

solche erkennen und entsprechende Insolvenzanträge kritisch auf ihre Zulässigkeit überprüfen. Aus der Vorlage eines Schemes of Arrangement ergibt sich die Zulässigkeit eines Insolvenzantrags keinesfalls ohne Weiteres. Zur Gegenglaubhaftmachung sollte eine Schutzschrift bei den in Frage kommenden Insolvenzgerichten hinterlegt werden. Sowohl der Gesetzgeber als auch die in der Vertragsgestaltung Tätigen sind aufgerufen, die stille Sanierung zu erleichtern.

Rechtsanwalt Dr. Marc d'Avoine\*

## Internationale Zuständigkeit des deutschen Insolvenzgerichts bei offenkundiger „Rückkehroption“ des ehemals selbstständig wirtschaftlich tätigen Schuldners (Unternehmer, Freiberufler, Arzt, Anwalt, Notar etc.) mit dem Ziel der Restschuldbefreiung

### – Wann wird forum-shopping unerlaubt und verstößt unter Umständen gegen den Ordre public?

Insolvenzverfahren und Restschuldbefreiung im europäischen Ausland: Ausübung europarechtlicher Grundfreiheiten oder unzulässiges forum shopping? Der nachfolgende Beitrag erörtert das Problem des so genannten Insolvenztourismus und die Frage, ob und bejahendenfalls wie diesem Problem unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtslage begegnet werden kann.

#### I. Einleitung – „Insolvenztourismus“

Die Entschuldung deutscher Schuldner im EU-Raum ist inzwischen zur gängigen Praxis geworden. „Tourismus“ ist volkswirtschaftlich gewünscht und erfreut zudem den Reisenden wie den Gastgeber. Anders ist es beim „Insolvenztourismus“, der gleichsam in Mode gekommen ist, aber die juristische Seele mitunter hochkochen lässt. Das jedenfalls zeigen die Reaktionen und Publikationen rund um die jüngsten Fälle von Insolvenztourismus. Das gilt gleichermaßen sowohl für die „Flucht“ ehemals selbstständig tätiger verschuldeter Privatpersonen ins benachbarte Ausland als auch für die gezielte Verlegung des COMI im Fall von Unternehmen in der Existenzkrise<sup>1</sup>.

Deutsche Schuldner verlassen Deutschland mit dem Ziel, beispielsweise in Frankreich<sup>2</sup> oder England<sup>3</sup> rascher die Restschuldbefreiung zu erreichen. Das kann durchaus gelingen, denn ein Insolvenzverfahren in Deutschland inklusive Wohlverhaltensperiode und anschließender Erteilung der Restschuldbefreiung dauert sechs Jahre plus Vorbereitungsphase, somit in der Regel mindestens sieben Jahre. Anders ist es beispielsweise jenseits des Ärmelkanals; in England darf sich der redliche Schuldner auf den Tag genau ein Jahr nach Antragstellung befreit fühlen. Dabei ist die „Befreiung“ im Grunde doppelt zu sehen, nämlich als (sachliche) Befreiung von seinen Verbindlichkeiten und als (persönliche) Befreiung

von seinen Gläubigern, die ihn oft jahrelang verfolgt und mitunter bedrängt hatten.

Soweit die Grundlagen. Allerdings wechseln Schuldner, die in Deutschland zu den „Besserverdienenden“ zähl(t)en, in einigen Fällen planmäßig ins Ausland, weil sie sich dort schlicht bessere Chancen der Entschuldung erhoffen, was aber eine Umgehung des deutschen Insolvenzrechts mitsamt seinen Hebeln und Haftungsinstrumenten sein kann<sup>4</sup>. Zudem spielt der bereits benannte Zeitfaktor eine entscheidende Rolle, da die Entschuldung in der Regel deutlich schneller erreicht werden kann, als im Wege eines Insolvenzverfahrens nach der deutschen InsO<sup>5</sup>. Damit ist allerdings noch nicht beurteilt, ob diese Maßnahme von der Rechtsordnung zu billigen oder zu missbilligen ist.

In einem vom AG Mannheim am 5. 11. 2008 entschiedenen Fall begründete der Schuldner seinen Wohnsitz im Staat der Antragstellung nur zum Schein, womit er nicht durchdrang<sup>6</sup>. Das AG stellte diverse Merkmale bzw. Indizien für die Annahme eines Scheinwohnsitzes auf, wobei es im Schwerpunkt auf die überwiegende Erreichbarkeit abstellt. Sind Indizien in einer bestimmten Dichte vorhanden, genügt es für die Begründung einer ausländischen Zuständigkeit des Insolvenzgerichts nicht, dass der Schuldner Mietvertrag, Gas- und Wasserrechnungen über die ausländische Anschrift vorlegt<sup>7</sup>. Es müssen in einem solchen Fall eben weitere Merkmale hinzutreten und der Schuldner muss zudem weitreichende Strukturen vor Ort geschaffen haben.

Was aber gilt, wenn der Schuldner tatsächlich einen Wohnsitz im Ausland begründet hat, also die Merkmale und Indizien für einen „echten“ Auslandswohnsitz vorliegen? Wie ist der Fall, wenn der Schuldner von Beginn des Verfahrens an beabsichtigte, diesen Wohnsitz nur so lange aufrecht zu erhalten, bis er im Ausland die schnellere Entschuldung erreicht hat, um sofort in sein Heimatland zurückzukehren, wo er dann wieder in seinem Ausgangsberuf (erneut) hohe Einkünfte erzielen kann? Bedeutet die „offenkundige Rückkehroption“ des ehemals selbstständig Tätigen in solchen Fällen eine unzulässige Umgehung der Regelungen zu Art. 3 I EuInsVO?

Wegen des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit kann grundsätzlich nicht verlangt werden, dass der (neue) Sitz des Schuldners eine bestimmte Zeit vor Stellung des Insolvenzantrages bestanden haben muss<sup>8</sup>. Gleichwohl werden die vorstehenden Fragen im Beispielsfall etwa eines in Deutschland grundsätzlich erfolgreichen und gut verdienenden Unternehmers oder Freiberuflers, der auf Grund eines oder mehrerer berufsfremder wirtschaftlicher Misserfolge in Vermögensverfall geraten ist, praktisch bedeutsam. Denn ihm gelingt trotz hoher Einkünfte die Entschuldung aus eigenen Mitteln oder

\* Der Autor ist Fachanwalt für Steuerrecht und für Handels- und Gesellschaftsrecht, Insolvenzverwalter sowie Gründungsgesellschafter der Sozietät ATN d'Avoine Teubler Neu Rechtsanwälte, Wuppertal.

1 Vgl. Fälle wie *Deutsche Nickel AG* (mit Anm. Vallender, NZI 2007, 129 [131]), *Schefenacker AG, Hans Brochier Holdings Ltd.* (dazu AG Nürnberg, NZI 2007, 185 [186] = ZIP 2007, 81 [82]); *High Court of Justice London*, NZI 2007, 187; s. auch *Schwemmer*, NZI 2009, 355.

2 *Hölzle*, ZVI 2007, 1; *Delzant/Schütze*, ZInsO 2008, 540.

3 Vgl. *Hergenröder/Alsmann*, ZVI 2007, 337.

4 S. *Andres/Grund*, NZI 2007, 137 (138); *Weller*, ZGR 2008, 835 (844 ff.), zur Motivation der Sitzverlegung von Gesellschaften.

5 Vgl. auch *Vallender*, VIA 2010, 6.

6 *AG Mannheim*, Beschl. v. 5. 11. 2008 – 1 IN 244/08, FD-InsR 292922 = BeckRS 2009, 26626; s. auch *Vallender*, VIA 2010, 6.

7 *AG Mannheim*, Beschl. v. 5. 11. 2008 – 1 IN 244/08, FD-InsR 292922 = BeckRS 2009, 26626.

8 Vgl. Schlussantrag des Generalanwalts v. 10. 3. 2011 – C-396/09, *Intereid Srl i. LJ/Fallimento Intereid Srl, Intesa Gestione Crediti SpA*, NZI Heft 7/2011, VII = BeckRS 2011, 80221.

dem verfügbaren Einkommen nicht. Vollstreckungen einzelner Gläubiger in die Praxis oder das Betriebsvermögen bedeuten regelmäßig das Ende selbstständiger Tätigkeit als Arzt, Anwalt oder Notar, schon wegen des regelmäßigen Verfahrens zum Entzug der Berufszulassung, welches die jeweiligen Institutionen oder Kammern in Fällen des Vermögensverfalls einleiten. Im Fall eines Notars beispielsweise muss der Rechtsverkehr in besonderem Maße auf die Verlässlichkeit des Amtsträgers vertrauen.

Einen solchen Fall entschied der BGH am 15. 11. 2010 und bestätigte die Amtsenthebung eines deutschen Notars<sup>9</sup>. Sein im Prinzip überdurchschnittliches Einkommen reichte nicht aus, um sämtliche Annuitäten zu bedienen, alle Gläubiger zu befriedigen und in geordnete wirtschaftliche Verhältnisse zurückzukehren, in denen die Einkünfte die regelmäßigen Verpflichtungen überwiegen.

Dieser Arzt, Anwalt oder Notar verzieht regulär ins Ausland, „parkt“ dort gewissermaßen und leitet dort ein persönliches Insolvenzverfahren ein, um nach Entschuldung im EU-Ausland wieder nach Deutschland zurückzukehren. Durch die insbesondere in England und Frankreich vorhandene Möglichkeit, die Restschuldbefreiung bereits nach verhältnismäßig kurzer Zeit zu erhalten, kann sich der Schuldner gegebenenfalls sogar dem Verfahren über den Entzug bzw. Verlust seiner Zulassung entziehen.

Geordnete wirtschaftliche Verhältnisse sind aber gerade Voraussetzung für die Ausübung des Berufs z. B. des Anwalts oder des Notars<sup>10</sup>. Die Verzögerung eines Zulassungsentzugsverfahrens über einen Zeitraum von einem Jahr stellt hingegen kein größeres Hindernis dar. Maßgeblicher Feststellungszeitpunkt für die Beurteilung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners ist grundsätzlich der Sachstand zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung<sup>11</sup>. Zu diesem Zeitpunkt kann es dem Schuldner unter Umständen bereits gelungen sein, sich zu entschulden und damit seine Vermögensverhältnisse wieder zu ordnen. Damit entfielen der Grund „Vermögensverfall“ für den Entzug der berufsständischen Zulassung; zumindest könnte er diese neu beantragen.

In Deutschland – und das war von Beginn an sein Plan – wird der Betreffende wieder das tun, was er auch vorher getan hat, nämlich erhebliche Einkünfte in seinem Ausgangsberuf erzielen. Aus Sicht der Gläubiger sind diese Abläufe inakzeptabel, zumindest unbefriedigend, weil die Durchsetzung der Rechte der Gläubiger in bzw. nach einer ausländischen Rechtsordnung mit erheblichen Schwierigkeiten rechtlicher und tatsächlicher Art verbunden sein könnte. Das gilt vor allem, wenn ein ausländisches Gericht bereits seine Zuständigkeit bejaht und ein Primärverfahren eingeleitet hat. Die Entscheidung des AG Mannheim, die dem Scheinwohnsitz eines deutschen Schuldners in Frankreich die Anerkennung versagt und über diesen Weg die internationale Zuständigkeit des deutschen Insolvenzgerichts begründet hatte, wird daher auch überwiegend begrüßt. Sie war in der Folgezeit in ähnlich gelagerten Fällen Orientierung auch für andere Amtsgerichte und hat die Rolle und die Möglichkeiten der beteiligten Gläubiger in der Insolvenz natürlicher Personen gestärkt<sup>12</sup>.

## II. Internationale Zuständigkeit des deutschen Insolvenzgerichts

Vorliegend geht es um die grundsätzliche und die spezielle Zuständigkeit des Insolvenzgerichts im Fall des ehemals selbstständig tätigen Schuldners mit „offenkundiger Rückkehroption“ und damit die Frage, wannforum-shopping unerlaubt wird.

## 1. Grundsätzliche Zuständigkeit des Insolvenzgerichts

Zur Internationalen Zuständigkeit bestimmt Art. 3 I 1 der Verordnung EG Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. 5. 2000 über Insolvenzverfahren:

„Für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichsten Interessen (center of main interests = COMI) hat.“

Nach Abs. 2 gilt: „Hat der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichsten Interessen im Gebiet eines Mitgliedstaats, so sind die Gerichte eines anderen Mitgliedsstaats nur dann zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens befugt, wenn der Schuldner eine Niederlassung im Gebiet dieses anderen Mitgliedsstaats hat. Die Wirkungen dieses Verfahrens sind auf das im Gebiet dieses letzteren Mitgliedsstaats belegene Vermögen des Schuldners beschränkt.“

Bei Kaufleuten, Gewerbetreibenden oder Selbstständigen bzw. Freiberuflern ist bei der Bestimmung des für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zuständigen Gerichts an die wirtschaftliche oder gewerbliche bzw. freiberufliche Tätigkeit des Schuldners anzuknüpfen<sup>13</sup>.

Weiter bestimmt Artikel 27 EuInsVO zur Verfahrenseröffnung:

„Ist durch ein Gericht eines Mitgliedsstaats ein Verfahren nach Art. 3 I eröffnet worden, das in einem anderen Mitgliedsstaat anerkannt ist (Hauptinsolvenzverfahren), so kann ein nach Art. 3 II zuständiges Gericht dieses anderen Mitgliedsstaats ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnen, ohne dass in diesem anderen Mitgliedsstaat die Insolvenz des Schuldners geprüft wird. Bei diesem Verfahren muss es sich um ein in Anhang B aufgeführtes Verfahren handeln. Seine Wirkungen beschränken sich auf das im Gebiet dieses anderen Mitgliedsstaats gelegene Vermögen des Schuldners.“

Voraussetzung für die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens ist jedoch, dass der Schuldner im entsprechenden Mitgliedsstaat eine Niederlassung i. S. von Art. 2 lit. h) EuInsVO unterhält. Dies ist bei natürlichen Personen, die tatsächlich nur im Ausland residieren, in der Regel gerade nicht der Fall.

## 2. Die Zuständigkeit des Gerichts nach der Eurofood-Entscheidung

Der EuGH hat mit der Entscheidung in Sachen *Parmalat/Eurofood* mit Blick auf Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit gefordert, dass der COMI nach „objektiven und zugleich für Dritte feststellbaren Kriterien zu bestimmen“ ist<sup>14</sup>. Damit konkretisierte er den COMI, zementierte aber nicht, welche objektiv erkennbaren Kriterien konkret heranzuzie-

9 BGH, Beschl. v. 15. 11. 2010, NotZ 6/10; MDR 2011, 133 = ZIP 2011, 284 = ZNotP 2011, 33.

10 S. § 14 I Nr. 7 BRAO bzw. § 50 I Nrn. 6, 8 BNotO.

11 Vgl. BGH, DNotZ 2004, 882; Beschl. v. 6. 11. 1998, BeckRS 1998, 30032105.

12 Ebenso AG Köln, NZI 2009, 133; Vallender, VIA 2010, 6 (7).

13 BGH, ZInsO 2009, 1955 (1956) = BeckRS 2009, 26500; Beschl. v. 13. 6. 2006 – IX ZA 8/06, IPRspr 2006, Nrn. 265, 616, 618 = BeckRS 2006, 08542; NZI 2007, 344 = ZIP 2007, 878 Rdnr. 14; Beschl. v. 17. 9. 2009 – IX ZB 81/09, BeckRS 2009, 26363; NotZ 6/10 = ZIP 2011, 284 (284 ff.) = ZNotP 2011, 33 = MDR 2011, 133 L.

14 EuGH, NZI 2006, 360 = NJW 2006, 2682 = ZInsO 2006, 484; RfW 2006, 619 Rdnrn. 33 ff. = BB 2006, 1762 – Eurofood IFSC Ltd.

hen sind. Insbesondere verbleiben Zweifel bei divergierenden Sitzen; es ist nicht endgültig klar, ob im Zweifel der effektive Verwaltungssitz oder die werbende Tätigkeit entscheiden soll. Problematisch sind auch die Fälle, in denen eine Gesellschaft ihren Sitz verlegt und der Mitgliedstaat die Liquidation abgeschlossen sowie das dortige Unternehmensregister diese Gesellschaft dort auch bereits gelöscht hat, obgleich möglicherweise noch „ehemaliges“ Inlandsvermögen vorhanden war<sup>15</sup>. Sinn und Zweck des Art. 3 I EuInsVO lassen wohl das operative Geschäft als Orientierungspunkt erscheinen<sup>16</sup>. Die Vorschrift berücksichtigt das Risiko der Insolvenz für die Gläubiger, welches den Schuldner an den Ort führt, den seine Gläubiger ebenfalls kennen. Denn der Mittelpunkt der werbenden Tätigkeit und Außenbeziehungen sind in der Praxis für (ehemalige) Patienten, Mandanten, Auftraggeber, Vertragspartner, Kunden und Lieferanten greifbarer als der „effektive Verwaltungssitz“. Nur auf diesem Weg lässt sich zudem ein forum shopping verhindern<sup>17</sup>. Unerlaubt wird dieses bei missbräuchlicher Rückkehroption in den gebildeten Beispielfällen des Arztes, des Anwalts oder Notars.

### 3. Zuständigkeit des Gerichts bei gezielter Verlegung des COMI mit offenkundiger „Rückkehroption“

Die internationale Zuständigkeit ist gem. Art. 3 I EuInsVO geregelt. Umgehungen führen nicht zur Verlagerung des COMI. Insolvenzzweckliches forum shopping ist zu verhindern, vor allem, wenn der Sitz nach Eintritt einer Krise oder gar Insolvenz oder nur zum Zweck der Liquidation im Mitgliedstaat erfolgt<sup>18</sup>. Andererseits sind Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU Kernaussagen der Europapolitik. Fraglich ist, wann aus einem Fall zulässiger Satzungs- oder Wohnsitzverlagerung ein Fall einer missbräuchlichen Verlegung des COMI wird, in welchem – gegebenenfalls auch trotz eines vorrangigen Erstverfahrens etwa im Mitgliedstaat – die Zuständigkeit des deutschen Insolvenzgerichts begründet wäre. Der ehemals selbstständig wirtschaftlich tätige Schuldner, praktisch der Selbstständige (etwa Arzt, Anwalt oder Notar), der nach Eintritt der Insolvenz in Deutschland den COMI in den EU-Raum verlegt und dort einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt, handelt nicht prima vista rechtsmissbräuchlich, auch wenn er stets vor hatte, von einer kurzen Verfahrenslaufzeit zu profitieren und nach Abschluss des Verfahrens wieder nach Deutschland zurückzukehren.

Nach Ansicht des BGH ist jedoch die Verlegung des Wohnsitzes durch den Schuldner unbeachtlich, wenn mehrere Insolvenzanträge gestellt werden, der Schuldner seinen Wohnsitz nach Eingang des ersten, aber vor Eingang der weiteren Insolvenzanträge verlegt und der erste Insolvenzantrag sodann nach der Wohnsitzverlegung und nach Eingang der weiteren Insolvenzanträge für erledigt erklärt wird. Auch hier bleibt das einmal zuständige Gericht auch nach Erledigung des Erstantrags für zwischenzeitlich eingegangene, aber noch nicht erledigte Anträge zuständig<sup>19</sup>.

Anders ist es aber im Fall gezielter Mittelpunkts- bzw. Sitz- und beabsichtigter COMI-Verlagerungen vor Antragstellung. Einer solchen COMI-Verlagerung bereits vor Stellung eines ersten Insolvenzantrags kann vor allem nicht durch die Vorverlagerung des Anknüpfungspunkts für die Beurteilung der Zuständigkeit des Insolvenzgerichts (z. B. durch Vorverlagerung auf den Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzzureife oder sogar auf den Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeiten) begegnet werden<sup>20</sup>.

Fälle einer tatsächlich erfolgten COMI-Verlagerung vor Antragstellung sind aber unter Umständen rechtsmissbräuchlich. Auf der Grundlage der allgemeinen Grundsätze des Internationalen Zivilverfahrensrechts kann, unter Umständen muss gar die Zuständigkeit versagt werden, wenn ihre Voraussetzungen arglistig erschlichen wurden<sup>21</sup>. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs ist aber ein Ausnahmetatbestand, also nur zurückhaltend anwendbar. Seine Unbestimmtheit birgt die elementare Gefahr einer Unvorhersehbarkeit der Zuständigkeitsordnung und begründet seinen Ausnahmecharakter. Der Rechtsmissbrauchseinwand greift nur in extrem und zudem eindeutig gelagerten Ausnahmefällen, in denen eine besondere Rechtsuntreue oder gar Verwerflichkeit zu Tage tritt. Diese ist beispielsweise anzunehmen, wenn der Schuldner seinen Mittelpunkt mit der konkreten Absicht verlegt, dass eigentlich für seine Person anwendbare Insolvenzrecht zu umgehen, um seine Gläubiger zu schädigen<sup>22</sup>. Andererseits ist die Zuständigkeit dann nicht wegen Rechtsmissbrauchs zu versagen, wenn die Verlagerung des COMI mit nachvollziehbaren, mit der Rechtsordnung zu vereinbaren oder mit vernünftigen wirtschaftlichen Erwägungen gerechtfertigt werden kann<sup>23</sup>. Der rechtstreue Bürger darf sehr wohl die rechtlichen Möglichkeiten nutzen, die ihm der internationale Rahmen bietet, ohne sich den Rechtsmissbrauchseinwand entgegenhalten lassen zu müssen. Solche „vernünftigen Erwägungen“ erkannte das AG Köln beispielsweise im dem Verfahren über die *PIN-Group* und sah die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als gegeben an<sup>24</sup>. Die „vernünftigen Erwägungen“ lagen im entschiedenen Kölner Fall in dem Bestreben, durch eine Zuständigkeitskonzentration im Konzern die Sanierungschancen zu verbessern<sup>25</sup>.

Die Verlegung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen eines Arztes wäre sicherlich nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen, wenn der insolvente Arzt ausschließlich in England aktiv würde, weil sich ihm dort (unter anderem auf Grund der in Deutschland geltenden Budgetierungen) lukrativere Arbeitsbedingungen und gegebenenfalls andere berufliche Optionen bieten. Gerade Ärzte sind vielfach hoch spezialisiert und finden international Patienten. In diesem Fall würde der Arzt die für ihn günstige schnelle Entschuldung mit der Möglichkeit, seine Verdienstmöglichkeiten zu verbessern, kombinieren. Das ist ihm nicht per se vorzuwerfen. Allein das Abzielen auf die Anwendbarkeit des günstigeren Rechts kann jedenfalls für sich keinen Missbrauchsvorwurf begründen<sup>26</sup>. Ähnlich ist prima vista der Fall des in Deutschland in Vermögensverfall geratenen Anwalts oder Notars zu sehen.

15 Vgl. Schlussantrag des Generalanwalts v. 10. 3. 2011 – C-396/09, *Interredel Srl* i. L./*Fallimento Interredil Srl, Intesa Gestione Creditit SpA*, NZI Heft 7/2011, VII = BeckRS 2011, 80221.

16 Vgl. auch *Schwemmer*, NZI 2009, 355 (356).

17 So auch *Schwemmer*, NZI 2009, 355 (356).

18 Vgl. einen entsprechenden Fall als Grundlage zum Schlussantrag des Generalanwalts v. 10. 3. 2011 – C-396/09, *Interredel Srl* i. L./*Fallimento Interredil Srl, Intesa Gestione Creditit SpA*, NZI Heft 7/2011, VII = BeckRS 2011, 80221.

19 BGH, NZI 2006, 364 (365) = ZInsO 2006, 431 (432).

20 *Schwemmer*, NZI 2009, 355 (358).

21 Vgl. *Schack*, Internationales ZivilverfahrensR, 5. Aufl. (2010), Rdnrn. 489 f.; s. auch *Schwemmer*, NZI 2009, 355 (358).

22 *Duursma-Kepplinger*, ZIP 2007, 896 (900).

23 *High Court of Justice Leeds*, ZIP 2004, 1769 (1771); s. auch *Schwemmer*, NZI 2009, 355.

24 AG Köln, NZI 2008, 257 (260) = ZInsO 2008, 388 (391) = ZIP 2008, 423 (428).

25 AG Köln, NZI 2008, 257 (260) = ZInsO 2008, 388 (391) = ZIP 2008, 423 (428 ff.).

26 *Duursma-Kepplinger*, ZIP 2007, 896 (900); AG Köln, NZI 2008, 257 (260) = ZInsO 2008, 388 (391) = ZIP 2008, 423 (428 ff.); *Schwemmer*, NZI 2009, 355 (358), zur Aberkennung wegen Verstoßes gegen den Ordre public.

Ohne Hinzutreten weiterer Umstände darf er seine Aktivitäten in Deutschland beenden und ins Ausland verziehen, auch mit dem Ziel, dort ein wirksames Insolvenzverfahren inklusive Restschuldbefreiung zu durchlaufen.

Wenngleich der Missbrauchseinwand in den wenigsten Fällen von COMI-Verlagerungen eingreifen dürfte, könnte dieses im Fall des Schuldners mit „offenkundiger Rückkehroption“ anders sein. Unbehagen kommt bei dem Betrachter auf, wenn der Schuldner (möglicherweise) bereits durch eine Klageverfahren gegen den Entzug der Berufszulassung mit dem Eröffnungsantrag offenbart, dass er eine Rückkehroption hat und diese auch ausnutzen will, sobald er die Entschuldung im Ausland erreicht hat. Ärzte, Anwälte, Notare und andere vermeintlich „Besserverdienende“ geraten unter Umständen in Vermögensverfall und beabsichtigen die rasche Entschuldung im nahen Ausland, um auf den Pfad des einträglichen Wirtschaftens und Erzielens hoher Einkünfte zurückzukehren. Hier sei auf den Fall des in England lebenden Chefarztes an einer deutschen Klinik verwiesen, der in Deutschland eine Niederlassung i. S. des Art. 2 lit. h EuInsVO unterhielt, so dass das *LG Hannover* zumindest die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens für zulässig hielt<sup>27</sup>. Der *BGH* hat auch einem ehemaligen Notar, den die Präsidentin der Notarkammer vorläufig seines Amtes enthoben hatte und der trotz der Vorläufigkeit seiner Amtsenthebung und laufendem Rechtsmittelverfahren gegen diesen Beschluss einen Antrag auf Eröffnung des Verfahrens in England gestellt hatte, die Gefolgschaft versagt. Der *BGH* hielt dieses Vorgehen für unzulässig und attestierte dem (Ex-)Notar ein „manipulatives Verhalten“<sup>28</sup>. Dieser Notar beabsichtigte wohl, die kurze Phase des Verfahrens von einem Jahr mit anschließender Restschuldbefreiung auszunutzen, um sodann wieder in Deutschland tätig zu werden, und zwar durchaus als Notar. Damit war die Amtsenthebung bestätigt und zudem die Unzulässigkeit eines Insolvenzverfahrens des gescheiterten Notars in England indiziert, was die englischen Gerichte gleichwohl nicht davon abhielt, auf Grund eigener Einschätzung den eigenen Gerichtsstand zunächst für begründet zu erachten. Der COMI blieb, jedenfalls für dieses Verfahren, im Ausgangsstaat.

#### 4. Extremfälle – Oder Erklärung des Schuldners im Zuständigkeitsbereich des angerufenen ausländischen Gerichts für einen Zeitraum entsprechend der Laufzeit des inländischen Entschuldungsverfahrens

Gläubiger eines ehemals vermögenden und dann in Vermögensverfall geratenen Schuldners fühlen sich von diesem quasi doppelt geprellt, wenn dieser Schuldner nach Entschuldung innerhalb von nur einem Jahr unbehelligt wieder aktiv werden kann und damit möglicherweise in kurzer Zeit neues Vermögen aufbaut, das dem Zugriff seiner ehemaligen Gläubiger gerade nicht zur Verfügung steht. Diese Taktik könnte gegen den *Ordre public* verstoßen, wenn solches Verhalten nicht gar als „manipulatives Verhalten“ im oben genannten Sinn bewertet werden kann. Verstöße gegen den *Ordre public* widerlegen die Vermutung des Art. 3 I EuInsVO und können unter Umständen zu einem COMI im Ausgangs- bzw. Herkunftsstaat führen, wobei es auf eine wertende Gesamtbetrachtung ankommt.

§ 26 EuInsVO bestimmt:

„Jeder Mitgliedstaat kann sich weigern, ein in einem anderen Mitgliedstaat eröffnetes Insolvenzverfahren anzuerkennen oder eine in einem solchen Verfahren ergangene Entscheidung zu vollstrecken, soweit diese Anerkennung oder diese Vollstreckung zu einem Ergebnis führt, das offensichtlich mit seiner öffentlichen Ordnung, insbesondere mit den

Grundprinzipien oder den verfassungsmäßig garantierten Rechten und Freiheiten des einzelnen, unvereinbar ist“.

Nach der Verordnung stellt der *Ordre-public*-Einwand das einzige Anerkennungshindernis dar, wenn das Gericht des Hauptverfahrens seine internationale Zuständigkeit bejaht hat und die Eröffnungsentscheidung wirksam ist. Der *Ordre-public*-Einwand kassiert Entscheidungen nur mit Blick auf die öffentliche Ordnung des Anerkennungsstaats. Denn die internationale Zuständigkeit des Gerichts des Hauptverfahrens darf von dem Gericht des Anerkennungsstaats nicht nochmals überprüft werden.<sup>29</sup>

Sollte ein Extremfall vorliegen, in dem nach einer missbräuchlichen Verlegung des Mittelpunktes der hauptsächlichsten Interessen dem Eröffnungsbeschluss wegen *Ordre-public*-Widrigkeit gem. Art. 26 EuInsVO die Anerkennung zu versagen ist, führt dieses zwangsläufig zu Zuständigkeitskonflikten. Dieses ist die Kehrseite des Einwands des *Ordre public*. Zudem kollidiert dieses Instrument offenkundig mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens<sup>30</sup>, welcher quasi aus den Angeln gehoben würde. Der Vertrauensgrundsatz wäre noch mehr in Frage gestellt, würde der aus einem Titel vor der Zeit der Insolvenzantragstellung vorgehende (alte) Gläubiger in einer Vollstreckungsabwehrklage gegen den (ehemaligen) Schuldner durchdringen. Damit bliebe dem (scheinbar) entschuldeten ehemaligen Schuldner faktisch die im Mitgliedstaat erreichte Restschuldbefreiung partiell versagt.

Daher sind es nur die Fälle der Manipulation oder des evidenten Missbrauchs – bei denen es zudem bei Anwendung des ausländischen Insolvenzrechts zu einer erheblichen Verschlechterung der Situation der Gläubiger kommen würde – die im Ergebnis für den Einwand des *Ordre-public*-Verstoßes übrig bleiben<sup>31</sup>. Ein solcher Missbrauchsfall liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn zwischen Sitzverlegung und Insolvenzantragstellung etwa ein Zeitraum von einem Jahr verstrichen ist<sup>32</sup>.

Allein die Ummeldung eines Schuldners und damit der erschwerte Zugriff eines deutschen Gläubigers auf den Schuldner selbst, etwa für den Fall der Taschenpfändung oder Ladung zur (erneuten) Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung der Vermögenslosigkeit, kann aber nicht einen solchen Extremfall begründen. Allerdings sind bei der Ummeldungs- und eventuell auch Umzugsentscheidung die weiteren beruflichen Absichten des Schuldners schon von Belang. Schließlich gibt die Rechtsordnung nur dem redlichen Schuldner die Möglichkeit der Entschuldung, und zwar für die Zukunft. Das Moment der zukünftigen Reintegration in einen funktionierenden Wirtschaftsverkehr mit regelmäßigem Austausch von Leistungen und Gegenleistungen schwingt somit bereits bei Einleitung des Verfahrens mit, wenngleich es sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt. Der Anreiz ist jedenfalls die Wiederteilnahme am Wirtschaftsverkehr. Der Arzt, Anwalt oder Notar, der gezielt und nur temporär im Ausland weilt und sich alle Möglichkeiten offenhält, offenbart aber, dass er das Privileg der Entschuldung im EU-Aus-

27 *LG Hannover*, NZI 2008, 631 m. Anm. Vallender.

28 *BGH*, ZIP 2011, 284 (286).

29 Reinhardt, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl. (2008), Art. 26 EuInsVO Rdnr. 1.

30 *EuGH*, NZI 2006, 360 = NJW 2006, 2682; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. (2010), Art. 26 EuInsVO Rdnr. 1.

31 Statt vieler Schwemmer, NZI 2009, 355 (358).

32 Vgl. Schlussantrag des Generalanwalts v. 10. 3. 2011 – C-396/09, *Interedel Srl* i. L./*Fallimento Interedit Srl, Intesa Gestione Crediti* SpA, NZI Heft 7/2011, VII = BeckRS 2011, 80221.

land nur mit Blick auf die Verkürzung der Verfahrenslaufzeit wählt, nicht wegen des etwaig vorteilhaften Wohnsitzes im Ausland per se. Er könnte seine Meinung auch jederzeit ändern. Eine Verlässlichkeit ist nicht gegeben. Genau diese erwartet der Antragsteller bzw. Schuldner aber vom Rechts- und Wirtschaftsverkehr, wenn er wieder nach Deutschland zurückkehrt, und zwar entschuldet. Er verwirklicht damit den Fall des evidenten Missbrauchs. Insofern erscheint die Annahme der Zulässigkeit eines erfolgreichen Insolvenzverfahrens mit anschließender Restschuldbefreiung im Ausland unbillig bzw. unzulässig. Das ist ein Fall des Verstoßes gegen den *Ordre public* und begründet keinen wirksamen COMI im Mitgliedstaat.

Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Antragsteller zumindest bei Antragstellung im Verbund mit dem Eröffnungsantrag gegenüber dem (ausländischen) Gericht erklärt, seinen Wohnsitz für einen Zeitraum dort zu behalten, der dem der Dauer eines Regelverfahrens in seinem Heimatland entspricht. Zur Vermeidung von Rechtsmissbräuchen muss dieses dem Entschuldungssuchenden zugemutet werden können. Diese Forderung ist quasi ein Reflex auf den Vertrauensschutz, den Gläubiger wie Schuldner gleichermaßen benötigen. Eine gesetzliche Regelung fehlt derzeit: Insofern handelt es sich hier um eine Aufgabenstellung für den Gesetzgeber.

Das gilt jedenfalls so lange, wie die Rechtsordnungen unterschiedlich lange Verfahrenslaufzeiten zur Restschuldbefreiung vorsehen. Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr im In- und Ausland müssen ein Mindestmaß an Verlässlichkeit in Anspruch nehmen und vom Schuldner fordern dürfen. Letzterer muss, soll sein Verfahren mit dem erklärten Ziel der Rückkehr nach Entschuldung nicht gegen den *Ordre public* verstoßen, tatsächliche Merkmale beseitigen, die ihn als „Insolvenztourist“ entlarven. In Fällen offenkundiger Rückkehroption unter zielgerichteter Ausnutzung der ausländischen kürzeren Verfahrenslaufzeit kann dieses nur eine ergänzende Erklärung des Antragstellers sein, dass er zumindest für die Laufzeit des Restschuldbefreiungsverfahrens in seinem ursprünglichen Heimatland im Ausland verbleiben will. Damit ist nicht gesagt, dass der Schuldner auf Grund besonderer oder gar neuer Umstände nicht seine ursprüngliche Absicht wieder ändern kann oder muss, etwa im Fall der Rückkehr zu erkrankten Familienmitgliedern oder persönlichen Notfällen anderer Art, in denen der Verbleib im Ausland unzumutbarer Zwang wäre. Das kann jedoch nicht die verfahrensspezifische Forderung nach einer Ergänzungserklärung des Schuldners mit Rückkehroption aus den Angeln heben. Eine einheitliche gesetzliche Regelung könnte dieses bewirken. Die hier angesprochene zusätzliche Erklärung des Schuldners gegenüber dem ausländischen Insolvenzgericht stellt gegenüber einem „beweglichen System“, welches etwa Klöhn<sup>33</sup> zur Begrenzung des *forum shopping* durch COMI-Verlagerungen vorschlägt, als einfacheres und vor allem griffigeres Mittel gegenüber.

Der Insolvenzschuldner kann sich bei Anforderung der Zusatzklärung nach Ansicht des Verfassers auch nicht auf eine unangemessene Einschränkung seiner Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit i.S. des Art. 49 bzw. 43 EGV n.F. berufen. Er ist insoweit nicht schutzwürdig, wenn er ein Insolvenzverfahren im europäischen Ausland nur anstrebt, um kurzfristig nach erfolgreicher Entschuldung seine Rückkehroption zu verwirklichen. Im Gegenteil; in einem solchen Fall erscheint es dem Schuldner schon wegen des für alle Seiten notwendigen Vertrauensschutzes zumutbar,

durch Abgabe der vorgenannten Erklärung nachzuweisen, dass er seinen Mittelpunkt der hauptsächlichsten Interessen zumindest mittelfristig tatsächlich verlegt. Dann können ihm auch die Vorteile der von ihm gewählten Rechtsordnung für die Durchführung des Insolvenzverfahrens gewährt werden, ohne dass ein Fall des Rechtsmissbrauchs vorliegt.

### III. Fazit: Zuständigkeit bei ergänzender Erklärung des Schuldners

Die Entschuldung deutscher Schuldner im EU-Raum ist inzwischen zur gängigen Praxis geworden. „Insolvenztourismus“ ist nicht per se unzulässig. Das gilt gleichermaßen für die „Flucht“ ehemals selbstständig tätiger und heute verschuldeter Privatpersonen ins benachbarte Ausland wie bei der gezielten Verlegung des COMI im Fall von Unternehmen in der Existenzkrise.

Bei Kaufleuten, Gewerbetreibenden oder Selbstständigen bzw. Freiberuflern ist bei der Bestimmung des für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zuständigen Gerichts an die wirtschaftliche oder gewerbliche bzw. freiberufliche Tätigkeit des Schuldners anzuknüpfen.

Der *EuGH* hat mit der Entscheidung in Sachen *Parmalat/Eurofood* mit Blick auf Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit gefordert, dass der COMI nach „objektiven und zugleich für Dritte feststellbaren Kriterien zu bestimmen“ ist. Damit konkretisierte er den COMI, zementierte aber nicht, welche objektiv erkennbaren Kriterien konkret heranzuziehen sind. Insbesondere verbleiben Zweifel bei divergierenden Sitzen.

Umgehungen führen nicht zur Verlagerung des COMI. Insolvenzrechtliches *forum shopping* zu verhindern, vor allem, wenn der Sitz nach Eintritt einer Krise oder gar Insolvenz erfolgt. Andererseits sind Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU Kernaussagen der Europapolitik. Fraglich ist, wann aus einem Fall zulässiger Satzungs- oder Wohnsitzverlagerung ein Fall der missbräuchlichen Verlagerung des COMI wird, in welchem – gegebenenfalls auch trotz eines vorrangigen Erstverfahrens – die Zuständigkeit des deutschen Insolvenzgerichts begründet wäre.

Die Annahme eines Verstoßes gegen den *Ordre public* ist die Ausnahme. Der ehemals wirtschaftlich selbstständige Schuldner mit offenkundiger Rückkehroption kann zulässigerweise seinen Wohnsitz verlagern und ein Entschuldungsverfahren im EU-Ausland einleiten. In diesem Fall verhindert jedenfalls eine Erklärung des Antragstellers bei Antragstellung im Verbund mit dem Eröffnungsantrag gegenüber dem Gericht, seinen Wohnsitz für einen Zeitraum dort zu behalten, der dem der Dauer eines Regelverfahrens in seinem Heimatland entspricht, einen Verstoß gegen den *Ordre public*. Zur Vermeidung von Rechtsmissbräuchen muss eine solche Erklärung dem Entschuldungssuchenden zugemutet werden können, um „Insolvenztourismus“ zu verhindern. Eine gesetzliche Regelung fehlt derzeit: Insofern handelt es sich hier um eine Aufgabenstellung für den Gesetzgeber. Dieses gilt jedenfalls so lange, wie die Rechtsordnungen unterschiedlich lange Verfahrenslaufzeiten zur Restschuldbefreiung vorsehen.

33 Klöhn, KTS 2006, 259 (282 ff.).