



Sehr geehrte Damen und Herren,

der heutige Beitrag beschäftigt sich mit der immer häufiger auftretenden Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen für eine im Ausland ansässige Person/ein ausländisches Unternehmen im Inland, d. h. in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. Immer häufiger haben Unternehmer/Gesellschaften aus dem EU-Ausland oder auch aus Drittstaaten Niederlassungen hier im Inland und es stellt sich die Frage, ob man im Inland Erfolg versprechend die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über deren Vermögen beantragen kann, wenn sie offene Forderungen nicht bezahlen können. Der nachstehende Beitrag möchte die geltenden grundsätzlichen Regelungen aufzeigen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. jur. Sandro Kanzlspurger  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht

## Inländische «Niederlassung» als Voraussetzung für die Eröffnung eines sog. Sekundärinsolvenzverfahrens

### **EulnsVO Art. 3 II**

**Für die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens ist ohne Rücksicht auf den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen allein maßgeblich, ob der Schuldner eine inländische Niederlassung hat.**

**BGH, Beschluss vom 08.03.2012 - IX ZB 178/11**

### **Sachverhalt**

Der Schuldner war Notar mit Amtssitz in V, einem Ort in Nordrhein-Westfalen. Die Gläubigerin kündigte im Dezember 2008 die Geschäftsverbindung zu ihm und forderte Rückzahlung von 3.256.555,09 EUR. Der Schuldner meldete daraufhin Anfang Februar 2009 in Birmingham, England, ein Gewerbe als Sportfotograf an, entfaltete zunächst aber keinerlei gewerbliche Tätigkeit.

Mit Verfügung vom 09.06.2009 teilte die Präsidentin des OLG Düsseldorf dem Schuldner mit, sie beabsichtige, ihn seines Amtes zu entheben, weil er in Vermögensverfall geraten sei und seine wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die Art seiner Wirtschaftsführung die Interessen der Rechtssuchenden gefährdeten. Zugleich enthub sie ihn vorläufig seines Amtes, mit dessen Wahrnehmung ein Notariatsverwalter betraut wurde. Rechtsmittel des Schuldners blieben ohne Erfolg. Am 04.01.2011 wurde der Schuldner endgültig seines Amtes als Notar enthoben.

Am 17.06.2010 eröffnete der County Court Birmingham auf Antrag des Schuldners das Insolvenzverfahren über dessen Vermögen, nachdem ein früherer Antrag auf Veranlassung des englischen Insolvenzverwalters aufgehoben worden war.

Am 10.11.2010 beantragte die Gläubigerin die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens über das inländische Vermögen des Schuldners. Das Sekundärinsolvenzverfahren folgt wie der Name bereits sagt dem ursprünglichen „Primärinsolvenzverfahren“ nach und erfasst dessen im Sekundärbereich vorhandenes gesamtes Vermögen. Der Antrag wurde als unzulässig abgewiesen.

Die sofortige Beschwerde der Gläubigerin blieb erfolglos. Ihre Rechtsbeschwerde blieb ebenfalls ohne Erfolg.

### **Rechtliche Wertung**

Der BGH stellt dazu fest, dass die Vorinstanzen die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens im Ergebnis zutreffend abgelehnt hätten, weil es an einer Niederlassung des Schuldners im Inland fehle.

Die Eröffnung eines zweiten Insolvenzverfahrens setze nach Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.05.2000 über Insolvenzverfahren („EulnsVO“) voraus, dass der Schuldner eine Niederlassung im Gebiet desjenigen Mitgliedstaates unterhält, in welchem das Zweitverfahren eröffnet werden soll.

Nach der Legaldefinition des Art. 2 lit. h EulnsVO sei unter einer Niederlassung jeder Tätigkeitsort zu verstehen, an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht nur vorübergehender Art nachgehe, welche den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt. Dabei sei außerdem ein Mindestmaß an Organisation und eine gewisse Stabilität erforderlich.

Zum maßgebenden Zeitpunkt der Antragstellung am 10.11.2010 habe der Schuldner jedoch in Deutschland keine Niederlassung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 EulnsVO unterhalten. Zu diesem Zeitpunkt sei der Schuldner zwar noch Notar gewesen; allerdings habe bereits die vorläufige Amtsenthebung und die Bestellung eines Notariatsverwalters dazu geführt, dass das in den eigenen Räumen des Schuldners belegene Notariat nicht mehr als dessen inländische Niederlassung angesehen werden konnte.

So habe der Schuldner seit der vorläufigen Amtsenthebung keine auf das Notariat bezogene wirtschaftliche Tätigkeit mehr entfalten können, da er sich nach § 55 Abs. 2 Satz 1 Bundesnotarordnung („BNotO“) während der Dauer der vorläufigen Amtsenthebung jeder Amtshandlung zu enthalten hatte. Der Schuldner habe dementsprechend Amtsgeschäfte



nach § 23 BNotO nicht mehr wahrnehmen und auch keine Einnahmen aus der Notartätigkeit mehr erzielen können. Nach den gerichtlichen Feststellungen habe sich der Schuldner auch an das Verbot gehalten.

Die Tätigkeit des Notariatsverwalters könne ihm insoweit nicht zugerechnet werden, da der Notariatsverwalter kein Angestellter des Notars sei, sondern von der Landesjustizverwaltung bestellt werde und sein Amt auf Rechnung der Notarkammer führe. Daraus folge aber zugleich, dass der Notariatsverwalter nicht als „Personal“ des Schuldners angesehen werden könne.

Gleiches gelte auch für die ehemaligen Angestellten. Soweit der seines Amtes vorläufig enthobene Notar Angestellte gehabt habe, wären diese nicht kraft Gesetzes zu Angestellten des Notariatsverwalters geworden. Ein gesetzlicher Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den bestellten Notariatsverwalter sei nämlich nicht vorgesehen. Aus diesem Grunde habe der Notariatsverwalter nach den Feststellungen der Vorinstanzen im vorliegenden Fall dann auch privatrechtliche Verträge über die weitere Beschäftigung der Mitarbeiter geschlossen.

Der Versagung der Verfahrenseröffnung stehe auch nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung noch offen war, ob die vorläufige Amtsenthebung in eine endgültige Amtsenthebung münden würde. Nur wenn der Schuldner auf seine sofortige Beschwerde hin das Notariat wieder hätte übernehmen können, wäre dies für die Bestimmung seines Mittelpunktes der hauptsächlichen Interessen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 EulnsVO zu berücksichtigen gewesen. In dem vorliegenden Verfahren gehe es aber gerade nicht um den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 EulnsVO, sondern um einen Fall des Art. 3 Abs. 2 EulnsVO, der nach seinem Wortlaut das Vorhandensein einer Niederlassung zum Zeitpunkt der Antragstellung voraussetze. Daran fehle es.

Ob und in welcher Höhe der Schuldner eine Nutzungsent-schädigung oder Miete für den Gebrauch seiner Notariats-räumlichkeiten erhalte, sei in diesem Zusammenhang nicht festgestellt. Allerdings begründe inländisches Vermögen für sich genommen auch dann keine Zweitniederlassung im Sinne der EulnsVO, wenn hieraus Einkünfte erzielt würden.

Schließlich könnten die Tatbestandsvoraussetzungen, die nach Art. 3 Abs. 1 EulnsVO die Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens ermöglichen, nicht diejenigen Voraussetzungen ersetzen, die Art. 3 Abs. 2 EulnsVO für die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens aufstelle. Dagegen spreche schon der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 EulnsVO, der eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedsstaat verlange, aber gerade nicht an den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 EulnsVO anknüpfe. Voraussetzung für ein Sekundärinsolvenzverfahren sei daher, dass die Tatbestandsmerkmale des Art. 3 Abs. 2 und des Art. 2 lit. h EulnsVO erfüllt sind, der Schuldner also einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgehe, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt. Sei dies der Fall, komme es nicht darauf an, ob die Niederlassung zugleich den Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners bilde. Nachdem es aber im vorliegenden Fall - wie gezeigt -

an einer Niederlassung des Schuldners im Inland zum Zeitpunkt der Antragstellung fehle, sei die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

## Praxishinweis

Die Entscheidung des BGH verdeutlicht noch einmal die unterschiedlichen Ansätze von EulnsVO und der deutschen Insolvenzordnung. So sieht das deutsche internationale Insolvenzrecht in § 354 InsO die Möglichkeit zur Eröffnung eines territorial begrenzten Verfahrens auch dann vor, wenn und soweit im Inland Vermögen vorhanden ist. Dagegen ist unter Geltung der EulnsVO ein derartiger Anknüpfungspunkt für die Eröffnung eines zweiten Verfahrens gerade nicht gegeben. Letztere knüpft an das Bestehen einer Niederlassung und nach Ausführungen des BGH daran an, dass diese Niederlassung auch tatsächlich unterhalten, d. h. gelebt wird.

Der maßgebliche Wille des europäischen Gesetzgebers kommt dabei, wie Tschentscher in BeckRS 2012, 07433 zutreffend ausführt in dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 EulnsVO klar zur Geltung: Die Möglichkeit, ein auf ein bestimmtes Gebiet begrenztes Sekundärinsolvenzverfahren zu eröffnen, ist unabdingbar an das Vorliegen einer Niederlassung im Inland geknüpft. Unter Berücksichtigung der zunehmenden Fälle des (missbräuchlichen) Insolvenztourismus und sog. *forum shoppings* könnte man aber möglicherweise darüber nachdenken, ob die gegenwärtige Diskussion über die angestrebte Reform der EulnsVO zum Anlass genommen wird, auch eine Änderung des o. g. Art. 3 Abs. 2 EulnsVO anzuregen. Unter dem *forum shopping* (wörtlich "Gerichtseinkaufsbummel") versteht man das systematische Ausnutzen nebeneinander bestehender Zuständigkeiten um bestimmter rechtlicher oder tatsächlicher Vorteile willen (Wikipedia *forum shopping* m. w. N.). Durch das sog. *forum shopping* versuchen Schuldner im Rahmen des Insolvenzrechtes vielfach durch entsprechende Verlegung des Firmensitzes und Verlagerung von Geschäftstätigkeiten in das Ausland in den Genuss einer für sie günstigeren ausländischen Insolvenzordnung zu kommen. Über eine Änderung der o. g. Vorschrift nachzudenken, wäre vor diesem Hintergrund sicherlich nicht verkehrt (in diesem Sinne auch Tschentscher, a. a. O.).

## Wichtige Leitsätze

### **OLG Düsseldorf: Geltendmachung vermeintlicher Schadensersatzansprüche gegen Schuldner grundsätzlich keine Aufgabe des Treuhänders**

Die Geltendmachung vermeintlicher Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche gegen den Schuldner gehört jedenfalls dann nicht zu den gesetzlichen Aufgaben des nach § 291 Abs. 2 InsO bestimmten Treuhänders, wenn ihm nicht nach § 292 Abs. 2 InsO die Aufgabe übertragen worden ist, die Erfüllung der Obliegenheiten des Schuldners zu überwachen. Für eine dennoch erhobene Klage ist er nicht prozessführungsbefugt; sie ist als unzulässig abzuweisen. Die Kosten des Rechtsstreits sind in diesem Falle dem Treuhänder persönlich aufzuerlegen. (Leitsatz des Gerichts)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 02.03.2012 - I-17 U 8/11