



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IX ZB 295/11

vom

10. Mai 2012

in dem Verfahren  
auf Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

EGInsO Art. 103f Satz 1

Nach der Aufhebung des § 7 InsO durch das Gesetz zur Änderung des § 522 der Zivilprozessordnung findet die Rechtsbeschwerde in Insolvenzsachen nur gegen solche Beschwerdeentscheidungen zulassungsfrei statt, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts am 27. Oktober 2011 erlassen worden sind (Bestätigung von BGH, WM 2012, 276).

ZPO § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

Die Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde kann nicht vom Rechtsbeschwerdegericht nachgeholt werden, wenn das Beschwerdegericht verkannt hat, dass ihm diese Entscheidung obliegen hat (Bestätigung von BGH, WM 2003, 1871, 1872).

BGH, Beschluss vom 10. Mai 2012 - IX ZB 295/11 - AG Neumünster  
LG Kiel

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Raebel und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Pape

am 10. Mai 2012

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss der 13. Zivilkammer des Landgerichts Kiel vom 31. Oktober 2011 sowie der Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde gegen den bezeichneten Beschluss werden auf Kosten des Schuldners als unzulässig verworfen.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 25.609,21 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die weitere Beteiligte zu 1 beantragte am 11. August 2010 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners. Der Schuldner trat dem Eröffnungsantrag mit der Begründung entgegen, das Insolvenzgericht sei international unzuständig, weil der Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen seit Januar 2010 in Großbritannien liege. Auf Antrag des Schuldners

vom 2. September 2010 wurde am selben Tag durch den High Court of Justice in London das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners nach englischem Recht eröffnet. Das Insolvenzgericht hat daraufhin das Sekundärinsolvenzverfahren über das im Inland belegene Vermögen des Schuldners eröffnet. Das Landgericht hat die hiergegen erhobene sofortige Beschwerde des Schuldners mit Beschluss vom 31. Oktober 2011 zurückgewiesen, ohne ausdrücklich über die Zulassung der Rechtsbeschwerde zu entscheiden. Die Gehörsrüge des Schuldners gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit seiner Rechtsbeschwerde, deren Zulassung durch das Rechtsbeschwerdegericht der Schuldner hilfsweise beantragt, verfolgt er sein Begehren weiter, die Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens abzulehnen.

## II.

- 2 Das Landgericht hat ausgeführt, der Eröffnungsantrag der Gläubigerin sei auch als Antrag auf Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens auszulegen. Die Durchführung eines Sekundärinsolvenzverfahrens in Deutschland sei gemäß Art. 3 Abs. 2 und 3 in Verbindung mit Art. 2 Buchst. h EulnsVO zulässig, weil der Schuldner zum Zeitpunkt der Antragstellung am 11. August 2010 eine Niederlassung im Inland unterhalten habe. Auf die Gehörsrüge des Schuldners hat das Landgericht ausgeführt, die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde habe den Anspruch des Schuldners auf rechtliches Gehör nicht verletzt. Zwar habe aufgrund der mit Wirkung zum 27. Oktober 2011 erfolgten Aufhebung des § 7 InsO die Rechtsbeschwerde nach der Übergangsvorschrift des Art. 103f Satz 1 EGIInsO der Zulassung durch das Beschwerdegericht bedurft. Die schlüssige Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdege-

richt bedeute aber keine Gehörsverletzung. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde lägen nicht vor, weil die Sache weder grundsätzliche Bedeutung habe noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordere.

### III.

3 Die Rechtsbeschwerde ist nicht statthaft und daher als unzulässig zu verwerfen (§ 4 InsO, § 577 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

4 1. Entgegen der vom Schuldner vertretenen Auffassung ist die Rechtsbeschwerde nicht nach der Regelung des § 7 InsO aF statthaft.

5 a) Durch das am 27. Oktober 2011 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des § 522 der Zivilprozessordnung vom 21. Oktober 2011 (BGBl. I S. 2082) ist die Vorschrift des § 7 InsO aufgehoben worden. Während gemäß §§ 4, 6 Abs. 1, § 7 InsO aF in Verbindung mit § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts im Verfahren nach der Insolvenzordnung die Rechtsbeschwerde stets stattfand, wenn die sofortige Beschwerde statthaft gewesen war (vgl. BGH, Beschluss vom 4. März 2004 - IX ZB 133/03, BGHZ 158, 212, 214; vom 25. Juni 2009 - IX ZB 161/08, WM 2009, 1582 Rn. 5), setzt die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde nach neuem Recht gemäß § 4 InsO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO deren Zulassung durch das Beschwerdegericht voraus.

6           b) Auf die Rechtsbeschwerde des Schuldners ist das neue Recht anzuwenden.

7           aa) Gemäß Art. 103f Satz 1 EGIInsO ist das vor dem 27. Oktober 2011 geltende Recht auf Beschwerdeentscheidungen weiter anzuwenden, bei denen die Frist des § 575 ZPO am 27. Oktober 2011 noch nicht abgelaufen ist. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte durch diese Übergangsregelung das Zulassungserfordernis des neuen Rechts auf Rechtsbeschwerden gegen solche Beschwerdeentscheidungen bezogen werden, die nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts erlassen worden sind, während die Rechtsbeschwerde gegen zuvor ergangene Beschwerdeentscheidungen zulassungsfrei bleiben sollte (BT-Drucks. 17/5334 S. 9). Wie die Rechtsbeschwerde zutreffend darlegt, wäre bei streng am Wortlaut haftender Auslegung der Übergangsregelung die Vorschrift des § 7 InsO jedoch dauerhaft weiter anzuwenden, weil die Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde (§ 575 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und zu deren Begründung (§ 575 Abs. 2 ZPO) am 27. Oktober 2011 noch nicht abgelaufen sein kann, wenn die anzufechtende Entscheidung des Beschwerdegerichts bis zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht ergangen ist.

8           Die Rechtsbeschwerde meint, auch wenn sich vor diesem Hintergrund eine gewisse Einschränkung des Gesetzeswortlauts aufdränge, müsse diese Einschränkung aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit möglichst gering ausfallen. Der gesetzgeberischen Intention werde bereits dadurch Genüge getan, dass die Vorschrift des Art. 103f Satz 1 EGIInsO um die zusätzliche Voraussetzung ergänzt werde, die Neuregelung sei dann anzuwenden, wenn die sofortige Beschwerde vor dem 27. Oktober 2011 eingelegt worden sei. Eine solche Auslegung komme dem Wortlaut des Art. 103f Satz 1 EGIInsO am nächsten und ver-

hindere, dass vom Zufall oder von der Willkür des Beschwerdegerichts abhängige, ob die Rechtsbeschwerde zulassungsfrei möglich sei.

9           bb) Demgegenüber hat der Senat die Regelung des Art. 103f Satz 1 EGIInsO entsprechend der Vorstellung des Gesetzgebers dahingehend ausgelegt, dass das Zulassungserfordernis sich auf Rechtsbeschwerden gegen solche Beschwerdeentscheidungen bezieht, die seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts erlassen worden sind (BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2011 - IX ZB 294/11, WM 2012, 276 Rn. 5; vom 18. Januar 2012 - IX ZB 1/12, Rn. 2; vom 25. Januar 2012 - IX ZB 301/11, Rn. 2). Das Vorbringen der Rechtsbeschwerde gibt keinen Anlass, diese Rechtsprechung zu ändern.

10           Der Zweck einer gesetzlichen Regelung kann es gebieten, diese abweichend von deren Wortlaut auszulegen (BGH, Urteil vom 23. Mai 1951 - II ZR 71/50, BGHZ 2, 176, 184 f; Beschluss vom 10. Dezember 1951 - GSZ 3/51, BGHZ 4, 153, 157 f; Urteil vom 25. September 2002 - VIII ZR 253/99, BGHZ 152, 121, 127). Die offenkundige Sinnlosigkeit einer streng am Wortlaut haftenden Auslegung des Art. 103f Satz 1 EGIInsO sowie die eindeutige Vorstellung des Gesetzgebers vom Zweck der Übergangsregelung sprechen für ein Verständnis der Vorschrift, wonach § 7 InsO weiter anzuwenden ist, wenn die mit der Rechtsbeschwerde anzufechtende Entscheidung des Beschwerdegerichts vor dem 27. Oktober 2011 erlassen worden ist. Auf diese Weise wird verhindert, dass die Abschaffung der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde praktisch leer läuft. Zugleich gewährleistet eine solche Auslegung, dass für Rechtsbeschwerden gegen Beschwerdeentscheidungen, die vor Inkrafttreten der Neuregelung ergangen sind, nicht rückwirkend ein Zulassungserfordernis eingeführt wird.

- 11 Die von der Rechtsbeschwerde vorgeschlagene Auslegung des Art. 103f Satz 1 EGInsO, wonach auf den Zeitpunkt abzustellen sei, zu welchem die sofortige Beschwerde eingelegt worden ist (ebenso Zimmer, ZInsO 2011, 1689, 1695; a.A. Wenz, ZInsO 2011, 2120), findet weder im Wortlaut noch in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes eine Stütze. Das Argument der Rechtsbeschwerde, es dürfe nicht der Entscheidung des Beschwerdegerichts obliegen, ob die Rechtsbeschwerde zulassungsfrei möglich sei, überzeugt nicht. Es entspricht gerade dem gesetzlichen Regelungsmodell der zulassungsbedürftigen Rechtsbeschwerde gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO, die Entscheidung über die Eröffnung der Rechtsbeschwerdeinstanz in die Verantwortung des Beschwerdegerichts zu stellen.
- 12 2. Der Hilfsantrag der Rechtsbeschwerde, dieses Rechtsmittel durch das Rechtsbeschwerdegericht zuzulassen, ist nicht statthaft.
- 13 a) Die Rechtsbeschwerde meint, das Beschwerdegericht habe nicht wirksam über die Zulassung der Rechtsbeschwerde entschieden, weil es sich der Aufhebung des § 7 InsO nicht bewusst gewesen sei. Im Verfahren über die Anhörungsrüge des Schuldners gemäß § 321a ZPO habe das Beschwerdegericht die Zulassungsentscheidung nicht nachholen können, weil die Parteien zur Frage der Zulassung der Rechtsbeschwerde nichts vorgetragen hätten und damit keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in Betracht gekommen sei. Die Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde müsse daher durch das Rechtsbeschwerdegericht erfolgen. Es sei insoweit eine Parallele zur Entscheidung über die Zulassung der Berufung zu ziehen, welche vom Berufungsgericht nachzuholen sei, wenn das erstinstanzliche Gericht hierzu keine Veranlassung gesehen habe, weil es von einem Überschreiten der

Wertgrenze für die Zulässigkeit der Berufung ausgegangen sei (vgl. dazu BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - III ZR 338/09, NJW 2011, 926 Rn. 15 mwN).

14           b) Diese Rechtsprechung kann nicht auf Fälle übertragen werden, in denen die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdegericht unterblieben ist.

15           aa) Bedarf die Rechtsbeschwerde gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO der Zulassung durch das Beschwerdegericht, so findet dieses Rechtsmittel nur statt, wenn es in der Beschwerdeentscheidung ausdrücklich zugelassen worden ist (BGH, Beschluss vom 24. November 2003 - II ZB 37/02, WM 2004, 1698, 1699; vom 19. Mai 2004 - IXa ZB 182/03, NJW 2004, 2529; vom 14. September 2004 - VI ZB 61/03, NJW 2005, 156; vom 12. März 2009 - IX ZB 193/08, WM 2009, 1058 Rn. 5). Enthält eine Beschwerdeentscheidung keine Ausführungen über die Zulassung der Rechtsbeschwerde, ist der Rechtsweg erschöpft. Der Bundesgerichtshof kann mit der Sache nicht mehr in statthafter Weise befasst werden. Das gilt unabhängig davon, welche Erwägungen der Entscheidung des Beschwerdegerichts zu Grunde lagen, die Rechtsbeschwerde nicht zuzulassen. An einer Zulassung fehlt es auch, wenn das Beschwerdegericht sich über sie keine Gedanken gemacht hat, weil es die grundsätzliche Bedeutung der Sache oder die Abweichung von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht erkannt hat (BGH, Beschluss vom 24. November 2003, aaO) oder rechtsirrig davon ausgegangen ist, die Rechtsbeschwerde sei kraft Gesetzes statthaft (BGH, Beschluss vom 24. Juli 2003 - IX ZB 539/02, WM 2003, 1871, 1872 [insoweit nicht in BGHZ 156, 92 abgedruckt]); vom 12. März 2009, aaO Rn. 9 f; vom 20. Dezember 2011 - IX ZB 294/11, WM 2012, 276 Rn. 7; vgl. auch BGH, Beschluss vom 20. Juli 2011 - XII ZB 445/10, NJW-RR 2011, 1569 Rn. 17 [zu § 70 Abs. 1 FamFG]).



- 16            Der Gesetzgeber hat bewusst von der Möglichkeit einer Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde abgesehen (BT-Drucks. 14/4722 S. 69, 116; BGH, Beschluss vom 7. März 2002 - IX ZB 11/02, BGHZ 150, 133, 135; vom 16. November 2006 - IX ZA 26/06, WuM 2007, 41 Rn. 2). Es widerspräche der gesetzlichen Unanfechtbarkeit auch der Entscheidung über die Zulassung, wenn diese im Rechtsmittelweg daraufhin überprüft werden könnte, ob das Beschwerdegericht die ihm obliegende Verantwortung für die Zulassungsentscheidung erkannt hat.
- 17            bb) Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus der von der Rechtsbeschwerde (ebenso zu § 70 Abs. 1 FamFG Wassermann, jurisPR-BGHZivilR 18/2011 Anm. 2) gezogenen Parallele zur Nachholung der Entscheidung über die Zulassung der Berufung durch das Berufungsgericht. Anders als das Rechtsbeschwerdegericht ist das Berufungsgericht in den genannten Fällen mit einem statthaften Rechtsmittel befasst, das nur ausnahmsweise unzulässig ist, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 € nicht übersteigt. Darin liegt der Grund für eine unterschiedliche Behandlung.
- 18            Nach der Regelung des § 511 Abs. 1 ZPO ist die Berufung gegen die im ersten Rechtszug erlassenen Endurteile unabhängig von dem Wert des Beschwerdegegenstands statthaft. Auch wenn die Berufung unzulässig ist, weil die Berufungssumme nicht erreicht wird, eröffnet die Statthaftigkeit der Berufung ein Verfahren in der Berufungsinstanz, in welchem die Zulässigkeit des Rechtsmittels zu prüfen ist. Im Rahmen dieser Prüfung muss das Berufungsgericht dem Berufungskläger gemäß §§ 525, 139 Abs. 2 und 3 ZPO Gelegenheit zur Stellungnahme geben, wenn es abweichend von der Streitwertfestsetzung in erster Instanz von einer Beschwer unterhalb der Berufungssumme ausgeht

(BGH, Beschluss vom 9. Juli 2004 - V ZB 6/04, NJW-RR 2005, 219). Hält das Berufungsgericht die Berufung für unzulässig, so unterliegt diese Entscheidung der Anfechtung (§ 522 Abs. 1 Satz 4, § 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO, § 26 Nr. 8 Satz 2 EGZPO).

19

Der Umstand, dass die Prüfungskompetenz des Rechtsmittelgerichts unabhängig vom Wert des Beschwerdegegenstands eröffnet ist, ermöglicht es, die in erster Instanz unterbliebene Entscheidung über die Zulassung der Berufung im Berufungsverfahren nachzuholen. Ist - wie vorliegend - eine Prüfungs- und Entscheidungskompetenz des Rechtsbeschwerdegerichts hingegen nicht eröffnet (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 1979 - VIII ZR 87/79, NJW 1980, 344 [zu § 546 ZPO aF]), fehlt es an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage, um die Zulassungsentscheidung dem Rechtsbeschwerdegericht überantworten zu können. Die Parallele zur Nachholung der Entscheidung über die Zulassung der Berufung kann zudem auch deshalb nicht gezogen werden, weil das Beschwerdegericht in jedem Fall Veranlassung hat, über die Zulassung

der Rechtsbeschwerde zu entscheiden. Der Wert des Beschwerdegegenstandes spielt keine Rolle.

Kayser

Raebel

Vill

Lohmann

Pape

Vorinstanzen:

AG Neumünster, Entscheidung vom 13.07.2011 - 94 IE 2/11 -

LG Kiel, Entscheidung vom 31.10.2011 - 13 T 141/11 -