

# ZRI 2023, 274

## Gravenbrucher Kreis befürwortet europäische Harmonisierung bestimmter Aspekte der nationalen Insolvenzrechte

Die folgende Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises beschäftigt sich mit der Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte und greift u. a. Mindeststandards im Insolvenzanfechtungsrecht,

- die Vereinheitlichung von Regelungen für Antragspflichten und Haftungsregeln von Geschäftsleitern, die
- Einführung eines Pre-Pack-Verfahrens in Deutschland und
- Sonderregeln für die Abwicklung zahlungsunfähiger Kleinunternehmen auf.

Die EU-Kommission hat am 7. Dezember 2022 den Entwurf einer Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte der nationalen Insolvenzrechte veröffentlicht (COM(2022) 702 final) und setzt damit die Angleichung der Insolvenzrechte durch die Europäische Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren sowie durch die Richtlinie (EU) 2019/1023 über Restrukturierung und Insolvenz fort. Ziel der Richtlinie ist die Förderung der Kapitalmarktunion, um grenzüberschreitenden Investoren eine erhöhte Rechtssicherheit zu gewährleisten. Dazu sieht der aktuelle Richtlinienentwurf die Harmonisierung bestimmter Teilaspekte eines Insolvenzverfahrens vor. Insbesondere soll das Recht der Insolvenzanfechtung, der Gläubigerausschüsse und der Pflichten der Geschäftsleiter in weiten Teilen angeglichen werden. Weiterhin sieht der Entwurf die verpflichtende Implementierung eines sogenannten Pre-Pack-Verfahrens sowie eines vereinfachten Liquidationsverfahren für Kleinunternehmen vor. Schließlich soll auch das Asset-Tracing – das Ermitteln und Aufspüren von Vermögenswerten – durch den Insolvenzverwalter bzw. die Insolvenzgerichte erleichtert werden.

Wie bereits in dem den Richtlinienentwurf vorgeschalteten Konsultationsverfahren vermerkt, befürwortet der Gravenbrucher Kreis e. V. eine europäische Harmonisierung einzelner Aspekte des Insolvenzrechts.

Zu einzelnen Punkten des Richtlinienentwurfs bezieht der Gravenbrucher Kreis e. V. wie folgt Stellung:

### A. Mindestharmonisierung des Insolvenzanfechtungsrechts, der Standards für Gläubigerausschüsse sowie der Antragspflicht und Haftung von Geschäftsleitern

Wie bereits im Konsultationsverfahren der Europäischen Kommission vermerkt, befürwortet der Gravenbrucher Kreis e. V. ausdrücklich eine Harmonisierung des Insolvenzanfechtungsrechts. Die in dem Entwurf festgehaltenen Regelungsvorschläge basieren dabei auf dem von *Bork/Veder* entwickelten Modell (*Bork/Veder*, Harmonisation of Transactions Avoidance Laws, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago 2022) und dürften durch das bestehende deutsche Insolvenzanfechtungsrecht weitestgehend bereits umgesetzt sein.

Gleiches gilt für die in dem Richtlinienentwurf vorgesehenen Mindeststandards für Gläubigerausschüsse und das Haftungsrecht von Geschäftsleitern. Während auch hier für den deutschen Gesetzgeber nur geringer Anpassungsbedarf besteht, wird eine Harmonisierung in diesen Bereichen allen Gläubigern in grenzüberschreitenden Sachverhalten eine erhöhte Rechtssicherheit bieten können.

Aus Sicht des Gravenbrucher Kreises e. V. ist zudem positiv hervorzuheben, dass den Mitgliedstaaten im Bereich der Insolvenzgründe weiterhin Handlungsspielraum gelassen wurde und die Harmonisierung der Antragspflichten der Geschäftsleiter somit an die jeweiligen nationalen Insolvenzgründe geknüpft ist, ohne diese einer einheitlichen Definition zuzuführen. Dies dürfte aufgrund der in den Mitgliedstaaten nach wie vor unterschiedlich geregelten Rechtsformen von Personen- und Kapitalgesellschaften und der erheblichen gesellschaftsrechtlichen Unterschiede im Haftungsgefüge auch angezeigt sein. Damit ist nach der in Deutschland geführten Diskussion und dem dabei gefundenen Ergebnis im Rahmen der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie (EU) 2019/1023 die Beibehaltung der Überschuldung als verpflichtenden Insolvenzantragsgrund weiterhin möglich und zu begrüßen.

### B. Asset-Tracing

Ausdrücklich befürwortet der Gravenbrucher Kreis e. V. die im Richtlinienentwurf vorgesehenen Verbesserungen des Asset-Tracing. Im Zusammenspiel mit der Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren soll es den Insolvenzverwaltern erleichtert werden, die Befugnisse, die ihnen nach dem Recht des Mitgliedstaats zustehen, in dem das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet und in dem sie bestellt wurden, auch in anderen Mitgliedstaaten ausüben zu können.

Der Zugriff auf die unterschiedlichen nationalen Register und Informationen über Vermögenswerte, die zur Insolvenzmasse gehören, liegt im wesentlichen Interesse der Gläubigergemeinschaft und erleichtert die Arbeit des Insolvenzverwalters bzw. der Insolvenzgerichte im Sinne der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung. Die Vertraulichkeit und der Datenschutz im Umgang mit sensiblen Informationen wird dabei durch Artikel 15 des Richtlinienentwurfs sichergestellt, der vorsieht, dass nur besonders qualifizierte Bedienstete an den benannten nationalen Gerichten die Abfrage entsprechender Daten durchführen dürfen.

### C. Pre-Pack-Verfahren

Neuerungen wird indes die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einführung der sogenannten „Pre-Pack“-Verfahren bringen. Dazu sieht die Richtlinie vor, dass während einer „Vorbereitungsphase“ unter Aufsicht eines Sachwalters (in der englischen Originalfassung der Richtlinie: „Monitor“) der Verkauf des sich in der Krise befindenden Unternehmens im Insolvenzverfahren parallel zur Antragstellung vorbereitet wird. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird die bereits verhandelte übertragende Sanierung genehmigt und unter Aufsicht des Insolvenzverwalters vollzogen („Liquidationsphase“). Der Insolvenzverwalter nimmt dann anschließend die Erlösverteilung vor.

Die Aufgabe des Sachwalters ist es dabei insbesondere, den Verkaufsprozess zu dokumentieren und sicherzustellen, dass dieser transparent und fair abläuft, sowie nicht offensichtlich gegen die Gläubigerinteressen verstößt. Dazu ist es ausreichend, dass der Erlös aus dem Pre-Pack-Verfahren nicht erheblich niedriger ist als die Erlöse aus einer Verwertung der einzelnen Assets.

In der nationalen Praxis wird derzeit oftmals ein Pre-Pack-Verfahren im vorstehenden Sinne durchgeführt, indem bereits im Insolvenzeröffnungsverfahren ein Verkaufsprozess mit dem Ziel eingeleitet wird, das Unternehmen bei oder kurz nach der Eröffnung im Wege einer übertragenden Sanierung zu veräußern. In der Praxis führt der vorläufige Insolvenzverwalter den Verkaufsprozess. Um die Beibehaltung dieser bewährten Praxis zu ermöglichen, bietet es sich aus Sicht des Gravenbrucher Kreises e. V. an, in der Richtlinie klarstellend aufzunehmen, dass dem Sachwalter nach nationalem Recht auch über die reine Überwachung hinausgehende Aufgaben, insbesondere solche eines vorläufigen Insolvenzverwalters, zugewiesen werden können. Im nationalen Recht ließe sich die bisherige Praxis durch eine Ergänzung des § 22 Abs. 1 InsO verankern, indem dem vorläufigen Insolvenzverwalter die Aufgabe der Durchführung und Überwachung eines Verkaufsprozesses übertragen wird, soweit er und ein ggf. eingesetzter vorläufiger Gläubigerausschuss einen solchen zur Wahrung der Interessen der Gläubigergesamtheit für erforderlich hält.

In Anbetracht der immer wieder geführten Diskussion in Eigenverwaltungsverfahren sollte in Artikel 24 klargestellt werden, dass ein transparenter und fairer Verkaufsprozess im Regelfall auch eine Marktansprache in Form eines Dual Track M&A-Prozesses beinhaltet.

Der Richtlinienentwurf enthält derzeit keine genauen Regelungen, wie die Vorbereitungs- und Liquidationsphase ineinander übergehen. Vorgesehen ist lediglich, dass der Sachwalter im Sinne der Richtlinie zum späteren Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter des Eigenverwaltungsverfahrens bestellt wird und die Liquidationsphase ein Insolvenzverfahren im Sinne der EulnsVO darstellen soll. Für eine deutsche Umsetzung bietet es sich aus Sicht des Gravenbrucher Kreises e. V. daher an, die Vorbereitungsphase in das Insolvenzantragsverfahren – vorläufige Insolvenzverwaltung oder vorläufige Eigenverwaltung – einzubetten und den Aufgabenkreis des vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. des vorläufigen Sachwalters entsprechend anzupassen. Dieser kann sodann im Hauptverfahren als Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter den Verkaufsprozess umsetzen und fortsetzen bzw. genehmigen und überwachen. Dadurch wären nur geringfügige Veränderungen im bestehenden und bereits gut etablierten Recht des Insolvenzantragsverfahrens der vorläufigen Insolvenzverwaltung und der (vorläufigen) Eigenverwaltung erforderlich.

Klärungsbedarf besteht bei Artikel 35 des Richtlinienentwurfs, nach dem weitere Angebote für das schuldnerische Unternehmen, die ein „erhebliches Verzögerungsrisiko“ mit sich bringen, nicht berücksichtigt werden müssen, wenn es nicht das einzige Angebot ist und die Verzögerung des Abschlusses mit dem anderen Bieter zu einem Schaden für das Geschäft des Schuldners führt. Wem die Beweislast für das Vorliegen eines „erheblichen Verzögerungsrisikos“ sowie des potentiellen Schadens obliegt, regelt der Richtlinienentwurf nicht.

Ein weiteres Novum, das der Vorschlag der EU-Kommission für ein Pre-Pack-Verfahren mit sich bringt, ist eine Regelung, dass Verträge des Schuldners auch ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei grundsätzlich auf den Erwerber übergehen sollen, wenn ihre Aussetzung zur Stilllegung des Geschäftsbetriebes führen würden (Artikel 27 Abs. 1). Diese Regelung dürfte Sanierungsverhandlungen zwar beschleunigen, stellt jedoch auch einen tiefen Eingriff in die Privatautonomie dar. Die (verfassungsrechtlichen) Voraussetzungen und Ausnahmen sollten daher spätestens bei der deutschen Umsetzung der Richtlinie detailliert geregelt werden.

Im Ergebnis ist die Einführung eines Pre-Pack-Verfahrens in Deutschland aus Sicht des Gravenbrucher Kreises e. V. grundsätzlich begrüßenswert und kann im Einzelfall eine effiziente und schnelle Verfahrensabwicklung ermöglichen. Jedoch erwartet den deutschen Gesetzgeber – sofern der Richtlinienentwurf nicht erheblich nachgeschärft wird – die schwierige Aufgabe, die Detailfragen der Ausgestaltung eines deutschen Pre-Pack-Verfahrens hinreichend zu regeln. Unter anderem muss sichergestellt sein, dass die Gläubiger nicht durch den Vollzug des Pre-Pack-Verfahrens gegenüber einem regulären Ablauf des Insolvenzverfahrens benachteiligt werden. Zugleich gilt es zu klären, wie das Pre-Pack-Verfahren in das bestehende Zusammenspiel zwischen StaRUG und InsO implementiert werden soll. Schließlich sieht der Richtlinienentwurf derzeit auch keine Gläubigerbeteiligung bei der Auswahl des Sachwalters (also des späteren Insolvenzverwalters) vor.

Wünschenswert wäre eine passgenaue Ergänzung der bestehenden Sanierungsinstrumente, insbesondere der (vorläufigen) Eigenverwaltung, so dass Widersprüche und Systembrüche vermieden werden. Hierbei ist auch sicherzustellen, dass die Verfahrensbeendigung durch einen Insolvenzplan, in dem es gerade keine Liquidationsphase gibt, nicht durch das Pre-Pack-Verfahren in den Hintergrund gedrängt wird. In den letzten Jahren hat die Praxis gezeigt, in welchen Branchen eine Sanierung insbesondere durch einen Insolvenzplan vorzugswürdig ist (bspw. Unternehmen mit Filialnetz oder Krankenhausträger), der auch stets einen Verkauf des Unternehmens im Wege des share deal zum Gegenstand haben kann. Diese Werte und Arbeitsplätze

erhaltende, positive Entwicklung darf durch das Pre-Pack-Verfahren nicht konterkariert werden.

## D. Sonderregeln für die Abwicklung insolventer Kleinunternehmen

Die Artikel 38 ff. des Richtlinienentwurfs sehen die Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, ein vereinfachtes Liquidationsverfahren für zahlungsunfähige (nicht aber überschuldete) Kleinunternehmen („Microenterprises“) einzurichten. Hinsichtlich der Definition von Kleinunternehmen verweist die Richtlinie auf die Empfehlung der EU-Kommission vom 6. Mai 2003, Art. 2 Nummer 3. Danach sind Kleinunternehmen solche, die weniger als zehn Mitarbeiter und einen Jahresumsatz bzw. eine Jahresbilanz von nicht mehr als 2 Millionen Euro aufweisen.

Eine Abweisung des vereinfachten Liquidationsverfahrens mangels Masse soll unzulässig sein. Stattdessen müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Kosten zur Ermöglichung der Verfahrensöffnung gedeckt sind. Um die Kosten möglichst gering zu halten, soll ein Insolvenzverwalter grundsätzlich nicht bestellt werden, es sei denn, der Schuldner, Gläubiger oder eine Gläubigergruppe beantragen dies und die Kosten sind von der Masse gedeckt bzw. werden vom Antragsteller vorgeschossen (Artikel 39). Das Verfahren soll daher grundsätzlich in Eigenverwaltung des Schuldners stattfinden. Ist kein Amtsträger für das Verfahren bestellt worden, muss die zuständige Stelle – voraussichtlich das Insolvenzgericht – die Entscheidungen des Schuldners genehmigen oder aber einen Gläubiger mit dieser Entscheidungsbefugnis ausstatten.

Weiterhin sieht der Richtlinienentwurf vor, dass Anfechtungsansprüche nicht zwingend verfolgt werden müssen bzw. nur auf Betreiben von Gläubigern oder durch den Insolvenzverwalter verfolgt werden (Artikel 47). Dieser Verzicht auf die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen durch Gläubiger darf dabei selbst dann nicht zur Haftung des Geschäftsführers führen, wenn dieser falsche Angaben gemacht hat. Nur bei „wesentlichen Anfechtungsansprüchen“ kann ein Wechsel in das Regelinsolvenzverfahren erfolgen.

Grundsätzlich befürwortet der Gravenbrucher Kreis e. V. das Ziel des Richtlinienentwurfs, ein vereinfachtes Liquidationsverfahren für kleinere Unternehmen zu ermöglichen. Insbesondere die Verpflichtung, elektronische Kommunikationsmittel zur Verfügung zu stellen, ist für die zeitgemäße Ausgestaltung eines beschleunigten Insolvenzverfahrens förderlich. Die Vereinfachung des Verfahrens darf jedoch nicht in zu Lasten der Gläubiger des insolventen Schuldners gehen. Denn regelmäßig wird der Schuldner mit den ihm von der Richtlinie zugewiesenen Aufgaben überfordert sein. Eine rechtliche Beratung bzw. Begleitung des Schuldners wird in der Folge unabdingbar werden, so dass geringere Kosten des Verfahrens nicht zu erwarten sind. Insbesondere in den Fällen, in denen zusätzlich ein Insolvenzverwalter bestellt werden soll, dürfte sogar mit höheren Kosten als bei einem Regelinsolvenzverfahren zu rechnen sein.

Auch der mögliche Verzicht auf die Verfolgung von Anfechtungsansprüchen dürfte für Gläubiger regelmäßig Nachteile mit sich bringen und eröffnet zudem Missbrauchsrisiken.

Des Weiteren werden die vorgesehenen Regelungen nicht zwingend in einer Beschleunigung des Verfahrens resultieren. In der Regel sind es nämlich nicht die insolvenzspezifischen Pflichten, etwa die Forderungsanmeldung oder die Verwertung, welche viel Zeit in Anspruch nehmen, sondern vielmehr die Erfüllung der Anforderungen der angrenzenden Rechtsgebiete, beispielsweise die Erstellung von Steuererklärungen und Bilanzen, die Sicherstellung des Datenschutzes oder Betriebsprüfungen.

Zudem sollte auch die Anknüpfung der Definition von Kleinunternehmen an die Kommissions-Empfehlung vom 6. Mai 2003 überdacht werden. Die aktuell im Richtlinienentwurf vorgesehene Definition würde dazu führen, dass mutmaßlich die überwiegende Mehrheit der in Deutschland eröffneten Unternehmensinsolvenzverfahren nach den Regelungen für die Abwicklung insolventer Kleinunternehmen durchzuführen wäre. Auch in diesen Verfahren erzielen Insolvenzverwalter aber regelmäßig Sanierungserfolge, sorgen hierdurch und durch erfolgreiche Anfechtungen für eine höhere Gläubigerbefriedigung und erhalten Arbeitsplätze. Die Komplexität eines Insolvenzverfahrens kann zwar, muss aber nicht zwingend von der Anzahl der Arbeitnehmer und der Bilanzsumme des schuldnerischen Unternehmens abhängen. Regelmäßig ist für die Beurteilung der Komplexität – und damit für die Frage, ob ein vereinfachtes Liquidationsverfahren sinnvoll ist – die Struktur der Aktiva, die Anzahl der Insolvenzgläubiger und die Höhe ihrer Forderungen relevanter. Sollte jedoch an den Merkmalen der Mitarbeiterzahl und dem Jahresumsatz bzw. der Jahresbilanz festgehalten werden, sollte der Anwendungsbereich des vereinfachten Liquidationsverfahrens stark begrenzt werden, indem die Schwellenwerte signifikant reduziert werden. Zudem sollte der Zugang zu dieser Verfahrensart nur bei Vorlage vollständiger und richtiger Unterlagen (vollständiger aktueller Jahresabschluss/Buchhaltungsunterlagen) möglich sein.

## E. Schlussbetrachtung

Letztlich sollte die Europäische Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte der nationalen Insolvenzrechte auch als Ausgangspunkt für eine weitere Professionalisierung und Konzentration der Insolvenzgerichte dienen. Nicht nur im Rahmen der verbesserten Zugriffsmöglichkeiten auf nationale Vermögensregister, sondern vor allem auch bei der Durchführung der vereinfachten Liquidationsverfahren wird der Aufgabenkreis der Insolvenzgerichte erheblich erweitert. Um die Richterschaft zu entlasten und eine effiziente Verfahrensabwicklung zu gewährleisten, so dass auch künftig der Sanierungs- und Wirtschaftsstandort Deutschland konkurrenzfähig bleibt, sollte der Richtlinienentwurf von der Bundesregierung als Anstoß für dringend erforderliche Investitionen in die deutsche Justizverwaltung angesehen werden.

Halle/Saale, Frankfurt a. M., den 13. 2. 2023