsanspruch
 - 3. Arrest- bzw. Verfügungsgrund
 - 4. Glaubhaftmachung
- IV. Grenze und beispielhafter Inhalt einstweiliger Maßnahmen
 - 1. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache
 - 2. Beispielhafter Inhalt
- V. Durchsetzbarkeit der Maßnahmen gegenüber dem Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens?
 - 1. Vollziehung gewöhnlicher Arrestbefehle
 - 2. Vollziehung gewöhnlicher einstweiliger Verfügungen
 - 3. Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf Art. 36 Abs. 9 EuInsVO
 - a) Pflicht für den Verwalter zur Anerkennung?
 - b) Anwendbarkeit der Vollziehungsvorschriften auf den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens
 - aa) Vollziehung von Arrestbefehlen
 - bb) Vollziehung von einstweiligen Verfügungen
- VI. Rechtsschutz für den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens
 - 1. Rechtsschutz für den Antragsgegner
 - 2. Übertragbarkeit auf den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens
 - a) Abwendungsbefugnis und Widerspruch (§§ 923, 924 ZPO)
 - b) Anordnung nach § 926 ZPO
 - 3. Hinterlegung einer Schutzschrift
- VII. Schadensersatzpflicht für den lokalen Gläubiger
 - 1. Anspruch aus § 945 ZPO
 - 2. Anwendbarkeit auf Art. 36 Abs. 9 EuInsVO
- VIII. Abstract

Mittlerweile wurde die reformierte Europäische Insolvenzverordnung vom 20.05.2015, die bereits in Kraft getreten ist und mit wenigen – hier nicht relevanten – Ausnahmen ab dem 26.06.2017 anwendbar ist, im Schrifttum mehrfach vorgestellt.¹ In einzelnen Arbeiten wurden auch erste Äußerungen zu den neuen synthetischen² Sekundärinsolvenzverfahren gemacht.³ Der vorliegende Beitrag greift bei den synthetischen Sekundärinsolvenzverfahren nun eines von etlichen schwierigen Detailproblemen heraus, nämlich die in der Praxis besonders drängenden Fragen nach dem Rechtsschutz. Typischerweise werden nämlich nicht alle lokalen Gläubiger mit der „Zusicherung“ im Sinne von Art. 36 Abs. 1 EuInsVO und deren Umsetzung durch den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens einverstanden sein. Da Art. 36 Abs. 7-9 EuInsVO spezielle Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnen, werden diese voraussichtlich bald die nationalen Gerichte beschäftigen. Die hier dargestellten Fragen wurden – soweit ersichtlich – im deutschen Schrifttum erstmals untersucht.

I. Einführung

Größere Unternehmen mit Sitz in der Europäischen Union (EU) haben häufig Niederlassungen in weiteren Mitgliedstaaten der EU. Wird über das Vermögen des Unternehmens ein Insolvenzverfahren eröffnet, erfasst dieses nach dem sog. Universalitätsprinzip das Vermögen des Schuldners weltweit und damit insbesondere auch das Vermögen, das in anderen Mitgliedstaaten der EU belegen ist.

¹ Exemplarisch Vallender, ZIP 2015, 1513 ff.; Wimmer, jurisPR-InsR 7/2015 Anm. 1; Albrecht, ZInsO 2015, 1077 ff.; Kindler/Sakka, EuZW 2015, 460 ff.

² Vgl. zur Terminologie Mankowski, NZI 2015, 961, 962.

³ Siehe insbesondere Mankowski, NZI 2015, 961 ff.; Pluta/Keller, in: FS Vallender (2015), S. 437 ff. und Undritz, in FS Vallender (2015), S. 745 ff.



Die Grafik zeigt ein in Frankreich eröffnetes Insolvenzverfahren, das auch das Vermögen des Schuldners in den drei weiteren Mitgliedstaaten der EU erfasst.

Kann der Verwalter auf das gesamte Vermögen des Schuldners zugreifen, bleibt das Unternehmen als betriebswirtschaftliche Einheit erhalten. Ein solches Einheitsverfahren kann neben der ertragsreicheren Liquidation insbesondere eine Sanierung des Unternehmens erleichtern. So macht – um im Beispiel zu bleiben – ein Sanierungsvorhaben des französischen Unternehmens nur dann Sinn, wenn auch die Produktionsstandorte in Spanien, England und Deutschland einbezogen werden können.



Zum Schutz der inländischen Interessen sieht jedoch sowohl das deutsche internationale Insolvenzrecht als auch das europäische Insolvenzrecht seit 2010 vor, dass sogenannte Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet werden können (§§ 356 ff. InsO, Art. 27 ff. EuInsVO 2010). Für die hier interessierenden Insolvenzverfahren auf Grundlage der (reformierten) europäischen Insolvenzverordnung bedeutet dies, dass ein Gericht eines Mitgliedstaats ein Hauptinsolvenzverfahren und ein Gericht in einem anderen Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Schuldner eine Niederlassung hat, ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnen kann (Art. 34 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 EuInsVO). In jedem Sekundärinsolvenzverfahren ist im Grundsatz sodann ein Verwalter zu bestellen.

Sekundärinsolvenzverfahren verhindern regelmäßig eine einheitliche Sanierung des Unternehmens. So mehr Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet werden, so unwahrscheinlicher ist eine konzertierte Lösung. Insoweit stoßen die schon in der EuInsVO 2010 vorgesehenen Kooperations- und Unterrichtungspflichten (Art. 31 EuInsVO 2010) – nicht zuletzt aufgrund der sprachlichen und kulturellen Herausforderungen – häufig an praktische Grenzen. Die Folge ist ein Verfahrenspluralismus, der regelmäßig eine Gesamtanierung unmöglich macht.



Um die Eröffnung solcher Sekundärinsolvenzverfahren zu vermeiden, kann der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens eine Zusicherung im Sinne von Art. 36

Abs. 1 EuInsVO⁴ abgegeben. Er sichert danach zu, bei der Verteilung des Vermögens oder des bei seiner Verwertung erzielten Erlöses die Verteilungs- und Vorzugsrechte nach nationalem Recht zu wahren,⁵ die Gläubiger hätten, wenn ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre.⁶ Weil sodann keine Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet werden, deren Rechtsfolge nur fingiert wird, spricht man in diesem Zusammenhang von „synthetischen Sekundärinsolvenzverfahren“.

Kommt eine bindende Zusicherung nicht oder nur in einzelnen Mitgliedstaaten zustande, können Haupt- und reale bzw. synthetische Sekundärinsolvenzverfahren nebeneinander bestehen.



Der vorliegende Beitrag geht im Folgenden davon aus, dass in einem anderen EU-Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ein Hauptinsolvenzverfahren

⁴ Soweit nicht anders bezeichnet, beziehen sich Normzitate aus der EuInsVO auf die VO (EU) 2015/848 vom 20.05.2015.

⁵ Dazu, dass die enormen Unterschiede in den nationalen Insolvenzrechten betreffend die Verteilung der Masse das entscheidende Hindernis für die Realisierung einheitlicher Insolvenzverfahren darstellen, schon früh *Spahlinger*, Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen, 1998, S. 273 f. Diesen Befund stellt auch *Fehrenbach*, Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren, 2014, S. 48, noch über ein Jahrzehnt später auf.

⁶ Ausführlich zum Hintergrund der neuen Regelung etwa *Wimmer*, jurisPR-InsR 7/2015 Anm. 1, S. 6.

ren eröffnet wurde und in Deutschland ein Sekundärinsolvenzverfahren hätte eröffnet werden können. Im Zentrum der Betrachtung steht sodann die Frage, ob, wo und in welcher Art und Weise Gläubiger gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen können, wenn die Einhaltung des Inhalts der Zusicherung in der Folge im Streit steht.

Art. 36 EuInsVO widmet sich nicht nur der Zusicherung und dem dazu erforderlichen Verfahren, sondern in drei von elf Absätzen auch Fragen des Rechtsschutzes.⁷ Nach Art. 36 Abs. 7 EuInsVO kann zum einen die Verteilung in dem Staat des Hauptinsolvenzverfahrens angefochten werden. Dieser erhält ferner durch Art. 36 Abs. 8 EuInsVO eine ausschließliche internationale Zuständigkeit und eröffnet den Gläubigern die Möglichkeit, die Einhaltung des Inhalts der Zusicherung durch alle geeigneten Maßnahmen nach dem Recht des Staats, in dem das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde, sicherzustellen. Art. 36 Abs. 9 EuInsVO verleiht schließlich dem Staat, in dem ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre, eine konkurrierende internationale Zuständigkeit, die auf „einstweilige Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen“ beschränkt ist.⁸

Aus der Erfahrung mit der EuInsVO 2000 könnte künftig die Tendenz sein, dass lokale Gläubiger ihr Heimatrecht bevorzugen und weniger die Möglichkeiten nach Art. 36 Abs. 7 und 8 als vielmehr Rechtsschutz nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO suchen. Das hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass bei einem Verfahren nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO in der Heimatsprache prozessiert werden kann und der lokale Gläubiger schneller einen Berater findet, der ihn in der für ihn vertrauten Rechtsordnung in seiner Heimatsprache beraten kann. Sucht beispielsweise ein deutscher lokaler Gläubiger in Slowenien einen Berater für die Rechtsschutzmöglichkeiten nach Art. 36 Abs. 8 EuInsVO, der sowohl slowenisches Prozess- und Insolvenzrecht als auch europäisches Insolvenzrecht beraten und zudem mit dem deutschen Gläubiger in dessen Sprache kommunizieren kann, wird er zum einen für die Suche nach solchen Beratern einiges an Mühe aufwenden und zum anderen voraussichtlich eine höhere Vergütung bezahlen müssen als wenn er für deutsches Recht einen deutschen Berater mandatieren würde. Deshalb soll vorliegend in erster Linie Art. 36 Abs. 9 EuInsVO im Zentrum der Betrachtung stehen: Dort wird voraussichtlich künftig „die Musik spielen“.

An dieser Prognose ändert nichts, dass lokale Gläubiger künftig – wird die Zusicherung nicht eingehalten – womöglich jedenfalls jetzt einen Antrag auf Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens stellen werden. Nach Art. 38 Abs. 2

⁷ Das Thema „Rechtsschutz“ wird in der EuInsVO damit verhältnismäßig „umfassend“ geregelt, *Wimmer*, in: *Wimmer/Bornemann/Lienau*, Die Neufassung der EuInsVO, 2016, Rn. 15, sieht man einmal davon ab, dass bei der Anwendung im nationalen Recht eine Fülle von ungelösten Problemen auftauchen.

⁸ *Mankowski*, NZI 2015, 961, 969.

EuInsVO eröffnet das mit einem Antrag auf Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens befasste Gericht ein solches Sekundärinsolvenzverfahren nicht, wenn der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens eine Zusicherung gemäß Art. 36 EuInsVO abgegeben hat und es der Überzeugung ist, dass *die Zusicherung* die allgemeinen Interessen der lokalen Gläubiger angemessen schützt. Art. 38 Abs. 2 EuInsVO würde einen solchen Antrag also nicht verhindern, da das Gericht nach dem Wortlaut des Art. 38 Abs. 2 EuInsVO nur *die Zusicherung*, nicht aber *deren Einhaltung* prüfen soll. Es kann dahinstehen, ob das Gericht jedenfalls dann auch die Einhaltung der Zusicherung zu prüfen hätte, wenn der beantragende Gläubiger vorträgt, dass der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens die Zusicherung nicht einhält. Das erscheint – trotz des engen Wortlauts – nicht ganz abwegig. Denn nach Sinn und Zweck geht es Art. 38 Abs. 2 EuInsVO gerade um den Schutz der lokalen Gläubiger. Jedenfalls kann nach einer bindend gewordenen Zusicherung ein solcher Antrag auf Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens nur noch innerhalb von 30 Tagen nach Erhalt der Mitteilung über die Billigung der Zusicherung gestellt werden (Art. 37 Abs. 2 EuInsVO). Es ist anzunehmen, dass die hier zu besprechenden Probleme erst (deutlich) nach Ablauf dieser 30-Tages-Frist auftreten und damit etwaige Anträge zu spät kommen. Aus anwaltlicher Vorsicht⁹ und aufgrund der regelmäßig deutlich schnelleren Entscheidung in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im Vergleich zu einem Eröffnungsverfahren für ein Sekundärinsolvenzverfahren, wird überdies in der Rechtspraxis¹⁰ in aller Regel der einstweilige Rechtsschutz nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO zu prüfen und ggf. zu beantragen sein.

Der Aufbau der Untersuchung folgt nun der üblichen Prüfung eines Antrags auf Anordnung einstweiliger Maßnahmen bzw. Sicherungsmaßnahmen (Zulässigkeitsprüfung mit den Prüfungsschritten Statthaftigkeit, Zuständigkeit und Antragsbefugnis sowie Begründetheit einschließlich der relevanten Prozessgrundsätze) und dient damit zugleich deutschen Gerichten bzw. forensisch tätigen Rechtsberatern als Hilfestellung sowie der Wissenschaft und dem deutschen Gesetzgeber bei der Erarbeitung etwaiger Umsetzungsgesetze bei den vielen ungelösten Fragen als Diskussionsgrundlage. Darüber hinaus werden die Fragen der Vollziehung der einstweiligen Maßnahmen erörtert sowie Rechtsschutzmöglichkeiten für den

⁹ Wenn mehrere Wege möglich sind, um den erstrebten Erfolg zu erreichen, hat der Rechtsanwalt denjenigen zu wählen, auf dem dieser am sichersten und gefahrlosesten erreichbar ist, BGH NJW 1959, 141; BGH NJW-RR 1990, 1241, 1242.

¹⁰ Spiegelbildlich wird es voraussichtlich auch zur Rechtspraxis werden, dass Verwalter von Anfang mit den Vorbereitungen für eine Zusicherung nach Art. 36 Abs. 1 EuInsVO beginnen, da diese sehr zeitaufwendig ist (Stichwort „Erarbeitung der tatsächlichen Annahmen nach Art. 36 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO“ und „Billigungsprozess nach Art. 36 Abs. 5 EuInsVO“) und – wird sie erst versucht, wenn der erste Gläubiger einen Antrag auf Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens gestellt hat – kaum mehr zu realisieren ist.

Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens untersucht. Die gefundenen Ergebnisse werden abschließend in neun Thesen zur Diskussion gestellt.

II. Zulässigkeit

1. Statthaftigkeit

a) Einschlägiger Rechtsweg

Fraglich ist zunächst, wie die Tatbestandsmerkmale „einstweilige Maßnahmen“ bzw. „Sicherungsmaßnahmen“ im Sinne von Art. 36 Abs. 9 EuInsVO auszulegen sind. Diese Tatbestandsmerkmale sind im Grundsatz – wie bei jeder anderen Verordnung auch – autonom auszulegen.¹¹ Weitere Anhaltspunkte, wie die Tatbestandsmerkmale zu verstehen sind, enthält die EuInsVO jedoch nicht. Da diese Maßnahmen von dem Gericht des Mitgliedstaats angewandt werden sollen, in dem ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre, ist deshalb ein Seitenblick in das dortige Prozessverständnis notwendig. Nach deutschem Verständnis kommen „einstweilige Maßnahmen“ bzw. „Sicherungsmaßnahmen“ nach öffentlichem Recht und nach Privatrecht in Betracht. Damit ist zunächst der einschlägige Rechtsweg zu klären (§ 13 GVG, § 40 VwGO).

„Einstweilige Maßnahmen“ bzw. „Sicherungsmaßnahmen“ im öffentlichen Recht (vgl. insbesondere §§ 123, 80 Abs. 5 VwGO) setzen voraus, dass der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet ist. Das scheint auf den ersten Blick fernliegend zu sein, weil nach deutschem Verständnis Gläubiger und Insolvenzverwalter in aller Regel Rechtsstreitigkeiten im ordentlichen Rechtsweg austragen. Auf das deutsche Verständnis kommt es hier indes nicht an. Vielmehr ist zu fragen, welche Rechtsstellung der Verwalter nach dem Recht des jeweils anderen EU-Mitgliedstaats hat und wie er vorliegend tätig wird. Würde beispielsweise Österreich unter einem „*Verwalter*“ im Sinne von Art. 2 Nr. 5 EuInsVO auch andere Stellen als natürliche Personen subsumieren, wäre womöglich der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

Fraglich ist deshalb zunächst, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen würde. Diese Frage wird im *deutschen* Verwaltungsrecht – und nur darauf kommt es nach der *lex fori* an¹² – u.a. anhand der Subordinations- bzw. Sonderrechtstheorie zu beantworten versucht.

¹¹ Ausführlich zur autonomen Auslegung der EuInsVO 2000 *Fehrenbach* (Fn. 5), S. 62 ff.; instruktiv ferner *Paulus*, EuInsVO, 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 18 und in allgemeiner Meinung Form etwa *Frischhut/Ranacher*, in: Ranacher/Staudigl/Frischhut, EU-Recht, 3. Aufl. (2015), S. 82 f.

¹² *Rauscher*, in: MüKoZPO, 4. Aufl. (2013) Band 1, Einleitung Rn. 26.

Nach der Subordinationstheorie kommt es für ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis darauf an, dass sich die Beteiligten gleichgeordnet, also auf gleicher Stufe gegenüberstehen. Ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis hingegen ist durch ein Über-Unterordnungsverhältnis geprägt. Für dieses Über-Unterordnungsverhältnisses kommt es etwa darauf an, ob einer der Beteiligten öffentliche Gewalt ausübt.¹³

Nach der Sonderrechtstheorie sind Regelungen öffentlich-rechtlich, wenn sie Sonderrechte oder -pflichten des Staates oder anderer Träger öffentlicher Gewalt begründen.¹⁴ Dabei sollen nur solche Rechtsverhältnisse dem öffentlichen Recht zugehören, bei denen auf einer Seite als Berechtigter oder Verpflichteter notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt sein muss, weil es sich um Rechte und Pflichten handelt, die nur einem Träger öffentlicher Gewalt zustehen bzw. diesen treffen können, während an bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen auf beiden Seiten Privatpersonen beteiligt sein können.¹⁵

Subsumiert man das Handeln des Verwalters des Hauptinsolvenzverfahrens unter diese Theorien ergibt sich folgendes: Nach *deutschem* Verständnis stehen Insolvenzverwalter und Gläubiger nicht in einem Über-Unterordnungsverhältnis. Der Verwalter ist vielmehr Partei kraft Amtes, wobei es sich um ein privates Amt handelt.¹⁶ Der Verwalter handelt also ausdrücklich nicht hoheitlich.¹⁷

Nach dem Verständnis des europäischen Insolvenzrechts kann „Verwalter“ jedoch nicht nur eine Person, sondern auch eine „Stelle“ sein, die die in Art. 2 Nr. 5 EuInsVO genannten Aufgaben wahrnimmt. Die dortige, eher vage gehaltene Aufgabenbeschreibung stellt darauf ab, dass die in der Verordnung als Verwalter umschriebene Person die Masse zu verwalten oder zu verwerten oder die Geschäftstätigkeit des Schuldners zu überwachen hat.¹⁸

Aufgrund der Unterschiede zwischen den EU-Mitgliedstaaten haben die Mitgliedstaaten in Anhang B (vormals Anhang C) verbindlich¹⁹ diejenigen Stellen

¹³ Vgl. *Zimmermann*, in MüKoZPO, 4. Aufl. (2013), § 13 GVG Rn. 7. *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 29. EL Oktober 2015, § 40 Rn. 45.3.

¹⁴ *Ehlers/Schneider* (Fn. 13), § 40 Rn. 45.

¹⁵ *Zimmermann* (Fn. 13), GVG § 13 Rn. 8.

¹⁶ *Bork*, Insolvenzrecht, 7. Aufl. (2014), § 7 Rn. 65; *Riedel*, in: HK-InsO, 8. Aufl. (2016), § 56 Rn. 38.

¹⁷ *Bork* (Fn. 16), § 7 Rn. 65 Fn 3. Grundlegend dazu *Jacoby*, Das private Amt (2007), insb. S. 30 und 79.

¹⁸ *Paulus*, EuInsVO, 4. Aufl. (2013), Art. 2 Rn. 7.

¹⁹ *Huber*, in: Geimer/Schütze, EuInsVO (2005), Art. 2 Rn. 1.

genannt, die nach dem dortigen Verständnis als „Verwalter“ anzusehen sind.²⁰ Teils fallen damit auch öffentliche Stellen, also Gerichte und Behörden, unter den Verwalterbegriff.²¹ In Österreich etwa kann „Verwalter“ auch das Insolvenzgericht bzw. das Konkursgericht sein. Sollte die öffentliche Stelle im Sinne von Anhang B zu Art. 2 Nr. 5 EuInsVO eine Rechtsposition ausüben, die ihr als Träger öffentlicher Gewalt zusteht, könnte nach der Subordinations- und Sonderrechtstheorie von einer *öffentlich-rechtlichen Streitigkeit* auszugehen sein, so dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet wäre. Das erscheint nicht gänzlich ausgeschlossen, doch würde dann die Einordnung der EuInsVO als Zivilsache nicht deutlich genug betont werden. Ermächtigungsgrundlage für die EuInsVO ist Art. 81 AEUV, der die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen betrifft.²² Selbst wenn „Verwalter“ im Sinne der EuInsVO damit nach dem Verständnis eines Mitgliedstaates ein Träger öffentlicher Gewalt wäre, würde dieser im Rahmen des Art. 36 Abs. 1 EuInsVO in einer Zivilsache tätig werden.²³ Anders gewendet handelt es sich bei Art. 36 Abs. 1 EuInsVO um ein Instrument, das privatem wie öffentlich-rechtlichem Inhaber des Verwalteramtes gleichermaßen zusteht und damit nicht Ausfluss öffentlicher Gewalt ist.²⁴

Sofern die Justiz in ihrer Funktion als „Verwalter“ eine Anordnung, Verfügung oder sonstige Maßnahme trifft, die einzelne Angelegenheiten auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts einschließlich des Handelsrechts, des Zivilprozesses und der freiwilligen Gerichtsbarkeit regelt, könnte es sich ferner um einen Justizverwaltungsakt im Sinne von § 23 EGGVG handeln. Für diese Justizverwaltungsakte wäre der ordentliche Rechtsweg eröffnet, § 23 Abs. 1 S. 1 EGGVG. In aller Regel wird es jedoch um das *tatsächliche* Handeln des Verwalters des Hauptinsolvenzverfahrens gehen und nicht um den Erlass eines (Justiz-)Verwaltungsaktes, weshalb diese Variante vorliegend nicht näher untersucht wird.

²⁰ Das führt insgesamt zu einem weiten Verwalterbegriff, *Lienau*, in: Wimmer/Bornemann/Lienau, Die Neufassung der EuInsVO, 2016, Rn. 161.

²¹ So schon zur EuInsVO 2010 *Smid*, Deutsches und europäisches Internationales Insolvenzrecht (2004), Art. 1 Rn. 22 und Art. 2 Rn. 5; *Duursma-Kepplinger*, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO (2002), Art. 2 Rn. 6.

²² Vgl. EG 3 EuInsVO. Zum „erheblichen Gewicht“ der Erwägungsgründe bei der Auslegung (gerade auch der EuInsVO) siehe *Fehrenbach* (Fn. 5), S. 64.

²³ Dieses Argument stammt von *Joachim Glöckler*, Stuttgart.

²⁴ Wer die Zusicherung als (einseitiges) Rechtsgeschäft sieht (vgl. etwa *Mankowski*, NZI 2015, 961, 963), kann darüber hinaus womöglich argumentieren, dass die dem Streit nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO zugrunde liegende Regelung dem Zivilrecht entspringt (dazu allgemein *Reimer*, in: BeckOK, VwGO, 37. Ed. Stand 01.04.2016, § 40 Rn. 40), was ebenfalls für den ordentlichen Rechtsweg spricht.

Für alle anderen Fälle, in denen der Verwalter wie nach dem deutschen Verständnis Inhaber eines privaten Amtes ist, ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet. Es handelt sich dann um eine zivilrechtliche Streitigkeit.

Damit ist zunächst folgendes festzuhalten: Selbst dann, wenn ein Mitgliedsstaat, in dem das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde, als Verwalter eine Stelle einsetzt, die im Vergleich zum Gläubiger in einem Über-Unterordnungsverhältnis steht bzw. solche Rechte innehat und ausübt, die ihr im Grundsatz gerade in ihrer Eigenschaft als Behörde zustehen, ist in der Bundesrepublik Deutschland, in der lokale Gläubiger den Rechtsschutz nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO suchen, von einer zivilrechtlichen Streitigkeit auszugehen, denn es handelt sich bei Art. 36 EuInsVO um ein zivilrechtliches Instrument. Viele Staaten, so auch die herrschende Rechtsauffassung in der Bundesrepublik Deutschland, verstehen den Verwalter jedoch ausschließlich als Inhaber eines privaten Amtes. Für all diese Fälle ist ohnehin der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet. Der ordentliche Rechtsweg ist ferner eröffnet, wenn es sich um einen Justizverwaltungsakt handeln sollte. Die nachfolgenden Untersuchungen konzentrieren sich daher auf den ordentlichen Rechtsweg.

b) Einstweilige Maßnahmen im Zivilrechtsweg

Im Zivilrechtsweg kommen als statthafte „einstweilige Maßnahmen“ bzw. „Sicherungsmaßnahmen“ insbesondere die vorläufigen Maßnahmen nach § 21 InsO oder der einstweilige Rechtsschutz nach §§ 916 ff. ZPO in Betracht. Nicht von vornherein ausgeschlossen ist es, Art. 36 Abs. 9 EuInsVO so verstehen zu wollen, dass vor einem deutschen Gericht gegen den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens eine Leistungs- oder Feststellungsklage erhoben werden könnte.²⁵ Allerdings ist klarzustellen, dass die EuInsVO auch in der neuen Fassung keine Anhaltspunkte dafür bietet, Art. 36 Abs. 9 EuInsVO in dieser Weise zu verstehen. Stimmiger erscheint es deshalb, diese Klagen nicht unter Art. 36 Abs. 9 EuInsVO zu subsumieren, denn diese Klagen gehören nach allgemeinem Prozessverständnis nicht zu den einstweiligen Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen, sondern zu den Hauptsacheklagen.

aa) Vorläufige Maßnahmen nach § 21 InsO. Nach § 21 InsO hat das Gericht alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhindern. Damit wird deutlich, dass § 21 InsO schon vom Grundsatz nicht direkt anwendbar ist. Ge-

²⁵ So wohl *Pluta/Keller* (Fn. 3), S. 450.

schützt zu werden braucht nämlich nicht das Eröffnungsverfahren.²⁶ Denn ein Antrag auf Eröffnung eines (Sekundär-)Insolvenzverfahrens wurde aufgrund der gebilligten Zusicherung im Sinne von Art. 36 Abs. 1 und 5 EuInsVO gerade nicht gestellt. § 21 InsO als Teil des Eröffnungsverfahrens ist damit vom Wortlaut und hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereichs nicht einschlägig.

Davon abgesehen sind die Maßnahmen nach § 21 InsO auch inhaltlich nicht einschlägig. Dabei wird nicht verkannt, dass § 21 Abs. 2 Satz 1 InsO einen nicht abschließenden beispielhaften Katalog enthält („insbesondere“).²⁷ Der vom Gesetzgeber vorgesehene Katalog macht gleichwohl deutlich, dass die Maßnahmen nach § 21 InsO für eine gänzlich andere Situation gedacht sind. In der vorliegenden Situation – die Umsetzung einer Zusicherung – würden sie nicht helfen:

Die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO) macht schon deshalb keinen Sinn, da bereits ein Verwalter bestellt wurde. Die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses (Nr. 1a) ist fernliegend, denn einen Gläubigerausschuss wird es schon geben, wenn das Recht des Staates, in dem das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde, diese Gläubigerbeteiligung kennt. Dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen (Nr. 2) ist nicht sinnvoll, da durch die Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens ohnehin die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens übergegangen sein dürfte. Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner (Nr. 3) brauchen nicht untersagt zu werden, weil der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens keine Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreibt. Der Verwalter hat ohnehin Zugriff auf die Insolvenzmasse. Nach dem Universalitätsprinzip kann der Insolvenzverwalter weltweit auf das Vermögen des Schuldners zugreifen und damit insbesondere auf das in anderen EU-Mitgliedstaaten belegene (vgl. nur Art. 21 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO).²⁸ Insoweit bedarf es keiner Zwangsvollstreckung. Vorsorglich sei klargestellt, dass der Zugriff des Verwalters des Hauptinsolvenzverfahrens auf Vermögen in dem Staat, in dem das Sekundärverfahren hätte eröffnet werden können, einer Zwangsvollstreckung i.S.v. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO nicht gleichsteht. Ferner ist eine vorläufige Portsperre (Nr. 4) ungeeignet, da damit die Einhaltung der Zusicherung nicht gewährleistet werden kann. Die Untersagung nach Nr. 5, wonach bestimmte Gegenstände vom Gläubiger nicht verwertet werden dürfen, ist schließlich deshalb nicht einschlägig, da das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde und die lokalen Gläubiger ohnehin keine Gegenstände selbständig verwerten dürfen. Die Verwer-

²⁶ So der eigentliche Normzweck, *Rüntz*, in: HK-InsO, 8. Aufl. (2016), § 21 Rn. 1; *Hölzle*, in: K.Schmidt, InsO, 19. Aufl. (2016), § 21 Rn. 3.

²⁷ *Hölzle* (Fn. 26), § 21 Rn. 33; *Schmerbach*, in: FK-InsO, 8. Aufl. (2015), § 21 Rn. 10.

²⁸ *Smid* (Fn. 21), Einleitung Rn. 3 und 10; *Lüer*, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl. (2015), vor §§ 335-358 Rn. 28; *Kindler*, in: MüKoBGB, 6. Aufl. (2015), Band 11, IntInsR, Rn. 4 ff.; vgl. ferner *Stephan*, in: HK-InsO, 8. Aufl. (2016), vor §§ 335 ff. Rn. 9

tung obliegt nun dem Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens (vgl. Art. 2 Nr. 5 lit. iv EuInsVO).

Im Übrigen sind auch die Maßnahmen nach § 21 Abs. 3 InsO nicht einschlägig. Danach kann das Gericht, reichen andere Maßnahmen nicht aus, den Schuldner bzw. seine organschaftlichen Vertreter zwangsweise vorführen und nach Anhörung in Haft nehmen lassen. Unabhängig von der Frage, ob das *deutsche* Gericht über den *ausländischen* Schuldner bzw. dessen Organe eine Rechtsmacht hätte,²⁹ wäre eine solche zwangsweise Vorführung des Schuldners nicht hilfreich. Denn vorliegend geht es um die Einhaltung der Zusicherung durch den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens und nicht durch den Schuldner.

§ 21 InsO ist damit weder von seinem grundsätzlichen Anwendungsbereich noch betreffend seiner typischen Maßnahmen einschlägig. Vorläufige Maßnahmen nach § 21 InsO sind nach alledem nicht statthaft.

bb) Einstweiliger Rechtsschutz nach §§ 916 ff. ZPO. Statthaft könnte jedoch der einstweilige Rechtsschutz nach §§ 916 ff. ZPO sein.³⁰ Das deutsche Recht differenziert hier zwischen dem Arrest nach § 916 ZPO und der einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO. Diese Figuren werden gewöhnlich nach der materiellrechtlichen Grundlage abgegrenzt:

Das Arrestverfahren ist nach dem Wortlaut des § 916 Abs. 1 ZPO statthaft zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung oder eines Anspruchs, der in eine Geldforderung übergehen kann.³¹ Mit einstweiligen Verfügungen hingegen können andere Ansprüche wie etwa Unterlassungs- und Herausgabeansprüche abgesichert werden.³²

Der Arrest setzt grundsätzlichen einen Arrestanspruch und einen Arrestgrund voraus.³³ § 916 Abs. 1 ZPO versteht dabei die Zielrichtung des Arrest darin, dass die spätere Zwangsvollstreckung gesichert wird.³⁴ Das führt zu der Frage, ob in

²⁹ Das wäre jedenfalls dann, wenn sich der ausländische Hauptinsolvenzverwalter nicht einmal auf deutschem Territorium befände, sehr zweifelhaft. Dazu in allgemeiner Form etwa *Berger*, in: ders., *Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht* (2006), Kap. 3 Rn. 2.

³⁰ Denn auch im europäischen Kontext wird unter „einstweilige Maßnahmen“ der deutsche Arrest und das einstweilige Verfügungsverfahren subsumiert, siehe etwa *Thümmel*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 4. Aufl. (2014), § 919 Rn. 2.

³¹ *Schellhammer*, in: *Zivilprozess*, 14. Aufl. (2013), Rn. 1920; *Brox/Walker*, in: *Zwangsvollstreckungsrecht*, 10. Aufl. (2014), Rn. 1492; *Thümmel* (Fn. 30), § 916 Rn. 1.

³² *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, 22. Aufl. (2002), § 935 Rn. 2; *Schellhammer* (Fn. 31), Rn. 1921.

³³ *Huber*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, 13. Aufl. (2016), § 916 Rn. 12.

³⁴ *Grunsky* (Fn. 32), § 916 Rn. 3; *Thümmel* (Fn. 30), § 916 Rn. 3.

der vorliegenden Konstellation einer Zusicherung i.S.v. Art. 36 Abs. 1 EuInsVO zumindest in Zukunft die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung besteht. Zunächst einmal ist festzustellen, dass die bloße Zusicherung i.S.v. Art. 36 EuInsVO (noch) keinen Vollstreckungstitel darstellt, aus dem die lokalen Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreiben könnten.³⁵ Denn andernfalls würde es Art. 36 Abs. 8 EuInsVO nicht bedürfen, der wohl eine Leistungsklage³⁶ auf Einhaltung der Zusicherung ermöglicht und damit ggf. auch eine Titulierung. Die Zusicherung ist vielmehr die materiell-rechtliche Grundlage³⁷ für die Verwertung und Befriedigungshöhe der lokalen Gläubiger. Nach deutschem Verständnis fehlt damit für einen Vollstreckungstitel eine gerichtliche Entscheidung im Sinne von § 278 Abs. 6 ZPO bzw. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO oder eine notarielle vollstreckbare Urkunde im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.

Allerdings muss es für ein Arrestverfahren ausreichen, dass die Zusicherung zu einem späteren Zeitpunkt tituliert werden könnte.³⁸ Dass eine solche Titulierung im Grundsatz möglich wäre, erscheint durchaus denkbar. Letztlich ist die Zusicherung etwas, was inhaltlich in einer vollstreckbaren notariellen Urkunde ebenso denkbar wäre. Weil es in Arrestverfahren eben um die Sicherung des materiell-rechtlichen Anspruchs geht³⁹ und darum, die Entscheidungsmöglichkeiten im Hauptprozess offenzuhalten⁴⁰, ist das Arrestverfahren vorliegend von seiner Zielrichtung her einschlägig.

Will der lokale Gläubiger hingegen einen Unterlassungsanspruch gegen den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens sichern – etwa um den Verwalter zu untersagen, die Masse fehlerhaft zu verwerten –, wäre dafür die einstweilige Verfügung in Form der Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO statthaft. Ob ein solcher Unterlassungsanspruch besteht, ist dann eine Frage der Begründetheit des Verfügungsverfahrens.⁴¹

Das Arrestverfahren wird somit in der Regel das statthafte Verfahren sein, da es meist um die Sicherung der Geldforderung des lokalen Gläubigers gehen wird bzw. die Rechtsposition aus der Zusicherung in eine Geldforderung übergehen

³⁵ *Pluta/Keller* (Fn. 3), S. 448, auch mit Hinweisen zur gegenteiligen Vorstellung von Kommission und Parlament im Gesetzgebungsverfahren.

³⁶ Vgl. den Wortlaut des Art. 36 Abs. 8 EuInsVO „den Verwalter [...] zu verpflichten“.

³⁷ *Mankowski*, NZI 2015, 961, 963: „einseitiges Rechtsgeschäft“.

³⁸ *Grunsky* (Fn. 32), § 916 Rn. 3: „vollstreckbar“.

³⁹ Vgl. *Huber* (Fn. 33), § 916 Rn. 3.

⁴⁰ *Huber* (Fn. 33), § 916 Rn. 1.

⁴¹ Woher ein solcher materiell-rechtlicher Anspruch resultieren soll, ist aber fraglich. Ganz fernliegend ist ein solcher Anspruch jedoch nicht, könnte dieser doch Teil der Zusicherung sein oder sich womöglich aus dieser ableiten.

kann. Der Arrest würde den materiell-rechtlichen Anspruch des lokalen Gläubigers und damit eine etwaige spätere Zwangsvollstreckung, etwa wenn der lokale Gläubiger aus der Zusicherung auf Leistung klagen muss, absichern. Will der Gläubiger hingegen einen Unterlassungsanspruch sichern, ist die einstweilige Verfügung statthaft.

2. Zuständiges Gericht für Maßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO

Nachdem das statthafte Verfahren ermittelt wurde, ist nun zu prüfen, welches Gericht für das Arrest- bzw. Verfügungsverfahren international, sachlich und örtlich zuständig wäre.

a) Internationale Zuständigkeit

Nach dem Wortlaut des Art. 36 Abs. 8 und 9 EuInsVO steht den lokalen Gläubigern eine „Wahlzuständigkeit“ zu zwischen den Gerichten im Staat des Hauptinsolvenzverfahrens und denjenigen in dem Staat, in dem das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre.⁴² Daher besteht kein Zweifel, dass die Gerichte des Staats, in dem das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre, für Verfahren nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO international zuständig sind.⁴³ Diese internationale Zuständigkeit konkurriert mit der internationalen Zuständigkeit der Gerichte in dem Staat des Hauptinsolvenzverfahrens.⁴⁴ Rufen die lokalen Gläubiger also deutsche Gerichte an und hätte in Deutschland das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet werden können, sind die deutschen Gerichte international zuständig.

b) Sachliche und örtliche Zuständigkeit

Deutlich schwieriger ist es, das sachlich und örtlich zuständige deutsche Gericht zu bestimmen. Da die vorläufigen Maßnahmen nach § 21 InsO keine statthaften Maßnahmen i.S.v. Art. 36 Abs. 9 EuInsVO sind (vgl. II 1 b) aa)), ist nicht schon das Amtsgericht als Insolvenzgericht zuständig, das für die Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens zuständig gewesen wäre.

Ferner ist es zwar nicht ausgeschlossen, dass der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens einen Justizverwaltungsakt i.S.v. § 23 EGGVG erlässt, dann nämlich, wenn das Recht eines EU-Mitgliedsstaats den Verwalter als Justizbehörde definiert (vgl. II 1 a). Nur für diesen Fall wäre hinsichtlich der sachlichen Zustän-

⁴² Pluta/Keller (Fn. 3), S. 449; Wimmer, jurisPR-InsR 7/2015 Anm. 1, S. 8.

⁴³ Mankowski, NZI 2015, 961, 969; Pluta/Keller (Fn. 3), S. 448.

⁴⁴ Mankowski, NZI 2015, 961, 969.

digkeit § 25 EGGVG einschlägig, wonach das Oberlandesgericht in erster Instanz zuständig ist. Dann wäre zwar die sachliche Zuständigkeit eindeutig zu bestimmen, jedoch könnte die örtliche Zuständigkeit nicht unmittelbar aus § 25 Abs. 1 EGGVG ermittelt werden. Denn nach § 25 Abs. 1 EGGVG wäre dasjenige Oberlandesgericht zuständig, in dessen Bezirk die Justizbehörde ihren Sitz hat. Da die Justizbehörde nach dem Verständnis des entsprechenden EU-Mitgliedstaates der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens wäre, dürfte dieser seinen Sitz regelmäßig in diesem Mitgliedstaat haben. Die Regelung zur örtlichen Zuständigkeit in § 25 Abs. 1 EGGVG würde also ins Leere gehen. Denn Art. 36 Abs. 9 EuInsVO will den lokalen Gläubigern gerade Rechtsschutz vor denjenigen Gerichten eines Mitgliedstaats ermöglichen, in dem ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre. Denkbar erscheint es, § 25 Abs. 1 EGGVG in diesen Fällen im Lichte des Art. 36 Abs. 9 EuInsVO so auszulegen, dass dasjenige Oberlandesgericht zuständig ist, in dessen Bezirk der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens tätig geworden ist, was wohl häufig derjenige Ort ist, wo das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre.

Im Mittelpunkt der Untersuchung soll nun die sachliche und örtliche Zuständigkeit stehen, wenn Maßnahmen nach den §§ 916 ff. ZPO beantragt werden.

aa) Allgemeine und besondere Gerichtsstände. Ohne näher auf die Frage nach der statthaften einstweiligen Maßnahme einzugehen, wird vereinzelt im Schrifttum vertreten, dass die Zuständigkeit für Maßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO beim Insolvenzgericht liege.⁴⁵ Dazu wird auf § 19a ZPO abgestellt,⁴⁶ wonach der allgemeine Gerichtsstand eines Insolvenzverwalters für Klagen, die sich auf die Insolvenzmasse beziehen, durch den Sitz des Insolvenzgerichts bestimmt wird. Offensichtlich wird von dieser Auffassung § 19a ZPO so gelesen, dass die Norm auch den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens erfasse. Über den Wortlaut hinaus, wird die Vorschrift ferner nicht nur für Klagen, sondern auch für einstweilige Maßnahmen angewandt. Im Übrigen wird § 19a ZPO offenbar so ausgelegt, dass es genüge, wenn sich die einstweiligen Maßnahmen nicht auf die Insolvenzmasse insgesamt, sondern nur auf den Teil beziehen, der von dem potentiellen Sekundärinsolvenzverfahren erfasst worden wäre. Nach dieser Auffassung wird § 19a ZPO nach alldem sehr extensiv ausgelegt, um zu einem allgemeinen Gerichtsstand am Sitz des Insolvenzgerichts zu gelangen.

Unterstellt man einmal, diese eher zweifelhafte Auffassung wäre richtig, dann würde § 19a ZPO gleichwohl nur einen allgemeinen Gerichtsstand begründen. Sollte daneben jedoch ein ausschließlicher Gerichtsstand bestehen, würde dieser –

⁴⁵ Pluta/Keller (Fn. 3), S. 450.

⁴⁶ Pluta/Keller (Fn. 3), S. 450.

wie auch sonst im Recht der Zuständigkeiten – den allgemeinen Gerichtsstand nach § 19a ZPO verdrängen.⁴⁷

bb) Ausschließliche Gerichtsstände. Ein solcher ausschließlicher Gerichtsstand könnte hier – sind die einstweiligen Maßnahmen nach §§ 916 ff. ZPO statthaft – nach §§ 919, 937 ZPO bestehen. Für das Arrestverfahren gilt nach § 919 ZPO, dass das Gericht der Hauptsache oder dasjenige Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk der Gegenstand liegt. Für das einstweilige Verfügungsverfahren sieht § 937 ZPO vor, dass das Gericht der Hauptsache auch für das Verfügungsverfahren zuständig ist.

Auf die §§ 919, 937 ZPO ist § 802 ZPO anwendbar, wonach die Gerichtsstände des 8. Buches der Zivilprozessordnung ausschließliche sind. Die §§ 919, 937 ZPO gehören systematisch gerade zum 8. Buch der ZPO. § 802 ZPO ist damit auch auf das Arrest- und einstweilige Verfügungsverfahren anwendbar.⁴⁸ §§ 919, 937 ZPO verdrängen damit § 19a ZPO.

Damit spricht auch viel dafür, dass in einer Zusicherung keine Gerichtsstandsvereinbarung für die einstweiligen Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO aufgenommen werden könnte.⁴⁹ Zwar ist die EuInsVO auch diesbezüglich autonom auszulegen und wäre dann vorrangig,⁵⁰ allerdings finden sich hierzu weder im Normtext noch in den Erwägungsgründen Anhaltspunkte. Dann aber bleibt es bei einem auf Art. 36 Abs. 9 EuInsVO fußenden Verfahren vor einem deutschen Gericht bei dem allgemeinen Grundsatz, dass Prorogationen ausweislich § 40 Abs. 2 ZPO nicht möglich sind, wenn eine ausschließliche Zuständigkeit angeordnet ist.⁵¹

Damit ist für ein Arrestverfahren dasjenige Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Gegenstand liegt. § 919 ZPO regelt folglich sowohl die sachliche (Amtsgericht) als auch örtliche Zuständigkeit (Belegenheitsort).⁵² Wird **bei-**

⁴⁷ Allgemein zu dieser Verdrängungswirkung *Patzina*, in: MüKoZPO, 4. Aufl. (2013), § 12 Rn. 27; *Heinrich*, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. (2016), § 12 Rn. 8.

⁴⁸ *Hoffmann*, in: BeckOK ZPO, § 802 Rn. 1; *Wolfsteiner*, in: MüKoZPO, 4. Aufl. (2012), § 802 Rn. 2; *Drescher*, in: MüKoZPO, 4. Aufl. (2012) § 919 Rn. 2 und 937 Rn. 2; *Thümmel* (Fn. 30), § 919 Rn. 3. Ebenso *Kemper*, in: Saenger, ZPO, 6. Aufl. (2015), § 919 Rn. 1, aber anders für § 937 (dort Rn. 3).

⁴⁹ Abgesehen davon, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung einen zweiseitigen Vertrag darstellt (dazu *Lange*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 5. Aufl. (2013), § 38 Rn. 2), während die Zusicherung nach Art. 36 Abs. 1 EuInsVO ein *einseitiges* Rechtsgeschäft darstellt (*Manowski*, NZI 2015, 961, 963).

⁵⁰ *Frischhut/Ranacher*, in: Ranacher/Staudigl/Frischhut, EU-Recht, 3. Aufl. (2015), S. 82 f.

⁵¹ *Patzina* (Fn. 47), § 40 Rn. 2; *Schellhammer* (Fn. 31), Rn. 1903.

⁵² *Thümmel* (Fn. 30), § 919 Rn. 1.

spielsweise ein in Fulda belegenes Grundstück vom Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens entgegen der Zusicherung verwertet und ist dadurch absehbar, dass der Verwalter die lokalen Gläubiger entsprechend der Zusicherung nicht wird befriedigen können, ist für das Arrestverfahren ausschließlich das Amtsgericht Fulda zuständig.⁵³

Fraglich bleibt aber, wie das „Gericht der Hauptsache“ in der vorliegenden Konstellation zu bestimmen ist. Denkbar ist zunächst, dass das Gericht der Hauptsache dasjenige nach Art. 36 Abs. 8 EuInsVO ist. Das wäre das Gericht im Staat des Hauptinsolvenzverfahrens, das die lokalen Gläubiger anrufen können, um den Verwalter zu verpflichten, den Inhalt der Zusicherung einzuhalten. Allerdings ist schon zweifelhaft, ob das Gericht der Hauptsache überhaupt im Ausland liegen kann. Denn gemeinhin kann „Gericht der Hauptsache“ nur ein inländisches Gericht sein.⁵⁴ Zweifelhaft ist zudem, ob es für die Verfahren nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO überhaupt ein Gericht der Hauptsache geben kann und zudem, ob dieses tatsächlich in dem Staat liegt, in dem das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde. Auffallend ist nämlich, dass Art. 36 Abs. 9 EuInsVO die lokalen Gläubiger nach seinem Wortlaut nicht verpflichtet, ein Hauptverfahren anhängig zu machen. Vielmehr scheint es möglich zu sein, dass allein *einstweilige* Maßnahmen beantragt und erlassen werden, ohne danach oder parallel dazu ein Hauptsacheverfahren zu beantragen. Das scheint auch die Wendung in Art. 36 Abs. 9 EuInsVO zu stützen, wonach lokale Gläubiger Rechtsschutz in dem Staat, in dem das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre, „auch“ und nicht „zuvor“ beantragen können.⁵⁵ Art. 36 Abs. 9 EuInsVO scheint nach seinem Wortlaut also von Abs. 8 unabhängig zu sein. Nach Sinn und Zweck des Art. 36 Abs. 9 EuInsVO wäre es auch widersprüchlich, auf der einen Seite die internationale Zuständigkeit bei den Gerichten des Staats zu begründen, in dem ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre, und auf der anderen Seite die örtliche Zuständigkeit im Staat des Hauptinsolvenzverfahrens anzunehmen. Das spricht dafür, dass das „Gericht der Hauptsache“ in Arrest- und einstweiligen Verfügungsverfahren auf Grundlage von Art. 36 Abs. 9 EuInsVO neu bestimmt werden muss.⁵⁶ Mangels einer konkre-

⁵³ Unklar ist, ob bei Art. 36 Abs. 1 EuInsVO der Fokus allein auf der gefährdeten *Verteilung des Erlöses* entsprechend dem nationalen Recht liegt, oder aber auch eine Abweichung von der *Verwertung* für Maßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO genügen können. Für das zweite Verständnis könnte Art. 36 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO streiten, der zu den tatsächlichen Annahmen der Zusicherung gerade auch die „Möglichkeiten [der] Verwertung“ der Gegenstände nennt. Eine Verwertung entgegen den der Zusicherung zugrunde liegenden Annahmen kann (muss aber nicht) die Verteilung des Erlöses nach dem nationalen Recht gefährden.

⁵⁴ *Thümmel* (Fn. 30), § 919 Rn. 10; *Grunsky* (Fn. 32), § 919 Rn. 4.

⁵⁵ Beachte aber, dass bei der Auslegung der EuInsVO nach dem Wortlaut dieser Methode eine geringere Aussagekraft zukommt als im nationalen Recht, *Fehrenbach* (Fn. 5), S. 63.

⁵⁶ Siehe zu dem ähnlichen Spannungsverhältnis zwischen Art. 31 EuGVVO und § 919 ZPO etwa *Thümmel* (Fn. 30), § 919 Rn. 2.

tisierenden deutschen Vorschrift, besteht hier eine Lücke. Würde diese nicht durch Auslegung geschlossen werden, würde § 937 ZPO leerlaufen. Dann kämen im Anwendungsbereich des Art. 36 Abs. 9 EuInsVO mangels zuständigen deutschen Gerichts einstweilige Verfügungen nicht in Betracht. Das wäre ein zweifelhaftes Ergebnis.

Da es nach der grammatischen Auslegung weder ein Hauptsachegericht gibt, noch nach teleologischer Auslegung dieses im Staat des Hauptinsolvenzverfahrens liegen kann bzw. muss, sollte die Zuständigkeit für einstweilige Maßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO so bestimmt werden, dass auf das sachnächste Gericht abgestellt wird. Das sachnächste Gericht wäre regelmäßig dasjenige deutsche Gericht, welches das Sekundärinsolvenzverfahren hätte eröffnen können. Gehört die Sache von dem Wert des Streitgegenstandes zu den Landgerichten (§§ 23, 71 GVG), ist Gericht der Hauptsache das zugehörige Landgericht. Hier auf den Wert des Streitgegenstandes abzustellen, würde auf der Linie einer anderen Zuständigkeitsregelung der InsO liegen – nämlich der des § 180 Abs. 1 Satz 3 InsO für die Tabellenfeststellungsklage – und sich damit gut in das System der InsO integrieren.

cc) Zwischenergebnis. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Arrest- und einstweilige Verfügungsverfahren ergibt sich aus Art. 36 Abs. 9 EuInsVO. Sachlich und örtlich ausschließlich zuständig sind in Arrestverfahren zum einen diejenigen Amtsgerichte, in deren Bezirk die Sache liegt,⁵⁷ im Übrigen sowie in einstweiligen Verfügungsverfahren dasjenige Gericht, das für die Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens zuständig gewesen wäre und – gehört die Sache streitwertbedingt zu den Landgerichten – das zugehörige Landgericht.

3. Antragsbefugnis

Fraglich ist, ob im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung auch eine Antragsbefugnis zu prüfen ist. Nach dem Wortlaut des Art. 36 Abs. 9 EuInsVO können die Gerichte nur die „lokalen Gläubiger“ anrufen. Das ließe sich so verstehen, dass nur die lokalen Gläubiger antragsbefugt sind. Der Begriff der „lokalen Gläubiger“ wird in Art. 2 Nr. 11 EuInsVO definiert. Danach meint „lokaler Gläubiger“ denjenigen Gläubiger, dessen Forderung gegen den Schuldner aus oder in Zusammenhang mit dem Betrieb einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat entstanden ist, in dem sich der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners befindet. Damit wird deutlich, dass keinesfalls nur deutsche Gläubiger antragsbefugt sind. Vielmehr ist der Bezug der Forderung zu dem Be-

⁵⁷ Dieses Ergebnis liegt damit auf dem auch im Internationales Insolvenzrecht anerkannten Grundsatz *lex rei sitae*, vgl. nur *Stephan* (Fn. 28), vor §§ 335 ff. Rn. 5.

trieb der Niederlassung entscheidend.⁵⁸ Andererseits sind die Gläubiger, die Forderungen aus oder in Zusammenhang mit dem Betrieb einer anderen Niederlassung in einem anderen potentiellen Sekundärinsolvenzverfahrensstaat haben, und die Gläubiger, die Forderungen im Zusammenhang mit dem COMI des Schuldners in dem Staat des Hauptinsolvenzverfahrens haben sowie die Verwalter aus Staaten, in denen ein Sekundärinsolvenzverfahren nicht vermieden werden konnte, nicht antragsbefugt.

Die Antragsbefugnis ist schlüssig vorzutragen und (spätestens⁵⁹) im Falle des Bestreitens glaubhaft zu machen. Die Privilegierung des § 920 ZPO (ggf. in Verbindung mit § 936 ZPO; dazu unter III 4.) bezieht sich nach dem Wortlaut zwar nur auf den Arrestanspruch und -grund bzw. Verfügungsanspruch und -grund, wird aber gemeinhin auch auf die sonstigen Prozessvoraussetzungen angewandt.⁶⁰

Ob darüber hinaus ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis bestehen muss, erscheint nicht ausgeschlossen. Es dürfte aber nicht schon dann fehlen, wenn nach den Verteilungsrechten des nationalen Rechts (vgl. Art. 36 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO) nicht mit einer Befriedigung zu rechnen ist – das ist statistisch im deutschen Insolvenzrecht regelmäßig bei allen Gruppen der nachrangigen Insolvenzgläubiger der Fall (§ 39 InsO). Denn zu diesem Zeitpunkt kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch solche lokalen Gläubiger noch zu einer zumindest anteiligen Befriedigung gelangen, die in der Rangfolge besonders weit hinten stehen (vgl. deshalb für das deutsche Verständnis § 174 Abs. 3 InsO).

III. Begründetheit

1. Prüfungsmaßstab

Das deutsche Gericht hat den Arrest anzuordnen bzw. die einstweilige Verfügung zu erlassen, wenn der lokale Gläubiger den Arrestanspruch und Arrestgrund bzw. den Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund glaubhaft gemacht hat, §§ 920 Abs. 2, 936 ZPO.⁶¹

⁵⁸ Vgl. *Mankowski*, NZI 2015, 961, 963.

⁵⁹ *Drescher*, (Fn. 48), § 920 Rn. 12.

⁶⁰ *Haertlein*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 3. Aufl. (2015), § 920 Rn. 14; *Drescher* (Fn. 48), § 920 Rn. 12; *Mayer*, in: BeckOK ZPO, 20. Ed. Stand 01.03.2016, § 920 Rn. 4.

⁶¹ Allgemein dazu *Thümmel* (Fn. 30), § 916 Rn. 1.

2. Arrest- bzw. Verfügungsanspruch

Fraglich ist, wann dem lokalen Gläubiger gegen den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens ein Arrest- bzw. Verfügungsanspruch zusteht. In gewöhnlichen Arrestverfahren fällt unter § 916 ZPO jeder Anspruch, der in eine Geldforderung übergehen kann.⁶² Dabei ist ein Anspruch auch dann schon im Sinne von § 920 Abs. 2 ZPO zu bejahen, wenn er als solches zwar schon besteht, aber noch nicht fällig ist.⁶³ Lediglich künftige Ansprüche sind nicht arrestfähig, weil es noch am materiellen Bestand fehlt.⁶⁴ Taugliche Verfügungsansprüche hingegen sind Unterlassungsansprüche, aber auch Ansprüche auf Sicherung aus einem Vertrag sowie possessorische Ansprüche aus §§ 861, 862 BGB.⁶⁵

Art. 36 Abs. 9 EuInsVO äußert sich nicht ausdrücklich zu einem solchen Anspruch. Allerdings enthält Abs. 9 die Zielrichtung der Maßnahme, nämlich „die Einhaltung des Inhalts der Zusicherung durch den Verwalter sicherzustellen“. Diese Zielrichtung deckt sich mit Art. 36 Abs. 8 EuInsVO. Auch in dem Staat, in dem das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde, kann der Verwalter verpflichtet werden, den Inhalt der Zusicherung einzuhalten. Aus der Zusammenschau der Absätze 8 und 9 wird zudem deutlich, dass der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens passivlegitimiert ist („den Verwalter zu verpflichten“) und der Arrest- bzw. Verfügungsanspruch offenbar auf Leistung⁶⁶ bzw. Unterlassen gerichtet sein kann.

Damit wird deutlich, dass der lokale Gläubiger dann einen Arrest- bzw. Verfügungsanspruch gegen den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens hat, wenn dieser nicht den Inhalt der Zusicherung einhält. Das Gericht wird deshalb als Maßstab den Inhalt der Zusicherung zugrunde zu legen und sodann die behauptete Abweichung zu prüfen haben. Eine solche Abweichung scheint sowohl in negativer als auch positiver Hinsicht möglich zu sein und kann einen entsprechenden Arrest- bzw. Verfügungsanspruch begründen. Bei der negativen Abweichung versteht sich das von selbst, aber auch die positive Abweichung – also etwa die Bevorzugung eines einzelnen lokalen Gläubigers – kann den Arrest- bzw. Verfügungsanspruch begründen, da die Bevorzugung eines einzelnen die Benachteiligungen der übrigen Gläubiger mit sich bringt.

Genauso wie in gewöhnlichen Arrestverfahren, braucht der Anspruch des lokalen Gläubigers noch nicht fällig zu sein. Deshalb hat der lokale Gläubiger auch

⁶² Huber (Fn. 33), § 916 Rn. 13.

⁶³ Huber (Fn. 33), § 916 Rn. 15.

⁶⁴ Huber (Fn. 33), § 916 Rn. 16.

⁶⁵ Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. (2014), § 936 Rn. 9.

⁶⁶ Wohl deshalb sprechen Pluta/Keller (Fn. 3), S. 450 von einer Leistungsklage.

schon vor Eintritt der Fälligkeit einen Anspruch darauf, dass der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens die Zusicherung einhält.

3. Arrest- bzw. Verfügungsgrund

Gewöhnliche Arrest- bzw. Verfügungsverfahren setzen zudem einen Arrest- bzw. Verfügungsgrund voraus, §§ 917, 918, 935, 940 ZPO. In Arrestverfahren wird dabei zwischen dem Arrestgrund bei dinglichem und persönlichem Arrest unterschieden.

Ein Arrestgrund beim dinglichem Arrest im Sinne von § 917 Abs. 1 ZPO liegt vor, wenn zu besorgen ist, dass ohne den dinglichen Arrest die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde. Demnach soll eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse verhindert werden, was etwa schon durch eine leichtfertige Geschäftsführung des Schuldners begründet sein kann.⁶⁷ Nach § 917 Abs. 2 ZPO ist ein zureichender Arrestgrund ferner anzunehmen, wenn das Urteil im Ausland vollstreckt werden müsste und die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist. Allerdings soll der Arrestgrund nicht vorliegen, wenn in der Bundesrepublik Deutschland genügend Vermögen besteht und nicht die Gefahr begründet ist, dass der Schuldner dieses beiseiteschafft.⁶⁸

Der Arrestgrund beim persönlichem Arrest im Sinne von § 918 ZPO findet nur statt, wenn er erforderlich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern. Der Arrestgrund des persönlichen Arrests ist damit subsidiär zum dinglichen Arrest.⁶⁹ Auch hier sind in gewöhnlichen Arrestverfahren Situationen ausreichend, bei denen der Verbleib von Vermögensgegenständen unklar bzw. zu befürchten ist, dass der Schuldner sie beiseiteschafft.⁷⁰

Ein Verfügungsgrund liegt nach § 935 ZPO vor, wenn zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

Arrest- und Verfügungsgrund bei einstweiligen Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO sind in entsprechender Auslegung des § 917 ZPO dann anzunehmen, wenn zu besorgen ist, dass der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens das Vermögen, das in dem Staat des potentiellen Se-

⁶⁷ Seiler, in: Thomas/Putzo, ZPO, 35. Aufl. (2014), § 917 Rn. 1 f; Mayer, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 20. Edition Stand 01.03.2016, § 917 Rn. 5.

⁶⁸ Seiler (Fn. 67), § 917 Rn. 3 f; Mayer, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 20. Edition Stand 01.03.2016, § 917 Rn. 16.

⁶⁹ Vgl. Mayer (Fn. 68), § 918 Rn. 2.

⁷⁰ Seiler (Fn. 67), § 918 Rn. 1 f.; Mayer (Fn. 68), § 918 Rn. 2.

kundärinsolvenzverfahrens belegen ist, so verwertet, dass die Befriedigung der lokalen Gläubiger gemäß der Zusicherung dauerhaft in Gefahr steht.

Weiter ist zu sehen, dass die lokalen Gläubiger gerichtliche Maßnahmen gegen den Verwalter zwar auch in dem Staat des Hauptinsolvenzverfahrens beantragen könnten, Art. 36 Abs. 8 EuInsVO. Womöglich ist also nach dem dortigen Recht insbesondere eine Leistungsklage gegen den Verwalter möglich. Fraglich ist deshalb, ob die Nichteinhaltung der Zusicherung und die Gefahr, dass sich die lokalen Gläubiger nun nur noch in einem gerichtlichen Verfahren in dem Staat des Hauptinsolvenzverfahrens schadlos halten können, als Arrestgrund ausreicht.

Auf der einen Seite ist die Gegenseitigkeit der Vollstreckung (vgl. § 917 Abs. 2 Satz 1 ZPO) in der Europäischen Union gegenüber den anderen Mitgliedstaaten im Regelfall verbürgt,⁷¹ was dafür sprechen könnte, dass die bloße Erschwerung der Rechtsverfolgung in dem Staat des Hauptinsolvenzverfahrens als Arrestgrund nicht genügt.

Auf der anderen Seite würde Art. 36 Abs. 9 EuInsVO deutlich an Wert verlieren und damit der Schutz der lokalen Gläubiger sinken, wenn der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens gegen die Zusicherung verstoßen und argumentieren könnte, die lokalen Gläubiger könnten ihre Rechte vor den Gerichten des Staates des Hauptinsolvenzverfahrens verfolgen. Weil Art. 36 Abs. 9 EuInsVO die Rechtsschutzmöglichkeiten der lokalen Gläubiger verbessern will – insbesondere mit Blick auf die andernfalls bestehenden sprachlichen Schwierigkeiten und regelmäßig unbekanntes Rechtssysteme –, wäre eine solche Sichtweise nicht überzeugend.

Das spricht im Ergebnis dafür, die Gefahr, dass sich die lokalen Gläubiger nun nur noch in einem gerichtlichen Verfahren in dem Staat des Hauptinsolvenzverfahrens schadlos halten können, als Arrestgrund ausreichen zu lassen. Ähnlich verhält es sich bei der Prüfung des Verfügungsgrundes. Ist zu besorgen, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts der lokalen Gläubiger vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, liegt auch für ein Verfahren nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO ein hinreichender Verfügungsgrund vor.

4. Glaubhaftmachung

Arrestanspruch und -grund bzw. Verfügungsanspruch und -grund sind glaubhaft zu machen, § 920 Abs. 2 ZPO. Das meint die zugrunde liegenden Tatsachen.⁷²

⁷¹ Zu einem Staatenverzeichnis siehe *Gottwald*, in: MüKoZPO, 4. Aufl. (2013), § 328 Rn. 135 ff.

⁷² Zutreffend *Drescher* (Fn. 48), § 920 Rn. 12.

Für diese Glaubhaftmachung kann sich der lokale Gläubiger jeder der fünf Strengbeweismittel bedienen (§§ 371-477 ZPO). Darüber hinaus ist der Freibeweis nach § 294 ZPO zugelassen. Der Antragsteller kann Anspruch und Grund demnach insbesondere mit einer (strafbewehrten) Versicherung an Eides statt glaubhaft machen.⁷³

Nach deutschem Prozessverständnis müsste der lokale Gläubiger hinsichtlich Anspruch und Grund damit nicht den vollen Beweis erbringen. Vielmehr genügt es, wenn der Richter das Bestehen der behaupteten Tatsache für wahrscheinlicher hält als das Gegenteil.⁷⁴ Die dazu verwendeten Beweismittel müssen aber präsent sein.⁷⁵ Denkbar wäre etwa, dass der lokale Gläubiger neben oder anstelle der Versicherung an Eides statt Lichtbilder von den Verwertungshandlungen des Verwalters des Hauptinsolvenzverfahrens vorlegt, die die Abweichung von der Zusage belegen, oder seinem Antrag Protokolle als Urkunden⁷⁶ beifügt.

Fraglich ist nun, ob dieser Grundsatz, wonach Anspruch und Grund nur glaubhaft zu machen sind, auch dann Anwendung findet, wenn lokale Gläubiger einstweilige Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO beantragen. Art. 36 EuInsVO enthält zu den anwendbaren Prozessgrundsätzen insoweit keine Aussagen.

Zunächst ist zu sehen, dass die einstweiligen Maßnahmen nach §§ 916 ff. ZPO Teil des Prozessrechts sind. Im Prozessrecht gilt gemeinhin der Grundsatz der *lex fori*. Das Gericht wendet deshalb stets sein eigenes Verfahrensrecht an.⁷⁷ Wird ein deutsches Gericht auf Grundlage von Art. 36 Abs. 9 EuInsVO angerufen, wendet es sein eigenes Prozessrecht und damit die Grundsätze der §§ 916 ff. ZPO an. Somit findet auch der Grundsatz des § 920 Abs. 2 ZPO Anwendung, wonach der lokale Gläubiger Anspruch und Grund nur glaubhaft zu machen braucht. Versteht man Verfahrensvorschriften als öffentlich-rechtliche Regelungen,⁷⁸ lässt sich diese Überlegung auch mit dem Territorialitätsprinzip stützen. Im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland gelten damit die deutschen Verfahrensgrundsätze.

Teil dieser Verfahrensgrundsätze ist es auch, dass das deutsche Gericht im Grundsatz ohne rechtliches Gehör des Verwalters des Hauptinsolvenzverfahrens entscheiden könnte (vgl. nur § 937 Abs. 2 ZPO). Denn grundsätzlich sind Arrest-

⁷³ Seiler (Fn. 67), § 294 Rn. 2; Schellhammer (Fn. 31), Rn. 508; vgl. im Übrigen § 156 StGB.

⁷⁴ Huber (Fn. 33), § 294 Rn. 3.

⁷⁵ Schellhammer (Fn. 31), Rn. 1909 ff.

⁷⁶ Schellhammer (Fn. 31), Rn. 1909 ff.

⁷⁷ Dilling, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. (2013), Rn. 113; Rauscher (Fn. 12), Einleitung Rn. 26.

⁷⁸ Zutreffend etwa Rauscher (Fn. 12), Einleitung Rn. 23.

und Verfügungsverfahren möglich, ohne den Gegner vorab gehört zu haben.⁷⁹ Das deutsche Gericht wird jedoch abzuwägen haben, ob es dem Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens zumindest eine kurze Frist zur (schriftlichen) Stellungnahme setzt. Dabei hat es zu bedenken, dass der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens das Schreiben des deutschen Gerichts sowie seine eigene Stellungnahme regelmäßig wird übersetzen lassen müssen, was – insbesondere je nach Sprache – zu einem entsprechenden Zeitversatz führt.

IV. Grenze und exemplarischer Inhalt einstweiliger Maßnahmen

1. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache

Dem einstweiligen Rechtsschutz nach deutschem Recht liegt das Prinzip zu Grunde, dass im einstweiligen Rechtsschutz die Hauptsache nicht vorweggenommen werden darf (sog. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache). Dahinter steht die Überlegung, dass einstweilige Maßnahmen im Grundsatz nur der Sicherung dienen, nicht aber die gewünschte Leistung selbst zusprechen.⁸⁰ Es geht allein darum, Veränderungen Einhalt zu bieten, die andernfalls eine Hauptsache sinnlos oder aussichtslos machen. Die einstweilige Maßnahme soll dabei nicht an die Stelle der Hauptsache treten, sie also nicht ersetzen. Folglich soll sie aus der nur einstweiligen Maßnahme nicht die Hauptsache machen.⁸¹ Deshalb hat eine nur einstweilige Maßnahme regelmäßig inhaltlich hinter der Entscheidung in der Hauptsache zu bleiben.⁸²

Art. 36 EuInsVO äußert sich nicht dazu, ob dieser Grundsatz auch auf die einstweiligen Maßnahmen nach Abs. 9 Anwendung findet. Nach dem Grundsatz der *lex fori* hätte ein deutsches Gericht, das für einstweilige Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen auf Grundlage von Art. 36 Abs. 9 EuInsVO angerufen würde, zunächst das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache zu beachten, da es ein prozessrechtlicher Grundsatz des nationalen Rechts ist. Fraglich ist deshalb, ob die Auslegung von Art. 36 Abs. 9 EuInsVO die Anwendung dieses deutschen Grundsatzes bestätigt oder seiner Anwendung entgegensteht.

Nach dem Wortlaut des Art. 36 Abs. 9 EuInsVO handelt es sich nicht um eine abschließende gerichtliche Entscheidung, sondern um eine *einstweilige*. In der englischen Fassung wird dementsprechend der Ausdruck „*provisional measures*“ verwendet. Ferner wird dieses Verständnis auch durch den zweiten Begriff „Si-

⁷⁹ Schellhammer (Fn. 31), Rn. 1909 ff.

⁸⁰ Schellhammer (Fn. 31), Rn. 1943.

⁸¹ Lutz/Haertlein, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl. (2015), § 935 ZPO Rn. 33.

⁸² Lutz/Haertlein (Fn. 81), § 935 ZPO Rn. 33.

cherungsmaßnahmen“ deutlich. Der Wortlaut führt also zu einem Normverständnis, das sich mit dem deutschen Verständnis vom einstweiligen Rechtsschutz deckt. Der einstweilige Rechtsschutz regelt eine Streitfrage nämlich nicht endgültig.

Systematisch ist Art. 36 Abs. 9 EuInsVO mit Abs. 8 zu vergleichen. Während Abs. 9 ausdrücklich von den *einstweiligen* Maßnahmen bzw. den *Sicherungsmaßnahmen* spricht, gewährt Abs. 8 den Gerichten, „*alle*“ geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Einhaltung des Inhalts der Zusicherung sicherzustellen. Augenscheinlich fehlen in Abs. 8 Einschränkungen auf den einstweiligen Charakter der Maßnahmen bzw. Einschränkungen auf das Ziel der bloßen Sicherung. Systematisch ist Abs. 9 daher so zu verstehen, dass seine Reichweite hinter der des Abs. 8 zurückbleibt. Dieses Normverständnis deckt sich erneut mit dem deutschen Verständnis vom einstweiligen Rechtsschutz, wonach dieser inhaltlich regelmäßig hinter der Hauptsacheentscheidung zurückbleiben muss.

Auch die Auslegung nach Sinn und Zweck spricht dafür, dass es sich bei Abs. 9 nur um Sicherungsmaßnahmen handeln kann, die inhaltlich hinter einer endgültigen Klärung zurückbleiben. Zum einen ist das Hauptinsolvenzverfahren grundsätzlich das führende Verfahren, in dem alle wesentlichen Entscheidungen getroffen werden und nicht das Verfahren in dem Staat des potentiellen Sekundärinsolvenzverfahrens. Die Eröffnungsentscheidung und alle nachfolgenden Entscheidungen sind nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 und 32 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO grundsätzlich in den übrigen Mitgliedstaaten anzuerkennen. Diesem Hierarchieverständnis würde es zuwiderlaufen, wenn das Gericht in dem Staat des potenziellen Sekundärinsolvenzverfahrens den Streit zwischen dem Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens und den lokalen Gläubigern abschließend entscheiden würde. Das gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass es das Gericht des Hauptinsolvenzverfahrens war, welches den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens, der nun die Zusicherung im Sinne von Art. 36 Abs. 1 EuInsVO abgegeben hat, bestellt hat. Es sollte deshalb auch die Rechtsordnung dieses Staates sein, welche die etwaige Nichteinhaltung der Zusicherung abschließend beurteilen darf. Diese Überlegung stützt schließlich das Argument, dass in dem Staat, in dem einstweilige Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO beantragt werden können, nicht einmal ein reguläres Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet wurde. Auch deshalb sollte die inhaltliche Reichweite der Entscheidungen, was den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens anbelangt, in dem Staat des potenziellen Sekundärinsolvenzverfahrens hinter der Reichweite der Entscheidungen nach Art. 36 Abs. 8 EuInsVO zurückbleiben.

Die Auslegung der Entstehungsgeschichte der Norm führt zu keinem gegenteiligen Ergebnis. Details zu Art. 36 Abs. 9 EuInsVO wurden in den Gesetzesmaterialien allerdings auch nicht weiter erörtert.

Im Ergebnis haben deutsche Gerichte damit bei der Anordnung von einstweiligen Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache zu beachten.

2. Beispielhafter Inhalt

Die nachfolgenden Beispiele dienen dazu, denkbare Tenorierungen für Entscheidungen auf Grundlage von Art. 36 Abs. 9 EuInsVO zu veranschaulichen. Als **beispielhafte** Ausgangslage möge folgendes dienen: Das Hauptinsolvenzverfahren wurde in Schweden eröffnet. In der Bundesrepublik Deutschland wäre das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden. Das in Deutschland belegene Vermögen betreffend hat der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens den Gläubiger eine Zusicherung im Sinne von Art. 36 Abs. 1 EuInsVO gegeben. Es zeichnet sich nun aber die Masseunzulänglichkeit ab. Die schwedische Presse berichtet hiervon. In Deutschland ist die Hälfte der ursprünglich vorhandenen Vermögensgegenstände noch nicht verwertet. Der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens beginnt nun gleichwohl mit der Verwertung des Restes und transferiert die Erlöse nach Schweden. Rechnerisch wird er die Rechte der lokalen Gläubiger aus dem in Deutschland belegenen Vermögen nicht mehr wahren können. Ein lokaler Gläubiger beantragt vor dem zuständigen deutschen Gericht einstweilige Maßnahmen. Der Tenor könnte etwa lauten:

Beispiel eines Arrestbefehls: „Zur Sicherung der den lokalen Gläubigern gegebenen Zusicherung wird der dingliche Arrest über das in der Bundesrepublik Deutschland belegene Vermögen des Schuldners angeordnet.⁸³ Der Antragsgegner [= Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens] kann die Vollziehung des Arrestbefehls durch Hinterlegung eines Betrages in Höhe von [X] EUR beim erkennenden Gericht hemmen.“

Beispiel eines Tenors einer einstweiligen Verfügung: „Zur Sicherung der den lokalen Gläubigern gegebenen Zusicherung wird der Antragsgegner einstweilen verpflichtet, es zu unterlassen, das Grundstück X in Y (Flurstück Z) zu verwerten.“

Inwieweit sich der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens gegen diese gerichtlichen Entscheidungen eines deutschen Gerichts sodann wehren kann, wird nachfolgend zu untersuchen sein. Ein Bedürfnis dafür wird schon deshalb bestehen, da sich der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens im Grundsatz auf Art.

⁸³ Von der Schutzwirkung ähnlich *Wimmer*, in: *Wimmer/Bornemann/Lienau*, Die Neufassung der EuInsVO, 2016, Rn. 452, der jedoch einen Unterlassungstenor im Blick hat, wonach der Verwalter „von seinem Recht nach Art. 21 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO n. F.“ keinen Gebrauch mehr machen darf. Das erscheint durchaus denkbar, setzt aber eben einen entsprechenden Unterlassungsanspruch voraus (vgl. III 2).

21 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO stützen kann⁸⁴ und grundsätzlich ohne weiteres Vermögensgegenstände aus dem Staat des potentiellen Sekundärinsolvenzverfahrens entfernen darf.⁸⁵ Deshalb wird insbesondere die Frage auftreten, ob er die lokalen Gläubiger dazu bringen kann, im Staat des Hauptinsolvenzverfahrens – um im Beispiel zu bleiben: in Schweden – eine abschließende Klärung herbeizuführen, ob der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens also gegen die Zusicherung verstößt oder eben nicht.

V. Durchsetzbarkeit der Maßnahmen gegenüber dem Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens?

Der Arrestbefehl selbst führt noch nicht zur Sicherung der lokalen Gläubiger. Vielmehr müssen sich die lokalen Gläubiger um die Vollziehung des Arrestbefehls bemühen. Auf die Vollziehung des Arrestes sind nach § 928 ZPO im Grundsatz die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechend anzuwenden, wenn die §§ 929 ff. ZPO keine abweichenden Vorschriften enthalten. Schon für den Regelfall eines gewöhnlichen Arrestverfahrens enthalten die §§ 929 ff. ZPO zahlreiche komplexe Sondervorschriften. Die wichtigsten Varianten sind zunächst überblicksartig darzustellen, bevor untersucht werden kann, ob diese Vorschriften auch auf die vorliegende Konstellation anwendbar sind und Arrestbefehle gegen den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens damit identisch durchgesetzt werden.

Einstweilige Verfügungen werden zwar im Grundsatz entsprechend vollzogen (§§ 936, 928 ff. ZPO).⁸⁶ Der Schwerpunkt liegt jedoch typischerweise auf der Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen. Deren Rechtsgrundlage ist ebenfalls zunächst überblicksartig darzustellen, bevor die Anwendbarkeit auf den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens geprüft werden kann.

1. Vollziehung gewöhnlicher Arrestbefehle

Nach § 930 ZPO wird die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen durch Pfändung vollzogen. Die sogenannte Arrestpfändung führt zu einer Verstrickung.⁸⁷ Diese Pfändung erlaubt jedoch noch keine Verwertung der Pfandsache.⁸⁸

⁸⁴ Das sieht auch *Wimmer*, in: *Wimmer/Bornemann/Lienau*, Die Neufassung der EuInsVO, 2016, Rn. 452 so.

⁸⁵ *Brinkmann*, in: *K.Schmidt*, InsO, 19. Aufl. (2016), Art. 18 EuInsVO 2010 Rn. 4; *Wenner/Schuster*, in: *FK-InsO*, 8. Aufl. (2015), Art. 18 EuInsVO 2010 Rn. 2.

⁸⁶ *Drescher* (Fn. 48), § 936 Rn. 15 f.

⁸⁷ *Mayer*, in: *Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, 20. Edition Stand: 01.03.2016, § 930 Rn. 8; *Lutz/Haertlein* (Fn. 81), § 930 Rn. 4 f.

⁸⁸ *Drescher* (Fn. 48), § 930 Rn. 5; *Lutz/Haertlein* (Fn. 81), § 930 Rn. 9.

Das wäre erst nach einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren denkbar. Allerdings kann der Gläubiger durch die Pfändung bereits seinen Rang in der Zwangsvollstreckung sichern.⁸⁹

Dahingehend wird der Arrest in Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte durch eine Sicherungshypothek vollzogen, § 932 ZPO. Vollstreckungsorgan ist damit nicht mehr der Gerichtsvollzieher, sondern das Grundbuchamt.⁹⁰ Eine derartige Sicherungshypothek entsteht mit deren Eintragung ins Grundbuch und ist eine sog. Höchstbetragshypothek nach § 1190 BGB.⁹¹ Eine solche Vollziehung kommt nur für Geldforderung von mindestens 750 EUR in Betracht.⁹² Sollte – wie in der Praxis bei Unternehmensinsolvenzen zu erwarten – der Schuldner das Grundstück bereits belastet haben, hat der Gläubiger ausweislich § 932 Abs. 1 Satz 2 ZPO gleichwohl keinen Anspruch auf Löschung vor- oder gleichrangiger Grundpfandrechte, da der Arrest nur der Sicherung dient und keine endgültigen Eingriffe ermöglichen soll.⁹³ Erlangt der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel, kann die Zwangshypothek in eine gewöhnliche Hypothek rangwahrend umgeschrieben werden.

Der persönliche Arrest wird hingegen anders als der dingliche Arrest vollzogen. § 933 ZPO sieht hierzu die Verhaftung des Schuldners durch den Gerichtsvollzieher unter Vorzeigen des Haftbefehls vor. Der Schuldner kann die Vollziehung durch Hinterlegung der Lösungssumme abwenden. Eine solche Haft kann maximal sechs Monate vollzogen werden.

2. Vollziehung gewöhnlicher einstweiliger Verfügungen

Einstweilige Verfügungen sichern nicht die spätere Zwangsvollstreckung, sondern den aktuellen Zustand wegen anderer Ansprüche als Geldforderungen.⁹⁴ Sie werden deshalb gemeinhin mit Androhungen nach § 890 ZPO flankiert.⁹⁵ Handelt der Schuldner nämlich einer Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten

⁸⁹ Vgl. *Brox/Walker* (Fn. 31), Rn. 1541 ff.; *Huber* (Fn. 33), § 930 Rn. 4.

⁹⁰ *Huber* (Fn. 33), § 932 Rn. 2.

⁹¹ *Brox/Walker* (Fn. 31), Rn. 1549 f.

⁹² *Brox/Walker* (Fn. 31), Rn. 1554.

⁹³ *Brox/Walker* (Fn. 31), Rn. 1551.

⁹⁴ *Drescher* (Fn. 48), § 935 Rn. 1 f.; *Kemper* (Fn. 48), § 935 Rn. 1 ff.

⁹⁵ *Huber* (Fn. 33), § 936 Rn. 4.

zu verurteilen (§ 890 Abs. 1 S. 1 ZPO). Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von 250.000 Euro, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen (§ 890 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Dieser Verurteilung muss eine entsprechende Androhung vorausgehen (§ 890 Abs. 2 ZPO). Im Übrigen kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden (§ 890 Abs. 3 ZPO).

3. Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf Art. 36 Abs. 9 EuInsVO

Fraglich ist nun, ob Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen identisch vollzogen werden, wenn der Arrest- bzw. Verfügungsgegner der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens ist.

a) Pflicht für den Verwalter zur Anerkennung?

Eingangs stellt sich die Frage, ob es einer solchen Vollziehung überhaupt bedarf oder ob der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens ohnehin verpflichtet ist, die in Deutschland ergangenen Entscheidungen anzuerkennen. Zunächst lässt sich diese Frage nicht schon mit dem allgemeinen Anerkennungsgrundsatz aus Art. 19 EuInsVO klären, da nicht die Eröffnungsentscheidung⁹⁶ desjenigen Gerichts anerkannt werden soll, welches das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet hat, sondern eine Entscheidung eines Gerichts in einem Staat, in dem ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden wäre. Dafür ist Art. 19 EuInsVO ersichtlich nicht einschlägig. Ähnlich verhält es sich mit Art. 20 Abs. 1 EuInsVO, der die Anerkennung der Eröffnungswirkungen regelt. Auch diese Vorschrift ist in einem Verfahren nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO nicht einschlägig. Nur auf einen ersten Blick hilft im Übrigen Art. 20 Abs. 2 EuInsVO weiter. Diese Vorschrift regelt zwar, dass die Wirkungen eines Sekundärinsolvenzverfahrens in den anderen Mitgliedstaaten nicht in Frage gestellt werden dürfen. Ein solches Sekundärinsolvenzverfahren ist jedoch nicht eröffnet worden, da der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens eine Zusicherung nach Art. 36 Abs. 1 EuInsVO abgegeben hat. Schließlich enthält Art. 32 EuInsVO zwar einen „Auffang-Anerkennungsgrundsatz“, der sich ausdrücklich auf weitere Entscheidungen der Gerichte bezieht.⁹⁷ Allerdings geht es auch hier um diejenigen Gerichte, die das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet haben und nicht um solche i.S.v. Art. 36 Abs. 9 EuInsVO.

⁹⁶ Art. 16 EuInsVO a.F. stellt mit identischem Wortlaut darauf ab, dass Eröffnungsentscheidungen nicht in Frage gestellt werden können, *Paulus* (Fn. 18), Art. 16 Rn. 2.

⁹⁷ Art. 25 EuInsVO a.F. erweitert die Anerkennung von Verfahrenseröffnung und -durchführung auf „sämtliche in einem inneren Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren stehenden Entscheidungen“, *Paulus* (Fn. 18), Art. 25 Rn. 1.

Damit fehlt es an einer direkt einschlägigen Anerkennungsvorschrift. Das verwundert allerdings auch nicht, da die EuInsVO vorrangig aus Sicht des Hauptinsolvenzverfahrens geschrieben ist und nicht aus Sicht der Gerichte anderer Mitgliedstaaten, die zum Schutz lokaler Gläubiger einstweilige Maßnahmen gegen Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens ergreifen müssen. Zweifelhaft wäre es aber nun, mangels direkt einschlägiger Anerkennungsvorschrift auf die EuGVVO und die dortigen Anerkennungsvorschriften (insbesondere Art. 39) abzustellen.

Zum einen ist die EuGVVO nach Art. 1 Abs. 2 lit b) EuGVVO auf „Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren“ nicht anwendbar. Beide Verordnungen sind vielmehr so konzipiert, dass sie möglichst lückenlos nebeneinander bestehen sollen.⁹⁸ Nicht umsonst betont Erwägungsgrund 7 der EuInsVO noch einmal, dass die EuGVVO auf diese Verfahren – nach heutiger Terminologie also Insolvenzverfahren – nicht anwendbar ist. Zum anderen ist aus den Erwägungsgründen der EuInsVO zu erkennen, dass eine solche (wechselseitige) Anerkennung – auch und gerade von Vollstreckungsentscheidungen – nicht in Frage stehen darf. So führt Erwägungsgrund 6 aus, dass die EuInsVO nicht nur Zuständigkeiten für das Insolvenzverfahren als solches in den Fokus nimmt, sondern gerade auch weitere prozessuale Maßnahmen, „die sich direkt aus diesen Insolvenzverfahren ableiten und eng damit verknüpft sind“. Ebenfalls in Erwägungsgrund 6 angesprochen ist neben der gewollten (wechselseitigen) Anerkennung die Frage der Vollstreckung „von in solchen Verfahren ergangenen Entscheidungen“. Ähnlich äußert sich Erwägungsgrund 65. Danach soll sich die Anerkennung von Entscheidungen nicht nur auf die Eröffnungsentscheidung beziehen, sondern auch auf Entscheidungen im Zuge der „Abwicklung“ und solche, „die in unmittelbarem Zusammenhang mit diesen Insolvenzverfahren ergehen“. Zwar betrachtet auch Erwägungsgrund 65 die Sichtweise des Gerichts, welches das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet hat. Das Prinzip der (wechselseitigen) „Anerkennung der Entscheidungen der Gerichte der Mitgliedstaaten“, welches „auf den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens“ gestützt wird,⁹⁹ ist aber transportabel für Entscheidungen der Gerichte in anderen Mitgliedstaaten.

Allerdings ist zu sehen, dass das Prinzip der (wechselseitigen) Anerkennung die *Gerichte* in den anderen Mitgliedstaaten bindet,¹⁰⁰ nicht aber ohne weiteres die dortigen Verwalter.¹⁰¹ Das gilt erst recht, wenn ein Mitgliedstaat den Insolvenzverwalter als Inhaber eines *privaten* Amtes sieht. Damit spricht viel dafür, dass

⁹⁸ EuInsVO 2015, EG 7 Satz 3; *Wimmer*, in: *Wimmer/Bornemann/Lienau*, Die Neufassung der EuInsVO, 2016, Rn. 100.

⁹⁹ EuInsVO 2015, EG 65 Satz 3.

¹⁰⁰ *Brinkmann* (Fn. 85), Art. 16 EuInsVO 2000 Rn. 2.

¹⁰¹ Vom Ergebnis her gedacht wäre es allerdings wünschenswert, dass auch Verwalter auf Grundlage der EuInsVO ergangene gerichtliche Entscheidungen anerkennen müssen.

einstweilige Maßnahmen nach §§ 916 ff. ZPO regelmäßig vollzogen werden müssen und deshalb – allein schon aus anwaltlicher Vorsicht – kaum ein Weg daran vorbeiführt, die Vollziehungsvorschriften auf ihre Anwendbarkeit gegenüber einem Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens zu überprüfen.

b) Anwendbarkeit der Vollziehungsvorschriften auf den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens

aa) Vollziehung von Arrestbefehlen. Nach deutschem Verständnis sind Zwangsvollstreckungen – und so werden Arrestbefehle vollzogen – für einzelne Insolvenzgläubiger während der Dauer des Insolvenzverfahrens weder in die Insolvenzmasse noch in das sonstige Vermögen des Schuldners zulässig, § 89 Abs. 1 InsO. Massegläubiger haben ein ähnliches Vollstreckungsverbot zu beachten. Nach § 90 Abs. 1 InsO sind Zwangsvollstreckungen wegen Masseverbindlichkeiten, die nicht durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden sind, für die Dauer von sechs Monaten seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unzulässig.

Allerdings ist die Vollziehung eines Arrestbefehls, der aufgrund des einstweiligen Rechtsschutzes nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO erlassen wurde, mit der in §§ 89, 90 InsO gemeinten Zwangsvollstreckung nicht vergleichbar, da es bei Art. 36 Abs. 9 EuInsVO nicht um eine zwangsweise Befriedigung, sondern nur um eine Sicherung geht. Zudem handelt es sich bei den Vorschriften der §§ 89, 90 InsO um Regelungen der *deutschen* Insolvenzordnung. Hier ist das Hauptinsolvenzverfahren aber gerade nicht von einem deutschen Gericht eröffnet worden.

Überzeugend ist vielmehr, das hinter § 930 und § 932 ZPO stehende Prinzip auch auf die Vollziehung von Arrestbefehlen anzuwenden, die auf der Grundlage von Art. 36 Abs. 9 EuInsVO ergangen sind. Ermöglicht der europäische Gesetzgeber nämlich den Gerichten des Staats, in denen ein Sekundärinsolvenzverfahren worden wäre, den Erlass einstweiliger Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen, wäre es nicht nachvollziehbar, wenn diese Mitgliedstaaten den lokalen Gläubiger keine Möglichkeit eröffnen dürften, einen Arrestbefehl auch zu vollziehen. Nach deutschem Verständnis können deshalb bewegliche Gegenstände gepfändet und bei Grundstücken Arresthypotheken eingetragen werden.

Die Anwendung des § 933 ZPO auf den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens, also dessen Verhaftung zur Vollziehung des persönlichen Arrestes, vermag im ersten Moment fernliegend zu sein. Die Vorschrift ist nach ihrem Wortlaut jedoch anwendbar – freilich unter Beachtung der auch sonst für Verhaftungen üblichen Voraussetzungen. Im Übrigen ist es keine Seltenheit, dass Haftbefehle – sei es auf Grundlage des Vollstreckungsrechts oder des Ordnungswidrigkeiten- oder Strafrechts auch gegen Personen erlassen und vollzogen werden, die nicht deutsche Staatsangehörige sind. Solange sie auf dem Gebiet der Bundesrepublik

Deutschland vollzogen werden, steht der Bundesrepublik insoweit auch die Staatsgewalt zu.¹⁰² Ob dieses Szenario realistisch ist, ist aber eine andere Frage. Sollte sich ein Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens tatsächlich einem Arrestbefehl widersetzen und sollte die Vollziehung des dinglichen Arrestes die lokalen Gläubiger nicht hinreichend sichern (vgl. § 918 ZPO), stellt sich vorrangig die Frage, ob der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens zu entlassen ist (vgl. nach deutschen Verständnis hierzu § 59 InsO). Da die EuInsVO die Zusammenarbeit und Information der Gerichte erneut verstärken wollte,¹⁰³ wäre es Aufgabe der deutschen Gerichte, das ausländische Gericht, das den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens bestellt hat, zu informieren.

bb) Vollziehung von einstweiligen Verfügungen. Werden einstweilige Verfügungen durch eine Androhung nach § 890 Abs. 2 ZPO flankiert, spricht weder etwas gegen die Androhung noch deren Vollzug. Das Ordnungsgeld nach § 890 Abs. 1 ZPO ist vom Verwalter in seiner amtlichen Funktion zu bezahlen, da dieser Schuldner der Verpflichtung aus der einstweiligen Verfügung ist.¹⁰⁴ Es mag sein, dass er die hierzu erforderlichen Mittel zunächst aus der Insolvenzmasse entnehmen darf (genauso wie er als rechtskräftig verurteilter Beklagter eines zivilprozessualen Verfahrens auf Leistung ebenfalls die geschuldete Leistung aus der Insolvenzmasse erfüllen darf). Allerdings liegt eine Pflichtverletzung des Verwalters dann nahe, was ggf. Schadensersatzansprüche gegen ihn begründen kann (vgl. nach deutschen Verständnis § 60 InsO).

Hinsichtlich der etwaigen Ordnungshaft ist auf die Ausführungen zu § 933 ZPO verweisen. Im Übrigen kann der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens auch zur Bestellung einer Sicherheit im Sinne von § 890 Abs. 3 ZPO verurteilt werden. Auch hier ergibt sich Gegenteiliges weder aus der grammatischen, systematischen, historischen noch teleologischen Auslegung.

VI. Rechtsschutz für den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens

Erlässt ein deutsches Gericht einstweilige Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO, wird der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens ggf. etwaige Rechtsschutzmöglichkeiten prüfen wollen. Statthafte Rechtsmit-

¹⁰² Exemplarisch OLG Saarbrücken, NStZ-RR 2010, 49.

¹⁰³ *Wimmer*, jurisPR-InsR 7/2015 Anm. 1, S. 5.

¹⁰⁴ Zum Titelschuldner als Adressat der Festsetzung *Olzen*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 7. Aufl. (2015), § 890 Rn. 16. Ähnlich verhält es sich mit dem Organ einer juristischen Person, das ordnungsmittelrechtlich in der Regel ebenfalls nur für die juristische Person handelt, *Stürner*, in: BeckOK ZPO, 20. Edition (01.03.2016), § 890 Rn. 56.

tel und Rechtsbehelfe bestimmen sich zunächst einmal nach der *lex fori* und damit erneut nach deutschem Prozessrecht.¹⁰⁵

Es wäre kaum vorstellbar, dass sich der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens gegen eine in einem nur potenziellen Sekundärinsolvenzverfahrensstaat erlassene einstweilige Maßnahme nicht wehren könnte. Das folgt zwar nicht schon aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, da dieser nicht den Rechtsschutz in zivilrechtlichen Streitigkeiten erfasst,¹⁰⁶ einschlägig ist aber der allgemeine Justizgewährungsanspruch, der aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip folgt¹⁰⁷. Darunter fällt auch der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens und zwar auch dann, wenn dieser nicht die deutsche Staatsbürgerschaft hat. Ebenso verhält es sich, wenn der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens eine (ausländische) juristische Person sein sollte. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können sich auch ausländische (juristische) Person auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch berufen, da es sich insoweit um zentrale Verfahrensgrundsätze zur Sicherung eines rechtsstaatlichen Verfahrens handelt, auf die sich aus Gründen der Fairness und Gleichbehandlung jeder berufen können muss, der deutscher staatlicher Justizgewalt unterworfen ist.¹⁰⁸

Vorliegend wird davon ausgegangen, dass der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens Inhaber eines privaten Amtes ist, weshalb Rechtsschutzmöglichkeiten im Verwaltungsrechtsweg gegen einstweilige Maßnahmen nach §§ 123, 80 Abs. 5 VwGO vorliegend nicht näher betrachtet werden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Rechtsgrundlage für einstweilige Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen im ordentlichen Rechtsweg auch nicht in § 21 InsO zu sehen, weshalb sich die Untersuchung der dort angelegten Rechtsschutzmöglichkeiten – nämlich die sofortige Beschwerde nach §§ 21 Abs. 1 Satz 2, 6, 4 InsO, 567 ff. ZPO – erübrigt. Damit bedarf es auch keiner näheren Untersuchung, ob der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens überhaupt beschwerdeberechtigt wäre. Ausweislich § 6 Abs. 1 Satz 1 InsO unterliegen die Entscheidungen des Insolvenzgerichts nämlich nur in den Fällen einem Rechtsmittel, in denen dieses Gesetz die sofortige Beschwerde ausdrücklich vorsieht (sog. Enumerationsprinzip¹⁰⁹). Vorliegend weist die InsO – auch weil § 21 InsO nicht im Kontext der

¹⁰⁵ Wimmer, jurisPR-InsR 7/2015 Anm. 1, S. 8.

¹⁰⁶ Exemplarisch BVerfGE 107, 395, 403 = NJW 2003, 1924; ausführlich Enders, in: BeckOK-GG, 28. Ed. Stand: 01.03.2016, Art. 19 Rn. 57.

¹⁰⁷ Ausdrücklich zum Rechtsschutz in zivilrechtlichen Streitigkeiten BVerfGE 88, 118, 123; Enders (Fn. 106), Art. 19 Rn. 58.

¹⁰⁸ BVerfG, Beschl. v. 18.08.2010 – 1 BvR 3268/07, BVerfGK 17, 479, 485 ff.; BVerfG, Beschl. v. 27.12.2007 – 1 BvR 853/06, NVwZ 2008, 670 mwN.; Zuck, EuGRZ 2008, 680, 683; Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, 75. EL September 2015, Art. 19 Rn. 112.

¹⁰⁹ Becker, in: Nerlich/Römermann, InsO, 29. EL Januar 2016, § 6 Rn. 3; Ganter/Lohmann, in: MüKoInsO, 3. Aufl. (2013), § 6 Rn. 6.

Sekundärinsolvenzverfahren normiert wurde – dem Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens ein solches Beschwerderecht gerade nicht zu. Sieht man die Rechtsgrundlage für einstweilige Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen jedoch vorrangig in den §§ 916 ff. ZPO, liegt es nahe, auch das dort angelegte System eines Rechtsschutzes für den Antragsgegner auf seiner Anwendbarkeit auf den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens näher zu untersuchen.

1. Rechtsschutz für den Antragsgegner

Sowohl im Arrest- als auch einstweiligen Verfügungsverfahren ist der Rechtsschutz für den Antragsgegner so angelegt, dass dieser gegen den stattgebenden Beschluss des erkennenden Gerichts ohne vorausgegangene mündliche Verhandlung¹¹⁰ einen Widerspruch nach § 924 ZPO (ggf. in Verbindung mit § 936 ZPO¹¹¹) erheben kann. Hierzu ist der Antragsgegner widerspruchsbefugt; gleiches gilt für den Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes.¹¹²

Legt der Antragsgegner Widerspruch ein, bestimmt das Gericht den Termin zur mündlichen Verhandlung von Amts wegen (§ 924 Abs. 2 Satz 2 ZPO).¹¹³ Nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung wird über die Rechtmäßigkeit des Arrestes bzw. der einstweiligen Verfügung nicht durch weiteren Beschluss, sondern durch Endurteil entschieden.¹¹⁴ Der Widerspruch ist kein Rechtsmittel, sondern ein Rechtsbehelf.¹¹⁵ Die Sache bleibt deshalb zunächst in der gleichen Instanz bei dem Gericht, das den Arrest bzw. die einstweilige Verfügung erlassen hat.¹¹⁶ Einer Frist unterliegt dieser Rechtsbehelf nicht.¹¹⁷

Der Widerspruch hat Erfolg, wenn bei Schluss der mündlichen Verhandlung eine Voraussetzung für den Erlass des Arrestbefehls bzw. der einstweiligen Verfügung fehlt oder sich seit Erlass die Umstände verändert haben (§ 927 ZPO).¹¹⁸

¹¹⁰ Grunsky (Fn. 32), § 924 Rn. 8.

¹¹¹ Thümmel (Fn. 30), § 924 Rn. 1.

¹¹² Grunsky (Fn. 32), § 924 Rn. 15; Thümmel (Fn. 30), § 924 Rn. 7; vgl. Huber (Fn. 33), § 924 Rn. 5.

¹¹³ Brox/Walker (Fn. 31), Rn. 1552; Seiler (Fn. 67), § 924 Rn. 1.

¹¹⁴ Thümmel (Fn. 30), § 925 Rn. 8.

¹¹⁵ Thümmel (Fn. 30), § 924 Rn. 1.

¹¹⁶ Thümmel (Fn. 30), § 924 Rn. 1 und 3; Seiler (Fn. 67), § 924 Rn. 2; Huber (Fn. 33), § 924 Rn. 6.

¹¹⁷ Seiler (Fn. 67), § 924 Rn. 1; Huber (Fn. 33), § 924 Rn. 5.

¹¹⁸ Seiler (Fn. 67), § 924 Rn. 4; Huber (Fn. 33), § 924 Rn. 8. Zum Fall des § 926 Abs. 2 ZPO sogleich.

Gegebenenfalls kommt auch eine Aufhebung der einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung nach § 939 ZPO in Betracht.

Da ein Hauptsacheverfahren im Zeitpunkt des Arrest- bzw. Verfügungsverfahrens nicht anhängig sein muss, kommt auch ein Antrag nach § 926 Abs. 1 ZPO in Betracht, wonach die Partei, die den Arrestbefehl bzw. die einstweilige Verfügung erwirkt hat, binnen einer vom Gericht zu bestimmenden Frist Hauptsacheklage zu erheben hat. Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, ist auf Antrag die Aufhebung des Arrestes bzw. der einstweiligen Verfügung durch Endurteil auszusprechen (§ 926 Abs. 2 ZPO).

Keine Überprüfung des Arrestbefehls in inhaltlicher Hinsicht stellt die Abwendungsbefugnis nach § 923 ZPO dar.¹¹⁹ Danach kann in dem Arrestbefehl ein Geldbetrag festgesetzt werden, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zu dem Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird.

Endet die Überprüfung der gerichtlichen Entscheidung durch Endurteil, kommt als Rechtsmittel die Berufung nach § 511 ZPO in Betracht.¹²⁰

2. Anwendbarkeit auf den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens

Fraglich ist nun, ob diese Rechtsschutzmöglichkeiten auch dem Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens zur Verfügung stehen.

a) Abwendungsbefugnis und Widerspruch (§§ 923, 924 ZPO)

Es sind keine überzeugenden Einwände ersichtlich, dass nicht auch in einem Verfahren nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO die Abwendungsbefugnis nach § 923 ZPO bestehen kann. Da Art. 36 Abs. 9 EuInsVO die monetären Interessen der lokalen Gläubiger und damit die Einhaltung der Zusicherung schützt, kann dieser Schutz damit erreicht werden, wenn der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens den festgestellten Geldbetrag hinterlegt und damit die Vollziehung des Beschlusses hemmt bzw. den Arrest aufheben lassen kann. Die Schwierigkeit ist eher darin zu sehen, einen Geldbetrag zu bestimmen, der die wirtschaftlichen Interessen der lokalen Gläubiger hinreichend erfasst. Hier wird sich das Gericht ggf. an den tatsächlichen Annahmen, die der Zusicherung zugrunde liegen, orientieren können (vgl. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO).

Ebenso wenig Bedenken bestehen, dass der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens einen Widerspruch nach § 924 Abs. 1 ZPO erheben kann. Der Wider-

¹¹⁹ Für einstweilige Verfügungen gilt § 923 nicht, *Kemper* (Fn. 48), § 923 Rn. 2.

¹²⁰ *Kemper* (Fn. 48), § 924 Rn. 2; *Drescher* (Fn. 48), § 925 Rn. 12.

spruch wird etwa Erfolg haben, wenn der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens zeigen kann, dass er die Zusicherung sehr wohl einhält oder die Interessen der lokalen Gläubiger nicht in Gefahr sind. Ebenso denkbar ist es, dass der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens zwar zunächst gegen die Zusicherung verstoßen hat – Arrest bzw. einstweilige Verfügung also zu Recht ergangen sind –, mittlerweile aber der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens Vorsorge getroffen hat, um die Interessen der lokalen Gläubiger zu schützen und damit veränderte Umstände vorliegen, insbesondere der Arrest- bzw. Verfügungsgrund entfallen ist (vgl. § 927 Abs. 1 ZPO).

Schließlich scheint denkbar, dass der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens eine Sicherheit leistet (§ 927 Abs. 1 ZPO) – etwa durch Bürgschaft einer europäischen Großbank (vgl. § 108 ZPO) –, mit der er die Interessen der lokalen Gläubiger hinreichend sichern kann.

b) Anordnung nach § 926 ZPO

Deutlich schwieriger zu beurteilen ist, ob tatsächlich eine Anordnung nach § 926 ZPO möglich ist, wonach der lokale Gläubiger beim Gericht des Mitgliedstaats, in dem das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde, eine Hauptsache anhängig machen muss. Das ist schon deshalb zweifelhaft, da Art. 36 Abs. 9 EuInsVO ausdrücklich die Möglichkeit gibt, „auch“ beim Sekundärinsolvenzstaat gerichtlichen Schutz zu beantragen und es damit (zumindest zunächst) keines Hauptsacheverfahrens bedarf.

Allerdings kann Art. 36 Abs. 8 EuInsVO nur so verstanden werden, dass die Maßnahmen, die die Gerichte in dem Staat, in dem das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde, ergreifen können, weitreichender sind als diejenigen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO. Interpretiert man deshalb Art. 36 Abs. 8 EuInsVO als das Hauptsacheverfahren, würde Art. 36 Abs. 9 EuInsVO zwar ermöglichen, dass die lokalen Gläubiger im Staat des potenziellen Sekundärinsolvenzverfahrens Rechtsschutz suchen und erhalten, jedoch im Falle eines Widerspruchs das Hauptsacheverfahren nach Art. 36 Abs. 8 EuInsVO einleiten müssen, soll der Arrest nicht aufgehoben werden.

Für die Anwendbarkeit von § 926 ZPO würde sprechen, dass Art. 36 Abs. 9 EuInsVO nach seinem Wortlaut nur einstweilige Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen ermöglicht und damit ohnehin nur auf einen vorläufigen Rechtsschutz angelegt ist, zum anderen eine abschließende Klärung, ob die Zusicherung eingehalten wird oder nicht, womöglich nur im Hauptinsolvenzverfahren beurteilt werden kann, da es wohl auch auf die noch verfügbare Insolvenzmasse insgesamt ankommen wird. Da gegenteilige Ergebnisse in den Verfahren nach Art. 36 Abs. 8 und 9 EuInsVO nicht ausgeschlossen sind, könnte mit einem Hauptsacheverfahren

ren nach Art. 36 Abs. 8 EuInsVO eine abschließende Klärung des Streits erzielt werden.

Gegen die Anwendbarkeit von § 926 ZPO wird man wohl einwenden können, dass der Mehrwert für die lokalen Gläubiger, Rechtsschutz in dem Staat zu erlangen, in dem ihre Forderungen entstanden sind und dies auch noch zu den dortigen rechtlichen und sprachlichen Voraussetzungen, deutlich sinkt, wenn spätestens mit der Anordnung nach § 926 ZPO doch wieder ein Verfahren in dem Staat des Hauptinsolvenzverfahrens – und zu einem unbekanntem Recht und einer fremden Sprache – einzuleiten ist.

Vorliegend scheint die zweitgenannte Überlegung mehr Überzeugungskraft aufzuweisen, da Art. 36 Abs. 9 EuInsVO ohne jeden Zweifel den Schutz der lokalen Gläubiger bezweckt¹²¹ und dieser Schutz nicht faktisch unterlaufen werden sollte. Rechtstechnisch ist deshalb § 926 ZPO im Anwendungsbereich des Art. 36 Abs. 9 EuInsVO teleologisch zu reduzieren und damit nicht anwendbar. Da der Verwalter im Übrigen die oben genannten anderen Rechtsschutzmöglichkeiten hat, mit denen er einen unberechtigten Arrestbeschluss bzw. eine unberechtigte einstweilige Verfügung aufheben lassen kann, ist durch diese teleologische Reduktion kaum zu befürchten, dass die nur einstweilige Maßnahme zu einer dauerhaften wird.

3. Hinterlegung einer Schutzschrift

In der Rechtspraxis hat sich das Instrument der „Schutzschrift“ insbesondere im Bereich des Wettbewerbsrechts, aber zunehmend auch im Bereich des Insolvenzrechts etabliert. Auch der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens kann bei deutschen Gerichten eine solche Schutzschrift hinterlegen. Damit kann er seine Rechtsposition darstellen, noch bevor lokale Gläubiger den Arrest bzw. die einstweilige Verfügung beantragen (sog. „Vorweg-Verteidigung“¹²²). Eine solche Schutzschrift kann für den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens sinnvoll sein, da der lokale Gläubiger etwaige Einwendungen des Verwalters des Hauptinsolvenzverfahrens ggf. nicht oder nur weniger ausführlich¹²³ darstellen wird und im Übrigen durchaus denkbar erscheint, dass nationale Gericht geneigt sein werden, Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutz anzuordnen, da diese den Schutz lokaler Gläubiger bezwecken. Anders als bei Wettbewerbsstreitigkeiten, bei denen häufig sog. fliegende Gerichtsstände bestehen,¹²⁴ kann der Verwalter des Hauptin-

¹²¹ Vgl. aus den Gesetzesmaterialien etwa Rat der Europäischen Union, Dossier 2012/0360 vom 03.06.2014, S. 7.

¹²² *Enders*, in: *Enders/Börstinghaus, Einstweiliger Rechtsschutz*, 2. Aufl. (2010), Rn. 323.

¹²³ *Enders* (Fn. 122), Rn. 323.

¹²⁴ Zu diesem Problem *Enders* (Fn. 122), Rn. 328; *Berger* (Fn. 29), Kap. 2 Rn. 37.

solvenzverfahrens vorliegend genauer vorhersehen, welches deutsche Gericht für Maßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO zuständig wäre (dazu unter II 2.) und damit zielsicherer die Schutzschriften hinterlegen.

VII. Schadensersatzpflicht für den lokalen Gläubiger

Die Gefahr, dass lokale Gläubiger mit einstweiligen Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen das Hauptinsolvenzverfahren blockieren und im Insolvenzverfahren der Gläubigergemeinschaft Schäden entstehen – etwa durch geringere Verwertungserlöse – ist nicht nur theoretischer Natur. Hinzu kommt, dass eine abschließende Prüfung in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes meist nicht möglich ist. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob lokale Gläubiger, die diese einstweiligen Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen beantragt haben, für etwaige Schäden haften. Sollte eine solche Schadensersatzpflicht bestehen, würde das dazu führen, dass lokale Gläubiger die durch Art. 36 Abs. 9 EuInsVO geschaffene Rechtsschutzmöglichkeit sorgfältig zu prüfen haben, um die Gefahr einer eigenen Schadensersatzpflicht gering zu halten.

1. Anspruch aus § 945 ZPO

Da der Antragsteller eine Entscheidung in der Hauptsache nicht abwartet und sich stattdessen einem nur summarischen Verfahren bedient hat,¹²⁵ muss er in gewöhnlichen Arrest- oder einstweiligen Verfügungsverfahren auch das Risiko hinnehmen, sich ggf. schadensersatzpflichtig zu machen.¹²⁶ Eine solche Haftung soll das ungleiche Kräfteverhältnis zwischen Antragsteller und Antragsgegner kompensieren.¹²⁷ Für gewöhnliche Arrest- und einstweilige Verfügungsverfahren enthält § 945 ZPO daher eine gesetzliche Anspruchsgrundlage¹²⁸ auf Schadensersatz.

Erweist sich danach die Anordnung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt oder wird die angeordnete Maßregel aufgehoben, weil der Antragssteller auch nach Ablauf der vom erkennenden Gericht gesetzten Frist keine Hauptsacheklage anhängig gemacht hat (§ 926 Abs. 2 oder § 942 Abs. 3 ZPO), so ist die Partei, welche die Anordnung erwirkt hat, verpflichtet, dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung der angeordneten Maßregel oder dadurch entsteht, dass er Sicherheit leistet, um die Vollziehung abzuwenden oder die Aufhebung der Maßregel zu erwirken.

¹²⁵ *Drescher* (Fn. 48), § 945 Rn. 2; *Lutz/Haertlein* (Fn. 81), § 945 Rn. 1.

¹²⁶ *Thümmel* (Fn. 30), § 945 Rn. 1.

¹²⁷ *Thümmel* (Fn. 30), § 945 Rn. 1; *Drescher* (Fn. 48), § 945 Rn. 3; *Kemper* (Fn. 48), § 945 Rn. 1.

¹²⁸ *Grunsky* (Fn. 32), § 945 Rn. 1; *Thümmel* (Fn. 30), § 945 Rn. 20; *Lutz/Haertlein* (Fn. 81), § 945 Rn. 1; *Drescher* (Fn. 48), § 945 Rn. 1.

Für den Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO kommt es auf ein Verschulden nicht an.¹²⁹ Neben anderen Deutungsvarianten¹³⁰ wird § 945 ZPO insbesondere als Gefährdungshaftung¹³¹ bzw. Risikohaftung¹³² verstanden. Ob der Antragsteller vor dem erkennenden Gericht allenfalls leicht fahrlässig oder gar bedingt vorsätzlich einen unzutreffenden Sachverhalt vorträgt, ist demnach gleichgültig. Die Beweislast dafür, dass die Anordnung gerechtfertigt war, trägt der Arrest- bzw. Verfügungsgläubiger.¹³³

2. Anwendbarkeit auf Art. 36 Abs. 9 EuInsVO

Fraglich ist, ob der Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO auch auf einstweilige Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO anwendbar ist.

Nach dem Wortlaut des § 945 ZPO findet die Vorschrift zweifelsfrei auch auf lokale Gläubiger Anwendung, die von Anfang an zu Unrecht einen Arrestbefehl oder eine einstweilige Verfügung erwirkt haben. Denn der Wortlaut knüpft an die Partei an, welche die Anordnung erwirkt hat. Das ist im Falle des Art. 36 Abs. 9 EuInsVO der lokale Gläubiger.

Die systematische Auslegung führt zu keinem anderen Ergebnis. Zum einen enthält die EuInsVO keine andere, insbesondere speziellere Vorschrift zu dieser Haftungsfrage, zum anderen differenziert § 945 ZPO nicht danach, ob es sich um ein gewöhnliches einstweiliges Rechtsschutzverfahren nach §§ 916 ff. ZPO handelt oder ob es seine Grundlage in Art. 36 Abs. 9 EuInsVO hat.¹³⁴

Die Auslegung anhand der Entstehungsgeschichte des § 945 ZPO kann vorliegend nicht weiter führen, da die Vorschrift des Art. 36 Abs. 9 EuInsVO zur Zeit der Entwicklung¹³⁵ des § 945 ZPO weder bestand noch voraussehbar war. Im Gegenzug äußern sich die Materialien zu Art. 36 EuInsVO nachvollziehbarer Weise nicht zu der deutschen Vorschrift des § 945 ZPO, da es sich bei dieser um eine rein nationale Schadensersatzanspruchsgrundlage handelt. Auch sonst haben die

¹²⁹ Thümmel (Fn. 30), § 945 Rn. 1; Grunsky (Fn. 32), § 945 Rn. 1.

¹³⁰ Siehe zu weiteren Begründungsansätzen Thümmel (Fn. 30), § 945 Rn. 3.

¹³¹ Thümmel (Fn. 30), § 945 Rn. 2; Drescher (Fn. 48), § 945 Rn. 3; Vollkommer (Fn. 65), § 945 Rn. 3.

¹³² Saenger, JZ 1997, 224.

¹³³ Grunsky (Fn. 32), § 945 Rn. 17; Thümmel (Fn. 30), § 945 Rn. 8.

¹³⁴ Vgl. Grunsky (Fn. 32), § 945 Rn. 4: „§ 945 ZPO gilt grundsätzlich bei allen Formen des Arrestes und der einstweiligen Verfügung“. Ähnlich auch Thümmel (Fn. 30), § 945 Rn. 3.

¹³⁵ § 945 ZPO wurde 1898 eingefügt, vgl. Grunsky (Fn. 32), § 945 vor Rn. 1 „Gesetzesgeschichte“.

Materialien zur EuInsVO das Thema der Haftung nach vorausgegangenem einstweiligem Rechtsschutz nicht thematisiert.

Ergiebiger ist allerdings die Auslegung nach Sinn und Zweck. Das in Art. 36 EuInsVO angelegte synthetische Sekundärinsolvenzverfahren soll die Insolvenzmasse insgesamt schützen¹³⁶ und damit die Verwertungsaussichten der Gläubigergemeinschaft stärken. Damit wäre es nicht vereinbar, wenn lokale Gläubiger diese Verwertung mittels unrechtmäßig erlangter einstweiliger Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen zumindest zeitweise aussetzen oder behindern könnten, ohne für daraus folgende Schäden haften zu müssen. Auf der anderen Seite ist zu sehen, dass der europäische Gesetzgeber durch Art. 36 Abs. 9 EuInsVO ausdrücklich die Position der lokalen Gläubiger stärken wollte und eine potentielle Schadensersatzpflicht diesem Ziel zuwiderlaufen könnte. Die von Art. 36 Abs. 9 EuInsVO beabsichtigte Stärkung der lokalen Gläubiger ist jedoch nicht so zu verstehen, dass die lokalen Gläubiger einstweiligen Rechtsschutz risikofrei, gar „auf gut Glück“ beantragen könnten.

Nach alledem findet § 945 ZPO auch auf Verfahren nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO Anwendung.¹³⁷ In der Bundesrepublik Deutschland sollten lokale Gläubiger die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO daher sorgfältig prüfen, um das Risiko¹³⁸ einer Schadensersatzpflicht aus § 945 ZPO gering zu halten.

¹³⁶ *Mankowski*, NZI 2015, 961.

¹³⁷ Erweist sich die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung in dem Hauptsacheverfahren nach Art. 36 Abs. 8 EuInsVO (!) als ungerechtfertigt, was also bedeutet, dass das ausländische Gericht die Zusicherung als eingehalten ansieht, begründet das nicht automatisch die deutsche Schadensersatzanspruchsgrundlage aus § 945 ZPO.

¹³⁸ *Thümmel* (Fn. 30), § 945 Rn. 2.

VIII. Abstract

1. Für einstweilige Maßnahmen oder Sicherungsmaßnahmen im Sinne von Art. 36 Abs. 9 EuInsVO, die vor deutschen Gerichten beantragt werden, ist der *Rechtsweg* zu den ordentlichen Gerichten eröffnet, wenn nach dem Recht des EU-Mitgliedstaates, in dem das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde, der „Verwalter“ im Sinne von Art. 2 Nr. 5 EuInsVO – wie nach deutschem Verständnis – Inhaber eines privaten Amtes ist. Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ist zudem selbst dann eröffnet, wenn der „Verwalter“ nach dem Recht eines Mitgliedstaats ein Träger öffentlicher Gewalt ist. Dieser Hoheitsträger handelt im Falle des Art. 36 Abs. 1 EuInsVO trotzdem in einer Zivilsache, da Ermächtigungsgrundlage für die EuInsVO Art. 81 AEUV ist (justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen). Schließlich ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet, wenn der „Verwalter“ im Sinne von Art. 2 Nr. 5 EuInsVO einen Justizverwaltungsakt im Sinne von § 23 EGGVG erlassen hat.

2. *Statthafte* Maßnahmen im Sinne von Art. 36 Abs. 9 EuInsVO sind im Zivilrechtsweg nicht die vorläufigen Maßnahmen nach § 21 InsO, sondern das Arrest- und einstweilige Verfügungsverfahren nach §§ 916 ff. ZPO. Obwohl die bloße Zusicherung im Sinne von Art. 36 Abs. 1 EuInsVO keinen Vollstreckungstitel darstellt und damit die lokalen Gläubiger – liegt auch sonst kein Vollstreckungstitel vor – nicht unmittelbar vor der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung stehen, ist das Arrestverfahren anwendbar. Es ist das in der Regel statthafte Verfahren, da der Gläubiger meist eine Geldforderung geltend macht und zudem der Anspruch aus der Zusicherung in eine Geldforderung übergehen kann. Will der lokale Gläubiger einen Unterlassungsanspruch gegen den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens sichern lassen, ist dafür die einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO statthaft.

3. Art. 36 Abs. 9 EuInsVO begründet für die deutschen Gerichte nur deren internationale *Zuständigkeit*. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich nicht schon aus § 19a ZPO, da dieser nur den allgemeinen Gerichtsstand des Insolvenzverwalters regelt. Der allgemeine Gerichtsstand wird jedoch vorliegend durch den ausschließlichen Gerichtsstand nach §§ 802, 919, 937 ZPO verdrängt. Danach ist sachlich (und örtlich) in Arrestverfahren ausschließlich dasjenige Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die zu verwertende Sache liegt. Im Übrigen und bei einstweiligen Verfügungsverfahren ist das ausschließlich zuständige „Gericht der Hauptsache“ im Anwendungsbereich des Art. 36 Abs. 9 EuInsVO so auszulegen, dass das sachnächste Gericht zuständig ist. Das ist dasjenige Gericht, das für die Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens zuständig gewesen wäre. Gehört die

Sache dort aufgrund des Werts des Streitgegenstandes zu den Landgerichten, ist dieses zuständig, §§ 23, 71 GVG.

4. Prüfungsmaßstab für die *Begründetheit* des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens ist, dass der lokale Gläubiger Arrestanspruch und -grund bzw. Verfügungsanspruch und -grund glaubhaft gemacht hat, §§ 920 Abs. 2, 936 ZPO. Beide Voraussetzungen sind im Lichte von Art. 36 EuInsVO autonom auszulegen. Der Arrestanspruch ist dann begründet, wenn der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens von dem Inhalt der Zusicherung im Sinne von Art. 36 Abs. 9 EuInsVO abweicht. Eine solche Abweichung kann – bezogen auf den Antragsteller – in negativer als auch positiver Hinsicht möglich sein. Ein Arrestgrund ist insbesondere dann zu bejahen, wenn sich die lokalen Gläubiger nur noch in einem gerichtlichen Verfahren in dem Staat des Hauptinsolvenzverfahrens schadlos halten könnten. Die Glaubhaftmachung von Anspruch und Grund richtet sich nach dem Grundsatz der *lex fori* nach deutschem Zivilprozessrecht.

5. Die grammatische, systematische und teleologische Auslegung von Art. 36 Abs. 8 und 9 EuInsVO ergibt, dass auf Verfahren nach Art. 36 Abs. 9 EuInsVO das „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ Anwendung findet.

6. Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen gegen den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens werden nach deutschem Zwangsvollstreckungsrecht vollzogen. Für eine solche *Vollziehung* gibt es schon deshalb ein Bedürfnis, da die EuInsVO keine Vorschrift enthält, wonach der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens gerichtliche Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren aus anderen Mitgliedstaaten anerkennen muss. Betreffend bewegliche Sachen werden Arrestbefehle deshalb mit der Pfändung nach § 930 ZPO vollzogen, betreffend unbewegliche Sachen durch eine Zwangshypothek nach § 932 ZPO. Die Verhaftung des Verwalters des Hauptinsolvenzverfahrens zur Vollziehung des persönlichen Arrestes ist zumindest im Grundsatz denkbar, § 933 ZPO. Unterlassungsverfügungen gegen den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens werden regelmäßig mit Ordnungsgeld und Ordnungshaft erzwungen, § 890 ZPO.

7. Der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens kann gegen Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen *Rechtsschutz* vor deutschen Gerichten suchen. Das folgt aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch und gilt selbst dann, wenn der Verwalter eine ausländische (juristische) Person sein sollte. Für den Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens kommt neben der Abwendung durch Hinterlegung eines Geldbetrages nach § 923 ZPO und der Sicherheitsleistung nach § 927 ZPO

insbesondere der Widerspruch nach § 924 ZPO in Betracht (ggf. in Verbindung mit § 936 ZPO). Die Anordnung zur Erhebung einer Hauptsacheklage nach § 926 ZPO ist im Anwendungsbereich des Art. 36 Abs. 9 EuInsVO teleologisch zu reduzieren und daher nicht anwendbar.

8. Der Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens kann bei deutschen Gerichten eine Schutzschrift hinterlegen. Damit kann er seine Rechtsposition darstellen, noch bevor lokale Gläubiger den Arrest bzw. die einstweilige Verfügung beantragen (Vorweg-Verteidigung).

9. Nach der grammatischen, systematischen und teleologischen Auslegung können sich auch lokale Gläubiger im Sinne von Art. 2 Nr. 11, 36 Abs. 9 EuInsVO nach § 945 ZPO (verschuldensunabhängig) schadensersatzpflichtig machen, wenn sich die Anordnung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist.