

MARC-PHILIPPE WELLER\*

## Die intertemporale Behandlung der Insolvenzverschleppungshaftung beim Insolvenzstatutenwechsel

### I. Einführung und Grundlagen

#### 1. Die Auslandsinsolvenz als zunehmendes Phänomen

Der für das Insolvenzrecht zuständige IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, dem der Jubilar lange Zeit – zuletzt als Senatsvorsitzender – angehörte, hatte in den vergangenen Jahren über eine Reihe von Fällen zu entscheiden, in denen der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen ins Ausland verlegte, um nicht dem deutschen, sondern dem ausländischen Insolvenzrecht zu unterfallen.<sup>1</sup>

Sofern eine solche Auslandsinsolvenz nicht zu Sanierungszwecken angestrebt wird – wie etwa in den Fällen Schefenacker<sup>2</sup>, Brochier<sup>3</sup> und Deutsche Nickel AG<sup>4</sup>, die in den Anwendungsbereich des sanierungsfreundlicheren englischen Insolvenzrechts gelangen wollten<sup>5</sup> –, sondern die Motivation primär darin liegt, einer insolvenzrechtlichen Haftung im Inland zu entgehen und inländische Gläubiger „abzuschütteln“, hat man mit einem Phänomen zu tun, das man schlagwortartig mit „transnationaler Firmenbestattung“ umschreiben kann.<sup>6</sup> Angesichts dessen, dass die

---

\* Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Licencié en droit, ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Unternehmensrecht und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Universität Mannheim sowie Direktor des dortigen Instituts für Unternehmensrecht (IURUM). Der Beitrag sei dem Jubilar, der sich schon seit Jahren gewinnbringend im Wissenschaftlichen Beirat des Zentrums für Insolvenz und Sanierung der Universität Mannheim (ZIS) engagiert, herzlich zugeeignet.

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 15. 1. 2009, IX ZR 56/08, NZI 2009, 233; BGH, Beschluss vom 13. 7. 2007, IX ZB 238/06 (Bestattung einer GmbH & Co KG in Spanien); BGH, Urteil vom 22. 12. 2005, IX ZR 190/02, ZIP 2006, 243 („faktische Liquidation“ einer GmbH in Spanien), hierzu Kindler, Sitzverlegung und internationales Insolvenzrecht, IPRax 2006, 114.

<sup>2</sup> Hierzu Hauschka, von Schwaikheim nach Porchester, aus der Normenflut in die Freiheit?, NJW-Editorial 28/2007.

<sup>3</sup> Hierzu Andres/Grund, Die Flucht vor deutschen Insolvenzgerichten nach England, – die Entscheidungen in dem Insolvenzverfahren Haus Brochier Holdings Ltd., NZI 2007, 137, 139 ff.; Ballmann, Der High Court of Justice erschwert die Flucht deutscher Unternehmen ins englische Insolvenzrecht, BB 2007, 1121 ff.; Kebekus, Anmerkungen zu AG Nürnberg vom 1. 10. 2006, ZIP 2007, 84 ff.; Knof, Der Ordre public-Vorbehalt nach Art. 26 EnInsVO – eine Allzweckwaffe gegen forum shopping im europäischem Insolvenzrecht?, ZInsO 2007, 629, 632 ff.

<sup>4</sup> Hierzu Vallender, Gefahren für den Insolvenzstandort Deutschland, NZI 2007, 129, 131 f.

<sup>5</sup> Zur COMI-Verlegung nach England zu Sanierungszwecken Weller, Die Verlegung des Centers of Main Interest von Deutschland nach England, ZGR 2008, 835 ff.

<sup>6</sup> Monographisch hierzu Oelschlegel, Die transnationale GmbH-Bestattung (Diss. Mannheim), 2010; ferner Weller, GmbH-Bestattung im Ausland, ZIP 2009, 2029 ff.

Verwaltungssitzverlegung ins Ausland durch die im Zuge des MoMiG<sup>7</sup> geänderten § 4a GmbHG und § 5 AktG erleichtert worden ist<sup>8</sup> und professionelle Firmenbestatter aktiv für Auslandsinsolvenzen werben<sup>9</sup>, dürften die Fälle der Auslandsinsolvenz zukünftig deutlich zunehmen.<sup>10</sup>

Firmenbestattungen gehen typischerweise mit einer Insolvenzverschleppung einher. Dies soll im Folgenden zum Anlass genommen werden, die rechtliche Behandlung der Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO im Fall der Auslandsinsolvenz einer deutschen Kapitalgesellschaft näher zu untersuchen.

## 2. Der Begriff des Insolvenzstatutenwechsels

Der Interessenmittelpunkt des Schuldners (der auch Center of Main Interest bzw. abgekürzt COMI genannt wird<sup>11</sup>) ist der maßgebliche Anknüpfungspunkt, wenn es im Geltungsbereich der Europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO) um die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (Art. 3 EuInsVO) und um das anwendbare formelle und materielle Insolvenzrecht (Art. 4 EuInsVO) geht. Durch die Verlagerung des Interessenmittelpunktes als dem maßgeblichen kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkt ins Ausland kommt es zu einem Wechsel der internationalen Zuständigkeit und damit einhergehend zu einem Wechsel des anwendbaren Insolvenzrechts: Anstelle des deutschen Insolvenzrechts ist dann das Insolvenzrecht desjenigen Staates zur Anwendung berufen, in den der Schuldner seinen Interessenmittelpunkt verlegt hat. Da das Insolvenzrecht (im Gegensatz zum *Insolvenz kollisionsrecht*) auch als *Insolvenzstatut* bezeichnet wird<sup>12</sup>, spricht man von einem *Insolvenzstatutenwechsel*.<sup>13</sup>

## 3. Problemstellung

Bei einem durch die Auslandsinsolvenz bedingten Insolvenzstatutenwechsel besteht die Gefahr, dass inländische Haftungsvorschriften umgangen werden. Findet nämlich über Art. 4 EuInsVO das ausländische Insolvenzrecht Anwendung, laufen die

<sup>7</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl. I 2008, S. 2026.

<sup>8</sup> Näher MünchKommGmbHG-Weller, 2010, Einl. RdNr. 379 ff.

<sup>9</sup> Zahlreiche Nachweise bei Oelschlegel, S. 25 ff.

<sup>10</sup> Ebenso Knof/Mock, Das MoMiG und die Auslandsinsolvenz haftungsbeschränkter Gesellschaften, GmbHR 2007, 852, 857 f.

<sup>11</sup> Haß/Herweg, EuInsVO, Art. 3 RdNr. 6 ff.; Kübler, FS Walter Gerhardt, 2004, S. 527, 529, 540 ff.

<sup>12</sup> v.Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 7. Aufl. 2007, § 2, RdNr. 33: „Im heutigen Sprachgebrauch des IPR nennt man Statut die Rechtsordnung, deren Sachnormen als Ergebnis der kollisionsrechtlichen Anknüpfung auf einen Lebenssachverhalt Anwendung finden.“

<sup>13</sup> v.Hoffmann/Thorn, § 5, RdNr. 97: „Als Statutenwechsel wird jeder Wechsel der für die Beurteilung eines bestimmten Rechtsverhältnisses maßgeblichen Rechtsordnung bezeichnet.“

deutschen insolvenzrechtlichen Haftungsinstrumente, die das gesellschaftsrechtliche Gläubigerschutzregime flankieren, grundsätzlich ins Leere.<sup>14</sup>

Im Fall der Auslandsinsolvenz deutscher Kapitalgesellschaften stellt sich unter anderem die Frage nach dem Schicksal insolvenzrechtlicher Haftungsansprüche, die gegen Geschäftsleiter und Gesellschafter entstanden sind, bevor die Gesellschaft ihren Interessenmittelpunkt ins Ausland verlagert. Zu denken ist insbesondere an eine deutsche GmbH, die materiell schon einige Zeit insolvent ist, bevor es zum Insolvenzstatutenwechsel kommt. Dabei beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die Insolvenzverschleppungshaftung, die seit dem MoMiG rechtsformübergreifend für alle juristischen Personen ihre Grundlage in § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO hat.<sup>15</sup>

## II. Die Insolvenzverschleppungshaftung

### 1. Insolvenzantragspflicht

Ab Insolvenzreife können insbesondere Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsführer wegen Insolvenzverschleppung nach § 15a InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB entstehen. Nach § 15a Abs. 1 InsO haben die Geschäftsführer spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder der Überschuldung (§ 19 InsO) einen Insolvenzantrag zu stellen.<sup>16</sup> Hinter der Insolvenzantragspflicht steht der Gedanke, dass eine Kapitalgesellschaft keine Existenzberechtigung mehr hat, wenn ihr Vermögen aufgebraucht ist.<sup>17</sup> Eine Gesellschaft, die nach diesem Moment weiterhin werbend tätig ist, wirtschaftet auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger. Ziel der Insolvenzantragspflicht ist es mithin, die Gesellschaft im Interesse der (aktuellen und potentiellen) Gesellschaftsgläubiger<sup>18</sup> „vom Geschäftsverkehr fern zu halten.“<sup>19</sup>

Die Insolvenzantragspflicht wird seit BGHZ 29, 100 zu Recht als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB angesehen mit der Folge, dass ihre Verletzung eine Schadensersatzpflicht in Form einer Außenhaftung nach sich zieht.<sup>20</sup> Dabei ist im Anschluss an BGHZ 126, 181 zu differenzieren: Zugunsten der „Altgläubiger“, die bei Eintritt der Insolvenzreife ihre Gläubigerstellung bereits erlangt hatten, entsteht ein Anspruch auf Ersatz des Quotenverschlechterungsschadens, der auf der Masse-

<sup>14</sup> Casper, Insolvenzverschleppungs- und verursachungshaftung des Geschäftsführers und der Gesellschafter, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2007, RdNr. 6.20; Hirte, Neuregelungen mit Bezug zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz und im Insolvenzrecht durch das Gesetz der Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), ZInsO 2008, 689, 699; Knof/Mock GmbHR 2007, 852, 857.

<sup>15</sup> Casper, RdNr. 6.1 ff.; Gehrlein/Witt, GmbH-Recht in der Praxis, 2. Aufl. 2008, 8. Kap., RdNr. 27.

<sup>16</sup> Näher zu den Insolvenzauslösungstatbeständen Casper, RdNr. 6.3 ff.

<sup>17</sup> Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009 Vorb. § 64 RdNr. 6.

<sup>18</sup> Die Insolvenzantragspflicht soll sowohl die sog. Alt- als auch die Neugläubiger schützen (dazu sogleich im Text).

<sup>19</sup> So BGH, Urteil vom 25. 7. 2005, II ZR 390/03, NJW 2005, 3137, 3140.

<sup>20</sup> Casper, RdNr. 6.19; Wicke, GmbHG, 2008, § 64 RdNr. 11.

verkürzung nach Insolvenzreife beruht.<sup>21</sup> „Neugläubiger“, die nach Insolvenzreife mit der insolventen GmbH kontrahiert haben, erhalten ihren gesamten Kontrahierungsschaden ersetzt.<sup>22</sup> Der Kontrahierungsschaden umfasst das negative Interesse (Vertrauensschaden), nicht aber das (positive) Erfüllungsinteresse.<sup>23</sup> Ein Vertrauensschaden entsteht insofern, als der Neugläubiger der insolventen Gesellschaft Kredit gewährt oder eine Leistung erbringt, der kein werthaltiger Gegenanspruch gegenübersteht.<sup>24</sup>

## 2. Anspruchsentstehung unabhängig von Verfahrenseröffnung

Die *materiellrechtliche* Entstehung der Ansprüche auf Ersatz des Quoten- bzw. Kontrahierungsschadens hängt in zeitlicher Hinsicht entgegen *Haas*<sup>25</sup> nicht von dem formalen Kriterium der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (bzw. der Abweisung mangels Masse) ab, sondern von der materiellen Insolvenzreife.<sup>26</sup> Denn diese ist der Moment, ab dem die Gesellschaft vom Rechtsverkehr ferngehalten werden soll.<sup>27</sup> Das Argument von *Haas*, ein Schaden stehe erst im Moment der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fest, weil der Insolvenzgrund durch nachträgliche Erholung der Gesellschaft wieder entfallen könne, ist zwar zutreffend, betrifft aber in dogmatischer Hinsicht m. E. nicht die *Anspruchsentstehung* sondern erst die ihr nachgelagerte Frage des *Anspruchsumfangs*. Entsprechend der dogmatischen Struktur des Schadensersatzanspruches aus § 823 Abs. 1 BGB, bei dem zwischen Rechtsverletzung (haftungsbegründende Kausalität) und Schaden (haftungsausfüllende Kausalität) unterschieden wird und erst auf der zweiten Stufe im Rahmen der allgemeinen Schadenslehre (§§ 249 ff. BGB) normative Erwägungen zum Schadensumfang anzustellen sind (Vorteilsausgleichung etc.), kann auch im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB zwischen *Schutzgesetzverletzung* und damit einhergehender *Vermögensgefährdung* einerseits und tatsächlichem *Vermögensschaden* andererseits differenziert werden.<sup>28</sup> Für die Entstehung der Insolvenzverschleppungshaftung genügt hiernach die Verletzung des § 15a InsO als Schutzgesetz und die dadurch eintretende *Gefährdung* des Vermögens der Gesellschaftsgläubiger, die bereits – so der BGH<sup>29</sup> – durch § 15a InsO unterbunden werden soll. In welchem Umfang in der Folge tatsächlich ein Vermögensschaden eintritt, ist nach der Konzeption des deutschen Schadens-

<sup>21</sup> Casper, RdNr. 6.23; Wicke, GmbHG, 64 RdNr. 15.

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 25. 7. 2005, II ZR 390/03, NJW 2005, 3137, 3140.

<sup>23</sup> Wicke, GmbHG, § 64 RdNr. 15.

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 25. 7. 2005, II ZR 390/03, NJW 2005, 3137, 3140.

<sup>25</sup> Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64 RdNr. 127 und 147a.

<sup>26</sup> Von der *materiellrechtlichen* Entstehung des Anspruchs scharf zu trennen ist seit *Windscheid* die Frage nach der *prozessualen* Durchsetzung bzw. Geltendmachung eines Anspruchs (näher hierzu Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 108 f., 371 ff.). So ist der Quotenschaden der Altgläubiger vom Haupt- bzw. Sekundärsolvenzverwalter geltend zu machen (dazu unter VI.).

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 25. 7. 2005, II ZR 390/03, NJW 2005, 3137, 3140, unter II.2.(b).

<sup>28</sup> In diese Richtung interpretieren lässt sich BGH, Urteil vom 25. 7. 2005, II ZR 390/03, NJW 2005, 3137, 3138, unter II.1.

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 25. 7. 2005, II ZR 390/03, NJW 2005, 3137, 3140, unter II.2.(b), zur Konkursantragspflicht.

rechts nicht auf der Stufe der Haftungs**begründung**, sondern nachgelagert im Rahmen des Haftung**umfangs** (§§ 249 ff. BGB) zu erörtern. Nach alledem kann ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO materiellrechtlich schon im Vorfeld der (formalen) Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entstehen.

### 3. Kollisionsrechtliche Qualifikation der Insolvenzverschleppungshaftung

Ob die Insolvenzverschleppungshaftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO insolvenzrechtlich zu qualifizieren ist mit der Folge, dass sie im Fall der Auslandsinsolvenz einer deutschen GmbH grundsätzlich nicht zur Anwendung kommt<sup>30</sup>, ist umstritten<sup>31</sup>.

Eine Ansicht<sup>32</sup> qualifiziert sie gesellschaftsrechtlich mit der Begründung, es handle sich um ein rechtsformspezifisches Gläubigerschutzinstrument, welches in enger Verbindung zum Kapitalschutzsystem stehe. Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht. Vielmehr sind die Insolvenzantragspflicht und nach ihrem Gesamtgepräge auch die Insolvenzverschleppungshaftung (ungeachtet der deliktischen Anspruchgrundlage des § 823 Abs. 2 BGB) nach vorzugswürdiger Ansicht<sup>33</sup> jeweils insolvenzrechtlich zu qualifizieren. Hierfür streiten die einschlägigen Qualifikationskriterien<sup>34</sup>: Die Insolvenzantragspflicht hat eine Reinigungsfunktion, die ein typisches Kennzeichen des Marktaustritts durch Insolvenz ist.<sup>35</sup> Ferner ist das wesentliche Tatbestandsmerkmal von Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung die materielle Insolvenzreife der Gesellschaft.<sup>36</sup> Der Zweck der Insolvenzverschleppungshaftung liegt schließlich in der Masseanreicherung zur Gläubigergesamtbefriedigung (jedenfalls, soweit der Quotenschaden der Altgläubiger in Rede steht).<sup>37</sup> Beide Institute haben damit im Sinne der EuGH-Leitentscheidung Gourdain *./.* Nadler „ihren Grund im Insolvenzrecht“.<sup>38</sup> Der EuGH hat nicht zuletzt auch die *action en comblement du passif*, das französische Pendant zur deutschen

<sup>30</sup> Zu dieser Folge Casper, RdNr. 6.20; Hirte ZInsO 2008, 689, 699.

<sup>31</sup> Umfassende Nachweise zum Meinungsstand bei Pannen/Riedemann, EuInsVO, 2007, Art. 4 RdNr. 77.

<sup>32</sup> Berner/Klöhn, Insolvenzantragspflicht, Qualifikation und Niederlassungsfreiheit, ZIP 2007, 106, 107 ff.; Hirte, FS Lüer, 2008, S. 387, 388 ff.; Hirte/Mock, Wohin mit der Insolvenzantragspflicht?, ZIP 2005, 474, 475 ff.; Mock/Schild, in: Hirte/Bücker (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006 § 17, RdNr. 67 ff.; Knof/Mock GmbHR 2007, 852 f.

<sup>33</sup> Oelschlägel, S. 197 f.; MünchKommBGB-Kindler, Int. GesR RdNr. 638 ff., 644 ff.; Kienle, Schnittstellen des Internationalen Gesellschafts- und Insolvenzrechts, in: Süß/Wachter (Hrsg.), Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 2006, RdNr. 181 ff.; Eidenmüller, Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut, RabelsZ 70 (2006), 474, 494 ff.; Müller, Insolvenz ausländischer Kapitalgesellschaften mit inländischem Verwaltungssitz, NZG 2003, 414, 417; Zimmer, Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, NJW 2003, 3585, 3589 ff.

<sup>34</sup> Eingehend zu den insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Qualifikationskriterien MünchKommGmbHG-Weller, Einl. RdNr. 403 ff.

<sup>35</sup> MünchKommBGB-Kindler, Int. GesR RdNr. 639 f., 694.

<sup>36</sup> BGH, Urteil vom 21. 11. 1996, IX ZR 148/95, NJW 1997, 657, 659 – Knäckbäck.

<sup>37</sup> EuGH, Urteil vom 22. 2. 1979, Rs. 133/78, RIW 1979, 273, 274, Tz.5 – Gourdain *./.* Nadler.

<sup>38</sup> EuGH, Urteil vom 22. 2. 1979, Rs. 133/78, RIW 1979, 273, 274, Tz.6 – Gourdain *./.* Nadler.

Insolvenzverschleppungshaftung, insolvenzrechtlich qualifiziert.<sup>39</sup> Nach alledem ist die Insolvenzverschleppungshaftung insolvenzrechtlich zu qualifizieren mit der Folge, dass sie sich nach einem Insolvenzstatutenwechsel nach dem neuen ausländischen Insolvenzregime richtet.<sup>40</sup>

#### 4. Schicksal der inländischen Insolvenzverschleppungshaftung im Fall des Insolvenzstatutenwechsels?

Im Zusammenhang mit transnationalen Firmenbestattungen stellt sich nun die brennende Frage, was mit einmal *entstandenen* Ansprüchen wegen Insolvenzverschleppung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO geschieht, wenn der Interessenmittelpunkt *anschließend* ins Ausland verlegt wird und es hierdurch zu einem Wechsel des anwendbaren Insolvenzrechts kommt. Anstatt des deutschen findet dann über Art. 4 EuInsVO ausländisches Insolvenzrecht Anwendung. Man könnte daraus folgern, dass die Haftungsansprüche deutschen Rechts durch den Wechsel des anwendbaren Insolvenzrechts vernichtet werden, wie es etwa bei einem Statutenwechsel im Internationalen Gesellschaftsrecht nach der sog. Wechselbalgtheorie<sup>41</sup> der Fall sein kann.<sup>42</sup> So gehen nach den BGH-Entscheidungen Trabrennbahn<sup>43</sup> (II. Zivilsenat) und Singapur-Limited<sup>44</sup> (IX. Zivilsenat) die aktienrechtlichen Rechtsverhältnisse einer Schweizer AG bzw. einer Limited Liability Company aus Singapur nach einer Verwaltungssitzverlegung nach Deutschland unter, weil ausländische Kapitalgesellschaften aus Drittstaaten aus Sicht des *numerus clausus* des deutschen Gesellschaftsrechts nicht anerkannt, sondern – vergleichbar einem „Wechselbalg“ – in eine inländische Personengesellschaft umqualifiziert werden.<sup>45</sup>

Im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung geht es indes nicht um die Anerkennung von Rechtsformen, sondern um das Schicksal von Forderungsrechten in Gestalt von Schadensersatzansprüchen, die zu einem Zeitpunkt entstanden sind, als das Insolvenzstatut (noch) deutsches Recht war.

#### 5. Lösung nach den Grundsätzen des Intertemporalen Rechts

Die Behandlung entstandener subjektiver Forderungsrechte – hier des Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO – im Fall eines Statutenwechsels richtet sich nach den Grundsätzen des Intertemporalen Rechts<sup>46</sup>, die *infra* unter V. dar-

<sup>39</sup> EuGH, Urteil vom 22. 2. 1979, Rs. 133/78, RIW 1979, 273 – Gourdain / ./. Nadler.

<sup>40</sup> Weller, ZGR 2008, 835, 844 f.; anders verhält es sich freilich, wenn die Ansprüche aus Insolvenzverschleppung *vor* der COMI-Verlagerung ins Ausland bereits entstanden waren, dazu sogleich im Text.

<sup>41</sup> Goette, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Band 13 (2008), S. 5.

<sup>42</sup> v. Bar/Mankowski, IPR, § 4, RdNr. 176.

<sup>43</sup> BGH, Urteil vom 27. 10. 2008, II ZR 158/06, IPRax 2009, 259.

<sup>44</sup> BGH, Beschluss vom 8. 10. 2009, IX ZR 227/06, AG 2010, 79.

<sup>45</sup> Näher Weller, IPRax 2009, 202, 207 f.

<sup>46</sup> Vgl. v. Bar/Mankowski, IPR, § 4, RdNr. 172.

gelegt werden. Das Verständnis der intertemporalen Problematik wird erleichtert, wenn zuvor die Mechanismen in Erinnerung gerufen werden, die bei grenzüberschreitenden Insolvenzen gelten. Diese finden sich für Insolvenzen innerhalb Europas, auf die sich dieser Beitrag beschränkt, in der EuInsVO. Deren Grundstruktur soll daher im Folgenden skizziert werden.

### III. Grundstruktur der EuInsVO

#### 1. Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht (Art. 3 und 4 EuInsVO)

Im Anwendungsbereich der EuInsVO ist ein Insolvenzverfahren gemäß Art. 3 EuInsVO in demjenigen Staat zu eröffnen, in dem der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen – den sog. COMI (Center of Main Interest) – hat. Die Eurofood-Entscheidung des EuGH<sup>47</sup> lässt sich dahin interpretieren, dass der COMI mit dem nach außen erkennbaren, effektiven Verwaltungssitz einer Gesellschaft korrespondiert.<sup>48</sup> Das Insolvenzverfahren ist mithin in dem Staat zu eröffnen, in dem sich der effektive Verwaltungssitz einer Gesellschaft befindet.

Der COMI ist zugleich auch der Anknüpfungspunkt für das Insolvenzstatut. Nach Art. 4 EuInsVO bestimmen sich die verfahrens- und materielle rechtlichen Wirkungen einer Insolvenz nach der *lex concursus* desjenigen Staates, der international zuständig ist. Es besteht folglich ein Gleichlauf zwischen internationaler Insolvenzzuständigkeit und Insolvenzstatut.

Zu beachten ist im Zusammenhang mit Firmenbestattungen im Ausland ferner das Anerkennungsprinzip nach Art. 16 EuInsVO. Hiernach ist ein innerhalb der EU eröffnetes Hauptinsolvenzverfahren in allen anderen EU-Mitgliedstaaten *ipso iure* anzuerkennen.<sup>49</sup> Es sperrt mithin die Eröffnung eines zweiten Hauptinsolvenzverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat.<sup>50</sup> Nach dem in Art. 17 EuInsVO nor-

<sup>47</sup> EuGH Slg. 2006, I-3813, Tz. 33f, 41 („Eurofood“).

<sup>48</sup> Ebenso *Eidenmüller*, Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law, ECFR 2009, 1, 13 mit Fn. 36; *Hirte* ZInsO 2008, 689, 699; *Knof/Mock*, Zur Anerkennung der Insolvenzeröffnung in einem anderen EU-Mitgliedstaat, ZIP 2006, 911, 914; *Mankowski*, Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts durch die Eurofood-Entscheidung, BB 2006, 1753, 1755; *Moss*, The European Insolvency Regulation – The Case for urgent Reform, *Insolvency Intelligence* 2006, 19(7), 97, 98f.; *Paulus*, Der EuGH und das moderne Insolvenzrecht, NZG 2006, 609; *Weller* ZGR 2008, 835, 856 ff.; aA *Hess/Laukemann/Seagon*, Europäisches Insolvenzrecht nach Eurofood: Methodische Standortbestimmung und praktische Schlussfolgerungen IPRax 2007, 89, 91 f.; *Klöhn*, Verlegung des Mittelpunktes der hauptsächlichen Interessen i. S. des Art. 3 I S. 1 EuInsVO vor Stellung des Insolvenzantrages, KTS 2006, 259, 271; *Oberhammer*, Von der EuInsVO zum europäischen Insolvenzrecht, KTS 2009, 27, 32.

<sup>49</sup> Vgl. auch Art. 102 § 3 und § 4 EGInsO; BGH, Beschluss vom 29.5.2008, IX ZB 103/07, BGHZ 177, 12 = ZIP 2008, 2029; näher *Oberhammer* KTS 2009, 27, 53 ff.; *Weller*, Forum Shopping im Internationalen Insolvenzrecht, IPRax 2004, 412, 416 f.

<sup>50</sup> Nach Art. 16 EuInsVO ist eine Auslandsinsolvenz ohne eine sog. *revision au fond*, mithin ohne Überprüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen, in allen anderen EU-Mitgliedstaaten anzuerkennen. Sofern es bei der Insolvenzeröffnung zu einem positiven Kompetenzkonflikt kommt, sich mithin die Gerichte mehrerer Mitgliedstaaten parallel für international zuständig halten, gilt

mierten Grundsatz der Wirkungserstreckung entfaltet ein ausländisches Hauptinsolvenzverfahren universelle Beschlagswirkung<sup>51</sup>, d. h. es erfasst auch in Deutschland belegene Vermögenswerte – etwa Forderungen der Gesellschaft gegen Schuldner mit Wohnsitz in Deutschland.<sup>52</sup> Wird also die Insolvenz über das Vermögen einer deutschen Gesellschaft im Ausland eröffnet, ist das ausländische Insolvenzverfahren mit seinen Wirkungen in Deutschland anzuerkennen.

## 2. Wandelbarkeit des Insolvenzstatuts

Im Hinblick auf eine Firmenbestattung im Ausland ist folgender Umstand von Bedeutung: Der COMI ist in kollisionsrechtlicher Hinsicht *kein statischer* Anknüpfungspunkt. Er kann vielmehr über die Grenze verlegt werden. Folgt man der Meinung, die für die Lokalisierung des COMI einer Gesellschaft auf deren effektiven Verwaltungssitz abstellt, genügt es, dass jener tatsächlich (objektiv) ins Ausland verlagert wird, um in den Anwendungsbereich des ausländischen Insolvenzrechts zu gelangen.<sup>53</sup> Im praktischen Ergebnis bedeutet dies, dass die Akteure einer deutschen GmbH durch die Verlagerung der *Geschäftsleitung* ins Ausland einen Wechsel des einschlägigen Insolvenzstatuts herbeiführen können.<sup>54</sup> Lediglich bei simulierten COMI-Verlegungen, d. h. wenn der Schuldner den Auslandsmittelpunkt der Wahrheit zuwider nur vortäuscht, kommt es zu keinem Insolvenzstatutenwechsel; vielmehr bleibt dann deutsches Insolvenzrecht anwendbar.<sup>55</sup>

Die Flexibilität des COMI bedingt, dass die nationalen Insolvenzrechte letztlich zu einem von den Marktakteuren wählbaren „Produkt“ werden.<sup>56</sup> Sie können über die COMI-Lokalisierung (mittelbar) ein bestimmtes Insolvenzstatut wählen. Diese Wählbarkeit können sich Firmenbestatter zu Nutze machen.<sup>57</sup> Dabei kommt ihnen entgegen, dass sich der Ordnungsgeber gegen eine *période suspecte* entschieden hat, d. h. gegen eine bestimmte Mindestdauer, während derer der Interes-

---

das Prioritätsprinzip: das zeitlich als erstes eröffnete Insolvenzverfahren ist vom Zweitgericht anzuerkennen, und zwar selbst dann, wenn die Annahme der internationalen Zuständigkeit durch das Erstgericht objektiv unzutreffend ist, *Weller* IPRax 2004, 412 ff.; *ders.* ZGR 2008, 835, 850 f.

<sup>51</sup> Vgl. hierzu jüngst EuGH, Urteil vom 21. 1. 2010, C-444/07 – MG Proud Gdynia.

<sup>52</sup> BGH, Beschluss vom 29. 5. 2008, IX ZB 103/07, BGHZ 177, 12 = ZIP 2008, 2029, Tz. 21 ff.; hierzu *Laukemann*, Zur Frage der Unwirksamkeit der Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens bei gleichzeitiger Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in einem anderen Mitgliedsstaat, JZ 2009, 636 ff.

<sup>53</sup> Ebenso *Eidenmüller* ECFR 2009, 1, 13 mit Fn. 36; *Hirte* ZInsO 2008, 689, 699; *Knof/Mock* ZIP 2006, 911, 914; *Mankowski* BB 2006, 1753, 1755; *Moss* Insolvency Intelligence 2006, 19(7), 97, 98 f.; *Paulus* NZG 2006, 609; *Weller* ZGR 2008, 835, 856 ff.; a.A. *Hess/Laukemann/Seagon* IPRax 2007, 89, 91 f.; *Klöhn* KTS 2006, 259, 271; *Oberhammer* KTS 2009, 27, 32.

<sup>54</sup> Ebenso *Hirte* ZInsO 2008, 689, 699. Näher zu den Anforderungen an eine Verwaltungssitzverlegung *Weller* ZGR 2008, 835, 859 ff.

<sup>55</sup> *Weller* ZIP 2009, 2029, 2033.

<sup>56</sup> *Eidenmüller*, Recht als Produkt, JZ 2009, 641 ff., 646 f.: „Recht als Produkt“ bzw. als „Ware“.

<sup>57</sup> *Hirte* ZInsO 2008, 689, 699; *Knof/Mock* GmbH 2007, 852, 857 f.



senmittelpunkt an *einem* Ort bestanden haben muss, um die internationale Zuständigkeit für ein Insolvenzverfahren zu begründen.<sup>58</sup>

#### IV. Bestimmung des Insolvenzstatuts vor Verfahrenseröffnung

##### 1. Problem: keine geschriebene Kollisionsregel

In der hier zu untersuchenden Konstellation einer insolvenzreifen GmbH, die noch eine gewisse Zeit im Inland weiter wirtschaftet, bevor sie ihren COMI ins Ausland verlegt und dort Insolvenz beantragt, stellt sich die Frage, nach welcher Rechtsordnung dieses Weiterwirtschaften im insolvenzreifen Zustand *vor* der COMI-Verlegung beurteilt wird.<sup>59</sup> Nach deutschem Sachrecht wäre dieser Vorgang als Insolvenzverschleppung zu qualifizieren mit der konkreten Rechtsfolge der Schadensersatzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO.

Fraglich ist, welche Kollisionsregel das für diesen Vorgang anwendbare Recht bestimmt. Eine geschriebene Kollisionsregel, welche das anwendbare Insolvenzhaftungsrecht *vor* Verfahrenseröffnung bestimmt, gibt es nicht.<sup>60</sup> Denn der Wortlaut des Art. 4 EuInsVO besagt, dass „für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen“ das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats maßgeblich ist, in dem das „*Verfahren eröffnet*“ wurde. Hieraus leitet eine verbreitete Literaturansicht ab<sup>61</sup>, das nach der EuInsVO zu ermittelnde Insolvenzstatut sei stets von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abhängig. Dies bedeutete für insolvenzrechtliche Haftungsansprüche, etwa aus Insolvenzverschleppung gemäß § 15a InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB, dass sie nur entstünden, wenn im Inland ein Insolvenzverfahren eröffnet würde.<sup>62</sup>

##### 2. Trennung von prozessualen Insolvenzverfahrensrecht und materiellem Insolvenzhaftungsrecht

Die Ansicht, die Entstehung insolvenzrechtlicher Ansprüche von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abhängig zu machen, ist nicht überzeugend.<sup>63</sup> Gegen sie spricht, dass sich Insolvenzrecht keineswegs in bloßem Verfahrensrecht erschöpft, sondern vielmehr auch materielles Haftungsrecht umfasst.<sup>64</sup> In der Insolvenz erfolgt die Haftungsrealisierung unter Knappheitsbedingungen nach dem Grundsatz *par conditio creditorum* eben nicht nur nach schuldrechtlichen, deliktischen und gesellschaftsrechtlichen, sondern auch nach originär insolvenzrechtlichen Haf-

<sup>58</sup> Eidenmüller ECFR 2009, 1, 28, plädiert *de lege ferenda* für die Einführung einer *période suspecte* im Rahmen der Bestimmung der Internationalen Insolvenzzuständigkeit bei natürlichen Personen.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu bereits Weller ZIP 2009, 2029, 2035 f.

<sup>60</sup> Vgl. MünchKommBGB-Kindler, Vor Art. 4 bis 15 EuInsVO, RdNr. 198.

<sup>61</sup> Berner/Klöhn ZIP 2007, 106, 108; Bittmann/Gruber GmbH 2008, 867, 869.

<sup>62</sup> So in der Tat Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 64, RdNr. 147a f.

<sup>63</sup> Ebenso Oberhammer KTS 2009, 27, 51.

<sup>64</sup> Oberhammer KTS 2009, 27, 51.

tungsfiguren. Exemplarisch erhellen die Anfechtungsregeln oder die Insolvenzverschleppungshaftung, dass es insolvenzrechtliche Haftungsansprüche gibt, die zeitlich schon lange vor einem Insolvenzverfahren entstehen können. Die Trennung zwischen der Entstehung materiellrechtlicher Ansprüche und ihrer späteren prozessualen Realisierung ist ein Markenzeichen moderner Rechtsordnungen, die sich insbesondere im Anschluss an *Bernhard Windscheid*<sup>65</sup> durchgesetzt hat. Allein das materielle Recht entscheidet über die Entstehung, den Untergang und die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen. Das Verfahrensrecht ist lediglich dafür da, materielle Rechtspositionen zu realisieren; es hat eine „dienende Funktion“.<sup>66</sup>

Hiernach hat das Insolvenzverfahren lediglich eine der Haftungsrealisierung unter Knappheitsbedingungen „dienende Funktion“. Die Entstehung und Existenz materieller insolvenzrechtlicher Haftungsansprüche ist von der Eröffnung oder Nicht-Eröffnung eines Insolvenzverfahrens unabhängig.

### 3. Analogie zu Art. 4 EuInsVO: *hypothetische lex fori concursus*

Sachgerecht erscheint es, das materielle Insolvenzhafungsrecht vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens analog Art. 4 Abs. 1 EuInsVO zu ermitteln.<sup>67</sup> Es kommt somit auf die zum Zeitpunkt des haftungsrelevanten Geschehens *hypothetische lex fori concursus* an, mithin darauf, wo ein Verfahren eröffnet würde, wenn zum Zeitpunkt des haftungsrelevanten Geschehensablaufs über die Insolvenzeröffnung zu befinden wäre.<sup>68</sup>

Die Analogievoraussetzung einer planwidrigen Regelungslücke besteht: Eine verfahrensunabhängige Kollisionsregel für das materielle Insolvenzhafungsrecht gibt es in der EuInsVO nicht. Die weitere Analogievoraussetzung der vergleichbaren Interessenlage besteht ebenfalls. Es ist sachgerecht, für das Insolvenzverfahrensrecht und das Insolvenzhafungsrecht denselben kollisionsrechtlichen Anknüpfungspunkt, nämlich jeweils den COMI, zu wählen. Nach alledem gilt: Auf eine Gesellschaft, die ihren Interessenmittelpunkt im Inland hat, findet im Zeitraum vor der COMI-Verlegung ins Ausland analog Art. 4 EuInsVO das materielle deutsche Insolvenzhafungsrecht Anwendung, und zwar unabhängig von einer (späteren) Eröffnung eines Haupt- bzw. Sekundärinsolvenzverfahrens im In- oder Ausland.

<sup>65</sup> Vgl. *Windscheid*, Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1856; *ders.*, Die Actio – Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, 1857.

<sup>66</sup> Näher hierzu *Weller*, Die Vertragstreue, S. 108 ff.

<sup>67</sup> Ebenso *Oelschlägel*, S. 230; *MünchKommBGB-Kindler*, Bd. 11, 4. Aufl. 2006, Vor Art. 4 bis 15 EuInsVO, RdNr. 198; *Eidenmüller*, NJW 2005, 1618, 1621.

<sup>68</sup> *MünchKommBGB-Kindler*, Bd. 11, Vor Art. 4 bis 15 EuInsVO, RdNr. 198.

## V. Die Insolvenzverschleppungshaftung im Lichte des Intertemporalen Rechts

Im Moment der COMI-Verlegung kommt es zu einem Insolvenzstatutenwechsel. Fraglich ist, wie sich der Wechsel des anwendbaren materiellen Insolvenzrechts auf das Schicksal insolvenzrechtlicher Haftungsansprüche auswirkt, die bereits zuvor nach dem Insolvenzrecht der früheren COMI-Belegenheit entstanden waren. Zu lösen ist diese Problematik nach den Grundsätzen des Intertemporalen Rechts.<sup>69</sup>

### 1. Gegenstand des Intertemporalen Rechts

Wie das Internationale Privatrecht (IPR), regelt auch das Intertemporale Recht als rechtliche Metaordnung die Anwendbarkeit konkurrierender Normen des Sachrechts und stellt daher eine besondere Form von Kollisionsrecht dar. Anders als das IPR, welches die *räumlich-territoriale* Kollision von Normen betrifft, beschäftigt sich das Intertemporale Recht mit der Lösung von Konflikten, die aus dem *zeitlichen Nacheinander* von Rechtsnormen resultieren.<sup>70</sup> Hierbei zielt es – in Anlehnung an die Maxime der internationalen Entscheidungsgerechtigkeit im IPR – auf eine *zeitlich gerechte* Zuordnung der Rechte, Rechtslagen und Rechtsverhältnisse.<sup>71</sup> Das Intertemporale Recht kann zum einen Normen in ein und derselben Rechtsordnung betreffen, wie etwa das Nacheinander von Konkursordnung und Insolvenzordnung innerhalb des deutschen Sachrechts. Es kann zum anderen aber auch das hier interessierende temporale Verhältnis von inländischen zu ausländischen Sachnormen zum Gegenstand haben, welche durch den Wechsel des anwendbaren Rechts (Statutenwechsel) nacheinander zur Anwendung kommen.<sup>72</sup>

Die EuInsVO enthält keine ausdrückliche Regelung für intertemporale Fragen, die mit einem COMI-transferbedingten Insolvenzstatutenwechsel einhergehen. Zwar regelt Art. 43 EuInsVO den zeitlichen Geltungsbereich der EuInsVO; er hat aber nicht den hier interessierenden Insolvenzstatutenwechsel aufgrund COMI-Verlegung (mithin das zeitliche Nacheinander von *Sachrechten*), sondern das Verhältnis verschiedener zeitlich aufeinander folgender *Kollisionsrechtsordnungen* zum Gegenstand. Diese sog. zeitliche Kollisionsrechtsspaltung<sup>73</sup> resultiert aus dem Inkrafttreten neuer gesetzlicher Kollisionsnormen: Die EuInsVO löst als neues Insolvenzkollisionsrecht – freilich nur soweit ihr räumlicher Anwendungsbereich reicht – das bisherige autonome Insolvenzkollisionsrecht der Mitgliedstaaten ab.<sup>74</sup> Die intertemporale Behandlung der Insolvenzverschleppungshaftung ist daher in

<sup>69</sup> Vgl. *v. Bar/Mankowski*, IPR, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2003, § 4, RdNr. 172.

<sup>70</sup> *v. Bar/Mankowski*, IPR, § 4, RdNr. 171.

<sup>71</sup> *Hess*, Intertemporales Privatrecht, 1998, S. 363 f.

<sup>72</sup> *v. Bar/Mankowski*, IPR, § 4, RdNr. 171.

<sup>73</sup> Vgl. zur zeitlichen Kollisionsrechtsspaltung *v. Bar/Mankowski*, IPR, § 4, RdNr. 171.

<sup>74</sup> Das autonome deutsche Internationale Insolvenzrecht findet sich in den §§ 335 ff. InsO.

Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung nach den allgemeinen Prinzipien des Intertemporalen Rechts zu lösen.

## 2. Prinzipien des Intertemporalen Rechts

Das Intertemporale Recht ist – wie *Hess* in seiner grundlegenden Untersuchung herausgearbeitet hat – von einer Reihe von Prinzipien geprägt, die sich induktiv aus konkreten Kollisionsnormen und typisierten Interessenkonstellationen der Normunterworfenen ermitteln lassen.<sup>75</sup> Diese sollen im Folgenden skizziert werden.

### a) Prinzip der *lex temporis actus*

Das Leitprinzip des Intertemporalen Rechts ist dasjenige der *lex temporis actus*.<sup>76</sup> Es fordert die Gleichzeitigkeit von zu beurteilendem Vorgang und anwendbarem Rechts als Bewertungsmaßstab. Das zum Zeitpunkt einer Handlung jeweils temporär geltende Sachrecht ist hiernach zur Anwendung berufen. Dies führt zu einer zeitlich gespaltenen Anknüpfung: Jede Rechtsänderung (die z. B. aus einem Statutenwechsel resultiert) führt *ex nunc* zu einem Wechsel des anwendbaren Rechts.<sup>77</sup> Der vorherige Zeitraum untersteht weiterhin dem alten Statut.<sup>78</sup> Dies hat zur Konsequenz, dass Rechte, die unter dem alten Statut erworben wurden, durch die Auswechslung des anwendbaren Rechts bzw. durch das neue Statut nicht rückwirkend wieder genommen werden.<sup>79</sup> Dieser Grundsatz erfährt international breite Anerkennung, wie die entsprechende Resolution des Institut de Droit International von 1978 erhellt:

„(...) in the application of this paragraph to continuous legal situations of personal status, property or obligation, it shall be recognised that personal status established and rights acquired before the happening of a relevant change of law shall be protected so far as may be possible.“<sup>80</sup>

Seine Legitimation bezieht das Prinzip der *lex temporis actus* aus der Doppelfunktion von Recht als Befolgings- und Beurteilungsregel: Befolgen Rechtsunterworfenene bei ihrem Verhalten bestimmte Normen, die zum Zeitpunkt ihres Verhaltens gelten, sollen sie nicht nachträglich mit einem veränderten Beurteilungsmaßstab konfrontiert werden.<sup>81</sup> Das zeitlich spätere Recht darf insofern keine Rückwirkung entfalten (Rückwirkungsverbot).<sup>82</sup>

<sup>75</sup> *Hess*, S. 361 ff.

<sup>76</sup> *Hess*, S. 366 f.

<sup>77</sup> MünchKommBGB–*Sonnenberger*, Einl. RdNr. 678, 680; *v. Hoffmann/Thorn*, § 5, RdNr. 102.

<sup>78</sup> *v. Hoffmann/Thorn*, § 5, RdNr. 102.

<sup>79</sup> *v. Bar/Mankowski*, IPR, § 4, RdNr. 171 ff., 175.

<sup>80</sup> Art. 1 (b) der Resolution von 1978, abgedruckt bei *Graveson*, Ann. Inst. Dr. Int. 58 (1979), S. 75, 83 f. (Hervorhebung durch *Verf.*).

<sup>81</sup> *Hess*, S. 366.

<sup>82</sup> *Hess*, S. 367; vgl. auch MünchKommBGB–*Sonnenberger*, Einl. RdNr. 678, 680.

Im vorliegenden Kontext führt die Anknüpfung an die *lex temporis actus* dazu, dass einmal entstandene Schadensersatzansprüche aus Insolvenzverschleppung durch den späteren Insolvenzstatutenwechsel nicht invalidiert werden; sie bleiben vielmehr bestehen.

### b) Rechtsangleichungsgebot

Die *lex temporis actus* und das Rückwirkungsverbot gelten nicht absolut. Abweichungen von beiden Prinzipien bedürfen indes einer Rechtfertigung durch gegenläufige Grundsätze des Intertemporalen Rechts.<sup>83</sup> Hier rückt insbesondere das Rechtsangleichungsgebot ins Blickfeld, welches das Prinzip der *lex temporis actus* und das Rückwirkungsverbot durchbricht bzw. modifiziert. Das Rechtsangleichungsgebot begrenzt die fortdauernde Anwendbarkeit der *lex prior* und führt zur ausschließlichen Anknüpfung an die *lex praesens*.<sup>84</sup> So kann aus Sicht des neuen (späteren) Gesetzes das Bedürfnis nach einer Neuregelung schon bestehender Rechtspositionen (z. B. aus Dauerschuldverhältnissen) erwachsen, um – ggf. nach einer gewissen Übergangszeit – zu einer Rechtsvereinheitlichung zu gelangen oder um einen *numerus clausus* an gewissen Aktstypen durchzusetzen (so z. B. im Sachenrecht oder im Gesellschaftsrecht). Aus Sicht des Rechtsverkehrs ist eine Rechtsangleichung ebenfalls erstrebenswert, weil durch die Reduktion der Anzahl der anwendbaren Sachrechte die Rechtssicherheit erhöht wird.<sup>85</sup>

Allerdings ist zu beachten, dass auch aus Sicht des Rechtsangleichungsgebotes ein Eingriff in bestehende Rechtspositionen grundsätzlich nicht *ex tunc*, sondern *pro futuro* erfolgen soll, um dem Gesichtspunkt des vergangenheitsbezogenen Bestands- und Vertrauensschutzes der betroffenen Rechtsinhaber gerecht zu werden.<sup>86</sup>

## 3. Konsequenzen für die Insolvenzverschleppungshaftung

Vor dem Hintergrund der soeben skizzierten Prinzipien und Interessenkonstellationen des Intertemporalen Rechts scheint es sachgerecht, die Insolvenzverschleppungshaftung bei einem Insolvenzstatutenwechsel wie folgt zu behandeln:

Sind Schadensersatzansprüche aus Insolvenzverschleppung vor der COMI-Verlegung ins Ausland zugunsten der Gesellschaftsgläubiger nach der hypothetischen *lex fori concursus* (im Inland gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO) entstanden, müssen diese nach dem Prinzip der *lex temporis actus* und dem Rückwirkungsverbot auch noch nach der COMI-Verlegung bestehen bleiben.<sup>87</sup> Bis zum Zeitpunkt der COMI-Verlegung ist der tatsächliche Vorgang der Insolvenzverschleppung mithin nach der *lex prior* zu beurteilen. Die COMI-Verlegung führt lediglich zu

<sup>83</sup> Hess, S. 366.

<sup>84</sup> Hess, S. 368, 375.

<sup>85</sup> Hess, S. 375.

<sup>86</sup> Hess, S. 373; v. Hoffmann/Thorn, § 5, RdNr. 102; MünchKommBGB-Sonnenberger, Einl. RdNr. 680.

<sup>87</sup> Ebenso Oelschlegel, S. 231.

einem pro futuro wirkenden Insolvenzstatutenwechsel. Der auf einem Zeitstrahl zu denkende tatsächliche Vorgang der Insolvenzverschleppung erfährt mithin eine zeitliche Aufspaltung in der rechtlichen Beurteilung, wobei die COMI-Verlegung die Zäsur bildet: Zuvor ist die hypothetische *lex fori concursus* des Wegzugsstaates, danach die *lex fori concursus* des Zuzugsstaates maßgeblich. Dies bedingt ein Nacheinander zweier Insolvenzverschleppungshaftungsregime. Dem Rechtsangleichungsgebot ist insofern genüge getan, als ex nunc ab dem Moment der COMI-Verlegung das neue Insolvenzstatut den tatsächlichen Vorgang der Insolvenzverschleppung regelt.

Der hier vorgeschlagene Ansatz wird den berechtigten Interessen der Beteiligten gerecht:

- a) Der *Schuldner* kann redlicherweise nicht erwarten, dass ein vor COMI-Verlegung verwirklichter Insolvenzverschleppungstatbestand ex tunc erlischt, wenn er den COMI ins Ausland verlegt. Richtete man dagegen die Insolvenzverschleppungshaftung allein am neuen Insolvenzstatut aus mit der Folge, dass Ansprüche aus Insolvenzverschleppung nach der *lex prior* rückwirkend vernichtet würden, setzte man Anreize für Geschäftsleiter, den COMI insbesondere nach einer langen Phase der Insolvenzverschleppung in einen Mitgliedstaat zu verlegen, in dem ein laxeres Insolvenzverschleppungsregime herrscht. Ein solches *forum shopping* soll jedoch nach Erwägungsgrund 4 der EuInsVO grundsätzlich unterbunden werden.<sup>88</sup>
- b) Die *Gesellschaftsgläubiger*, die vor der COMI-Verlegung Forderungen gegen die Gesellschaft erworben haben, Vertrauen auf die Sicherung der Werthaltigkeit ihrer Forderungen durch die Insolvenzauslösungstatbestände der *lex prior* und auf deren Sanktionierung. Erwachsen den Gesellschaftsgläubigern auf dieser Basis Schadensersatzansprüche wegen Insolvenzverschleppung, besteht insofern ein Vertrauens- und Bestandsschutz. Würde man nachträglich diese Ansprüche invalidieren, indem man den Vorgang der Insolvenzverschleppung rückwirkend nach einer anderen Insolvenzrechtsordnung beurteilt, griffe man in eigentumsrechtlich bedenklicher Weise in entstandene Forderungsrechte der Gesellschaftsgläubiger ein.
- c) Schließlich wird die hier vorgeschlagene Lösung auch den Interessen des *Zuzugsstaates* gerecht. Dieser hat zwar ein Interesse an einer zeitlich wie räumlich möglichst umfassenden (universalen) Anwendung seiner *lex fori concursus*. Allerdings zeigen Erwägungsgrund 11, die Sonderanknüpfungen innerhalb der EuInsVO sowie das Institut des Sekundärverfahrens mit der Konsequenz der Anwendung der *lex fori concursus secundari* (Art. 28 EuInsVO), dass die EuInsVO sehr wohl Ausnahmen vom Prinzip der Anwendung der *lex fori concursus* kennt. Insofern genügt es m. E., wenn die verfahrensmäßige Realisierung der vor dem COMI-Wechsel entstandenen Schadensersatzansprüche aus Insolvenzverschleppung nach dem Insolvenzregime des Zuzugsstaates abläuft (z. B. in Form der Geltendmachung durch den im Zuzugsstaat bestellten Insolvenzverwalter). Der Zuzugsstaat kann jedoch nicht erwarten, dass sein materielles Insol-

<sup>88</sup> Zum *forum shopping* näher Weller IPRax 2004, 412 ff.

venzrecht rückwirkt in einen Zeitraum, während dessen noch der Wegzugsstaat die Regelungskompetenz auf dem Gebiet des Insolvenzrechts innehatte.

Die hier vorgeschlagene Lösung lässt sich auch normativ rechtfertigen: So drückt Art. 43 S. 2 EuInsVO das Prinzip der *lex temporis actus* aus: „Für Rechtshandlungen des Schuldners vor Inkrafttreten dieser Verordnung gilt weiterhin das Recht, das auf diese Rechtshandlungen anwendbar war, als sie vorgenommen wurden.“ Wie *supra* erläutert, betrifft Art. 43 EuInsVO zwar das zeitliche Nacheinander von Kollisionsnormen. Allerdings liegen jenem Nacheinander dieselben Wertungen zugrunde wie dem hier interessierenden Nacheinander von Sachnormen.<sup>89</sup> Insofern lässt sich der Aussagegehalt des Art. 43 S. 2 EuInsVO für die hier vorgeschlagene Lösung fruchtbar machen.

## VI. Prozessuale Realisierung der Insolvenzverschleppungshaftung

Von der materiellrechtlichen Anspruchsentstehung und Sachbefugnis, die im Fall der Insolvenzverschleppungshaftung den Gesellschaftsgläubigern zusteht, zu trennen ist die Prozessführungsbefugnis. Diese kann je nach Ausgestaltung des anwendbaren Insolvenzrechts entweder dem ausländischen Hauptinsolvenzverwalter oder – im Fall der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens (Art. 3 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 27 ff. EuInsVO) – dem inländischen Sekundärverwalter zukommen. Beispielsweise ist nach deutschem Insolvenzrecht der Insolvenzverwalter nach § 92 InsO prozessführungsbefugt, soweit der Quotenverschlechterungsschaden der Altgläubiger in Rede steht.<sup>90</sup> Dagegen ist der Kontrahierungsschaden der Neugläubiger ein Individualschaden, der vom jeweiligen Gläubiger geltend zu machen ist.<sup>91</sup> Zur Sekundärinsolvenzmasse gehören auch die Schadensersatzansprüche aus Insolvenzverschleppung gegen die Geschäftsführer, sofern letztere als Drittschuldner ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben, vgl. Art. 2 (g) EuInsVO.

## VII. Zusammenfassung in Thesen

- a) Ansprüche des materiellen Insolvenzhaftungsrechts sind in ihrer Entstehung unabhängig von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Letzteres spielt nur für die verfahrensmäßige Realisierung der Ansprüche eine Rolle. Daher können Schadensersatzansprüche wegen Insolvenzverschleppung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO materiellrechtlich bereits vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entstehen (str.).
- b) Vor Insolvenzeröffnung ist bei Sachverhalten mit Auslandsbezug das anwendbare materielle Insolvenzhaftungsrecht analog Art. 4 EuInsVO zu bestimmen (str.). Es

<sup>89</sup> *v.Bar/Mankowski*, IPR, § 4, RdNr. 172: Der Effekt eines Statutenwechsel sei letztlich kein anderer als der einer Kollisionsrechtsänderung.

<sup>90</sup> *Oelschlägel*, S. 259; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, Vorb. § 64, RdNr. 124.

<sup>91</sup> *Casper*, RdNr. 6.24.

kommt hiernach die hypothetische *lex fori concursus* zur Anwendung. Solange eine Gesellschaft ihren COMI im Inland hat, ist mithin deutsches Insolvenzhaftungsrecht zur Anwendung berufen.

- c) Nach den Grundsätzen des Intertemporalen Rechts, namentlich nach dem Prinzip der *lex temporis actus* und dem Rückwirkungsverbot, entfaltet ein durch eine COMI-Verlegung herbeigeführter Insolvenzstatutenwechsel im Hinblick auf das Insolvenzhaftungsrecht nur eine Wirkung *pro futuro*.
- d) Sind Schadensersatzansprüche aus Insolvenzverschleppung vor einer COMI-Verlegung ins Ausland zugunsten der Gesellschaftsgläubiger nach der hypothetischen *lex fori concursus* (im Inland gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO) entstanden, bleiben diese auch noch nach der COMI-Verlegung bestehen. Der auf einem Zeitstrahl zu denkende tatsächliche Vorgang der Insolvenzverschleppung erfährt eine zeitliche Aufspaltung in der rechtlichen Beurteilung, wobei die COMI-Verlegung die Zäsur bildet: Bis dahin ist die hypothetische *lex fori concursus* des Wegzugsstaates, danach die *lex fori concursus* des Zuzugsstaates maßgeblich.