

Henning Sämisch*)

Die neue Harmonisierungsrichtlinie – verwalterloses Verfahren als Risiko?

Mit dem vorliegenden Richtlinienentwurf zur weiteren Harmonisierung des Insolvenzrechts wäre das Ende der klassischen und modernen Insolvenzverwaltung deutscher Prägung eingeleitet. Der weiteren Fragmentierung der europäischen Insolvenzordnungen wird hierdurch Vorschub geleistet. Die Kapitalmarktunion wird damit eher konterkariert und einem Missbrauch wird unter gleichzeitiger Steigerung der Ineffizienz sowie der Kosten für den Staat Tür und Tor geöffnet.

A. Einleitung

Am 7. 12. 2022 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine neue Richtlinie zur Harmonisierung des Insolvenzrechts¹⁾ veröffentlicht. Die Richtlinie zielt darauf ab, das Insolvenzrecht in den Mitgliedsstaaten der EU weiter zu vereinheitlichen und bestehende Unterschiede im Interesse grenzüberschreitender Investitionen zu minimieren. Im Jahr 2016 wurde Deutschlands Insolvenzrecht als das zweiteffizienteste innerhalb der Europäischen Union bewertet.²⁾ Es erscheint daher sinnvoll, dass die Harmonisierung das deutsche Insolvenzrecht als Vorbild haben sollte. Dennoch sind in dem Vorschlag der Europäischen Kommission diverse Instrumente vorgesehen, die auch das deutsche Insolvenzrecht erheblich modifizieren würden. Es stellt sich daher die Frage, ob durch eine Vereinheitlichung nach dem Vorschlag der Kommission letztlich nicht die Effizienz des deutschen Insolvenzrechts eingebüßt werden müsste. Hierzu sollen im Folgenden die von dem Vorschlag postulierten Instrumente näher betrachtet werden, um zu bewerten, inwiefern der Entwurf der Kommission brauchbare Vorschläge zur Verbesserung des hiesigen Insolvenzrechts bietet. Dabei soll berücksichtigt werden, ob der Vorschlag die Stärken des deutschen Insolvenzrechts unterstützt oder konterkariert. Zudem soll skizziert werden, an welchen Stellen noch nachgebessert werden muss, damit das hohe Niveau des deutschen Insolvenzrechts erhalten bleibt und kein Rückschritt in Zeiten, die seit Inkrafttreten der deutschen Insolvenzordnung im Jahre 1999 überwunden sein sollten, vollzogen wird.

B. Inhalt der Harmonisierungsrichtlinie

Ziel der vorgeschlagenen Richtlinie ist die Beseitigung von Hindernissen für die Entwicklung der Kapitalmarktunion durch Harmonisierung des Insolvenzrechts in wesentlichen Teilen.³⁾ Im Folgenden soll die Richtlinie im Hinblick auf drei Kernaspekte genauer betrachtet werden. Neben dem verwalterlosen Verfahren (Art. 38 – 57 HarmRL-E) als Herzstück des harmonisierten Insolvenzrechts sollen auch die Harmonisierung des Insolvenzanfechtungsrechts sowie das sogenannte Pre-pack-Verfahren untersucht werden.

I. Das verwalterlose Verfahren (Art. 38 – 57 HarmRL-E)

Das von der Richtlinie harmonisierte Insolvenzrecht ist wesentlich durch ein neues vereinfachtes Verfahren für Kleinunternehmen geprägt. Hierdurch sollen die Insolvenzverfahren in den Mitgliedsstaaten beschleunigt werden. Nach dem Richtlinienentwurf sind die Mitgliedsstaaten zur Einführung dieses Verfahrens verpflichtet.

1. Anwendungsbereich, Art. 38 – 40 HarmRL-E

Dieses verwalterlose Verfahren soll indes nicht in allen Fällen Anwendung finden, sondern nur dann, wenn sich sogenannte Kleinunternehmen in Insolvenz befinden. Diese Kleinunternehmen werden in Art. 2 lit. j HarmRL-E genauer definiert.

*) *Insolvenzverwalter und Rechtsanwalt, Kanzlei SHNF Hamburg. Besonderer Dank gilt meinen beiden wissenschaftlichen Mitarbeitern cand. iur. Theresa Haug und cand. iur. Dominik Noffz. Dank gilt auch meinem Kollegen Dipl. Kim (FH), RA Philip Karrenstein, KarrensteinGlaser, Berlin für Anmerkungen zum Anfechtungsrecht.*

1) Abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8adadc6c-76e9-11ed-9887-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF (zuletzt abgerufen am: 26. 1. 2023) sowie unter <https://www.rws-verlag.de/fileadmin/ZRI/HarmRL-E.pdf>; im Folgenden HarmRL-E oder Richtlinie.

2) *Jourová, Early restructuring and a second chance for entrepreneurs – Germany Country fact sheet, November 2016, S. 1, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-48/de_insolvency_country_factsheet_40032.pdf (zuletzt abgerufen am: 26. 1. 2023).*

3) S. Begründung des HarmRL-E, S. 1.

Dieser verweist für die Definition auf die Kommissionsempfehlung vom 6. 5. 2003.⁴⁾ Art. 2 Abs. 3 des Anhangs der Kommissionsempfehlung definiert Kleinstunternehmen als ein Unternehmen, das weniger als zehn Personen beschäftigt und dessen Jahresumsatz bzw. dessen Bilanzsumme 2 Mio. € nicht überschreitet. Auch wenn das verwalterlose Verfahren damit nur einen Teil der Unternehmen betrifft, muss doch festgestellt werden, dass damit ein Großteil der Regelinsolvenzen einem verwalterlosen Verfahren zugeführt wird, da lediglich 10 % der Regelinsolvenzen in Deutschland Unternehmen mit mehr als zehn Arbeitnehmern betreffen.⁵⁾

Für die Eröffnung des verwalterlosen Verfahrens ist nur ein einziger Tatbestand vorgesehen: die Zahlungsunfähigkeit. Die Überschuldung ist nach Erwägungsgrund 37 ungeeignet für Kleinstunternehmen, insbesondere für Einzelunternehmen, und daher explizit kein Eröffnungsgrund. Nach Art. 38 Abs. 2 HarmRL-E sind Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet, den Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit einfach feststellbar zu regeln. Art. 38 Abs. 3 HarmRL-E legt zudem fest, dass der Insolvenzantrag nicht mangels Masse abgewiesen werden darf. In Zukunft muss daher die Insolvenz stets auch dann eröffnet werden, wenn selbst die Verfahrenskosten nicht aus der Masse gedeckt werden können. Die Mitgliedsstaaten sind deshalb nach Artikel 38 Abs. 4 HarmRL-E dazu verpflichtet, die Kostentragung zur Ermöglichung der Verfahrenseröffnung sicherzustellen.

Im gesamten Verfahren ist die Möglichkeit der elektronischen Kommunikation zur Teilnahme am Verfahren verpflichtend vorgesehen, Art. 40 HarmRL-E.

2. Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens, Art. 41 – 45 HarmRL-E

Das vereinfachte Liquidationsverfahren wird auf Antrag entweder des Schuldners oder einer der Gläubiger eröffnet, Art. 41 Abs. 1 und 2 HarmRL-E. Hierzu muss nach Art. 41 Abs. 3 HarmRL-E ein standardisiertes Antragsformular eingeführt werden. Die Mindestanforderungen an dieses Antragsformular sind in Art. 41 Abs. 4 näher beschrieben. Die Absätze 5, 6 und 7 enthalten zudem detaillierte Vorgaben hinsichtlich der Vorlage der im Antrag genannten Angaben. Im Falle eines Gläubigerantrags ist der Schuldner mit diesen Angaben zudem zwingend anzuhören, Art. 41 Abs. 2, 4 HarmRL-E.

Für die Entscheidung über den Antrag auf das vereinfachte Liquidationsverfahren müssen die Mitgliedsstaaten nach Art. 42 Abs. 1 HarmRL-E eine zuständige Behörde einrichten. Hierbei gilt eine zwingende Entscheidungsfrist von zwei Wochen. Eine Ablehnung darf nur aus einem der in Art. 42 Abs. 2 HarmRL-E genannten Gründe erfolgen. Eine Ablehnung kann zunächst erfolgen, wenn entweder kein Kleinstunternehmen im Sinne der oben genannten Definition besteht oder kein Insolvenzgrund i. S. d. Art. 38 Abs. 2 HarmRL-E vorliegt. Darüber hinaus ist eine Ablehnung des Antrags nur aufgrund mangelnder Zuständigkeit entweder der angerufenen Stelle oder mangels internationaler Zuständigkeit zulässig. Diese Aufzählung

der Ablehnungsgründe ist abschließend. Die Mitgliedsstaaten sind daher daran gehindert, neben diesen weitere Ablehnungsgründe festzuschreiben. Zudem müssen die Mitgliedsstaaten nach Art. 42 Abs. 3 die Einlegung eines Rechtsmittels durch den Schuldner oder einen Gläubiger ermöglichen, das jedoch keine aufschiebende Wirkung entfaltet.

Mit Eröffnung des Verfahrens wird die Einzelzwangsvollstreckung nach Art. 44 Abs. 1 HarmRL-E grundsätzlich zwingend eingestellt. Eine Ausnahme hiervon kann jedoch auf Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers erfolgen, wenn erstens die Gesamtheit der Gläubiger hiervon nicht beeinträchtigt wird und zweitens eine ungerechtfertigte Beeinträchtigung des einzelnen Gläubigers vorliegt. Ob diese Ausnahme in das nationale Recht aufgenommen wird, ist indes den einzelnen Mitgliedsstaaten überlassen.

Die Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens muss nach Art. 45 Abs. 1 HarmRL-E unverzüglich getroffen werden. Daneben muss die zuständige Behörde unverzüglich den Schuldner sowie alle bekannten Gläubiger über die Entscheidung informieren, Art. 45 Abs. 2 HarmRL-E. Neben der Entscheidung an sich muss diese Information zudem Folgendes beinhalten: Gesamtgläubigerliste des Schuldners, eine Aufforderung zur Forderungsanmeldung der nicht in der Liste genannten Forderungen bzw. zur Richtigstellung der genannten Forderungen innerhalb von 30 Tagen sowie den Hinweis, dass die vom Schuldner bezeichneten unwidersprochenen Gläubigerforderungen ansonsten zur Tabellenfeststellung führen.

3. Gläubigertabelle und Erstellung des Verzeichnisses der Massegegenstände, Art. 46 – 48 HarmRL-E

Nach Eröffnung des Verfahrens und entsprechender Information der Gläubiger gelten Gläubigerforderungen als angemeldet, wenn sie vom Schuldner eingereicht wurden, Art. 46 Abs. 1 HarmRL-E. Sofern der Gläubiger diesen Forderungen nicht widerspricht, gelten diese nach Art. 46 Abs. 3 HarmRL-E als anerkannt. Darüber hinaus können Gläubiger entsprechend der Information nach Art. 45 Abs. 2 HarmRL-E innerhalb von 30 Tagen weitere Forderungen geltend machen, Art. 46 Abs. 2 HarmRL-E. Der zuständigen Behörde und, falls ein Insolvenzverwalter bestellt wurde, dem Verwalter müssen nach Art. 46 Abs. 4 HarmRL-E die Möglichkeit eingeräumt werden, sowohl die vom Schuldner eingereichten Forderungen nach Art. 46 Abs. 1 HarmRL-E als auch die zusätzlich angemeldeten Forderungen nach Art. 46 Abs. 2 HarmRL-E zu bestreiten. Falls Unstimmigkeiten über die angemeldeten Forderungen bestehen, müssen diese Streitigkeiten nach Art. 46 Abs. 5 Satz 1 HarmRL-E möglichst schnell

4) Empfehlung der Kommission vom 6. 5. 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, Az. K(2003) 1422, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32003H0361> (zuletzt abgerufen am: 26. 1. 2023).

5) Statistisches Bundesamt, Unternehmen und Arbeitsstätten – Insolvenzverfahren, Dezember 2021, S. 11, abrufbar unter: https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00065355/2020410211124.pdf (zuletzt abgerufen am 26. 1. 2023).

entweder durch die zuständige Behörde oder durch ein Gericht gelöst werden. Nach Art. 46 Abs. 5 Satz 2 HarmRL-E hat die zuständige Behörde die Möglichkeit, das Verfahren im Hinblick auf die unbestrittenen Forderungen fortzusetzen.

Art. 47 HarmRL-E regelt, welche zwingenden Regelungen die Mitgliedsstaaten in ihrem nationalen Insolvenzrecht niederlegen müssen. Zunächst muss festgeschrieben sein, dass Anfechtungsansprüche nicht zwingend verfolgt werden müssen, sondern dies nur auf Betreiben der Gläubiger oder des Verwalters erfolgt. Falls auf die Geltendmachung der Anfechtungsansprüche verzichtet wird, muss im Gegenzug geregelt sein, dass diese Entscheidung sich nicht auf die zivil- oder strafrechtliche Haftung des Geschäftsführers auswirkt, auch wenn der Geschäftsführer falsche Angaben macht. Der zuständigen Behörde muss bei wesentlichen Anfechtungsansprüchen zudem die Möglichkeit offenstehen, in das Regelverfahren zu wechseln.

Weiterhin ist die Erstellung eines Vermögensverzeichnisses nach Art. 48 HarmRL-E vorgesehen. Hierfür ist entweder die von den Mitgliedsstaaten vorgesehene zuständige Behörde oder der Insolvenzverwalter, falls bestellt, zuständig, Art. 48 Abs. 1 HarmRL-E. Die Erstellung des Vermögensverzeichnisses basiert dabei auf den Angaben des Schuldners im Antrag zu seinen Vermögenswerten nach Art. 41 Abs. 4 lit. c HarmRL-E sowie allen weiteren relevanten Informationen, von denen danach Kenntnis erlangt wurde. Das Verzeichnis soll alle zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung im Besitz befindlichen, alle nach Insolvenzeröffnung erworbenen sowie alle durch Anfechtungs- bzw. durch sonstige Ansprüche erlangten Vermögenswerte enthalten. Die für die Erstellung des Vermögensverzeichnisses zuständige Behörde bzw. der Insolvenzverwalter muss zudem bezeichnen, welche der Gegenstände nicht pfändbar und daher nicht Teil der Insolvenzmasse sind.

4. Verwalterlose Eigenverwaltung als Regelfall

Eine Bestellung eines Insolvenzverwalters ist nach Art. 39 HarmRL-E grundsätzlich nicht vorgesehen. Nach Art. 43 Abs. 1 HarmRL-E bleiben die Vermögenswerte sowie das Tagesgeschäft daher grundsätzlich unter der Kontrolle des Schuldners. Hierdurch soll eine Steigerung der Effizienz des Verfahrens einerseits und eine Kostensenkung andererseits erreicht werden.⁶⁾ Eine Ausnahme hiervon ist nach Art. 39 HarmRL-E nur dann möglich, wenn zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt sind. Einerseits muss ein Antrag des Schuldners, einer der Gläubiger oder einer Gruppe von Gläubigern vorliegen (Art. 39 lit. a HarmRL-E) und andererseits müssen die Kosten des Verwalters entweder durch die Insolvenzmasse gedeckt oder von denjenigen getragen werden, die die Bestellung eines Insolvenzverwalters beantragt haben (Art. 39 lit. b HarmRL-E). Sofern hiernach ausnahmsweise ein Verwalter bestellt werden kann, müssen zudem die Vorschriften des Art. 43 Abs. 2 – 4 HarmRL-E beachtet werden. Nach Art. 43 Abs. 2 HarmRL-E muss die zuständige Behörde bei der Bestellung angeben, ob die Verwaltung der Vermögenswerte auf den Verwalter übergehen soll oder es sich dennoch um eine Eigenverwaltung handelt. Die

Ausnahmegründe für die Bestellung eines Verwalters müssen spezifisch geregelt sein, die Bestellung eines Verwalters soll stets der Ausnahmefall bleiben und es muss sich seitens der zuständigen Behörde um eine Einzelfallentscheidung handeln, Art. 43 Abs. 3 HarmRL-E. Art. 43 Abs. 4 HarmRL-E eröffnet zudem die Möglichkeit, keinen Verwalter zu bestellen und das Verfahren dennoch nicht als Eigenverwaltungsverfahren zu führen. In diesem Fall müssen die Entscheidungen des Schuldners entweder von der zuständigen Behörde genehmigt oder ein Gläubiger mit der entsprechenden Entscheidungsbefugnis ausgestattet werden.

5. Verfahrensablauf

Nach Erstellung des Vermögensverzeichnisses und Feststellung der Tabellenforderungen muss die zuständige Behörde entscheiden, ob eine Vermögensverwertung erfolgt oder das Verfahren ohne Verwertung eingestellt wird, Art. 49 Abs. 1 HarmRL-E. Art. 49 Abs. 2 HarmRL-E sieht die verpflichtende Verfahrenseinstellung ohne Verwertung vor, wenn (1) keine Vermögenswerte vorhanden sind, (2) der Wert der Vermögenswerte die Kosten und Dauer des Verfahrens als nicht gerechtfertigt erscheinen lässt oder (3) der Wert des Sicherungsgutes niedriger als die besicherte Gläubigerforderung ist und die zuständige Behörde die Verwertung durch den Gläubiger für gerechtfertigt hält. Entscheidet sich die zuständige Behörde für die Verwertung soll sie zudem die Art der Verwertung bestimmen. Art. 49 Abs. 3 HarmRL-E bietet hierfür zwei Alternativen. Im Regelfall soll die Verwertung durch elektronische Versteigerung erfolgen. Nur im Ausnahmefall kann die zuständige Behörde eine andere Art der Verwertung bestimmen. Die genaue Ausgestaltung dieser Online-Versteigerungen wird in den Artikeln 50 – 54 HarmRL-E detailliert beschrieben.

Nach Art. 55 Abs. 1 HarmRL-E trifft die zuständige Behörde die Entscheidung über die Verfahrensbeendigung innerhalb von zwei Wochen nach Verteilung der Versteigerungserlöse. In dieser Entscheidung muss die zuständige Behörde nach Art. 55 Abs. 2 HarmRL-E die Dauer bis zur Restschuldbefreiung für den Einzelunternehmer oder persönlich haftenden Gründer bzw. andere persönlich haftenden Gesellschafter festlegen.

6. Restschuldbefreiung, Art. 56 – 57 HarmRL-E

Nach Art. 56 HarmRL-E ist Einzelunternehmern und persönlich haftenden Gründern, Gesellschaftern oder Mitgesellschaftern der Zugang zur Restschuldbefreiung nach Titel III der RL 2019/1023 zu gewähren. Dabei müssen im vereinfachten Liquidationsverfahren die Verfahren wegen Schulden aus persönlichen Garantien für das Unternehmen koordiniert oder konsolidiert werden, sofern wegen dieser Schulden Insolvenzverfahren oder Vollstreckungsmaßnahmen gegen Gründer oder Gesellschafter bei juristischen Personen bzw. Unternehmer oder

6) Erwägungsgründe 35 und 40 des Vorschlags.

seine Familienmitglieder bei Personengesellschaften bestehen, Art. 57 HarmRL-E.

7. Bewertung

Wie oben bereits ausgeführt sind in Deutschland ein Großteil aller Unternehmensinsolvenzen von dem neuen verwalterlosen Verfahren betroffen. Es bahnt sich daher in Deutschland ein Ende der klassischen Insolvenzverwaltung unter Aufsicht eines unabhängigen Verwalters an. Dies ist schon deshalb kritisch, weil die bisher in Deutschland zuständigen Insolvenzgerichte bereits jetzt gut ausgelastet sind. Bürdet man den Insolvenzgerichten nun auch noch die alleinige Durchführung eines Großteils aller Insolvenzverfahren auf, riskiert man eine komplette Überlastung sämtlicher Insolvenzgerichte. Dem kann nur durch eine bundesweite massive Aufstockung der Stellen an Insolvenzgerichten begegnet werden. Hierdurch würde die vermeintliche Kostenersparnis nicht nur neutralisiert werden,⁷⁾ höchstwahrscheinlich würde den Staat sogar eine erheblich höhere Kostenlast treffen. Würde man die Personalbedarfsberechnungssysteme (PEBB\$Y) zugrunde legen, bestünde bei 2.000 Insolvenzverwaltern mit durchschnittlich ca. 5 qualifizierten juristischen und kaufmännischen Mitarbeitern, die sich nicht an üblichen Arbeitszeiten in einem Insolvenzgericht orientieren, ein Personalbedarf von zusätzlich rund 12.000 juristischen und kaufmännischen Mitarbeitern. Dies ist nicht realisierbar. Die Kosten eines Insolvenzverfahrens werden derzeit durch zum größten Teil über Anfechtung zurückgeführte Beträge von der Gläubigergesamtheit getragen. Zukünftig werden diese Kosten dem Staat aufgebürdet. Neben den überlasteten Gerichten hätten zusätzlich auch Schuldner mit den neuen Anforderungen zu kämpfen. Da im Regelfall die Bestellung eines Insolvenzverwalters ausbleiben soll, hat der Schuldner nicht nur das Tagesgeschäft des Unternehmens zu bewältigen, sondern daneben auch noch die mit dem Insolvenzverfahren zusammenhängenden Vorgänge. Zum Beispiel müsste der eigenverwaltende Schuldner ohne Geld ggf. Prozesse über außenstehenden Forderungen anstrengen, um einer eigenen Haftung zu entgehen. Dies kann ein mit dem Insolvenzrecht im Einzelnen nicht vertrauter Schuldner gar nicht leisten. Der Entwurf würde darüber hinaus die Existenz von Verwalterbüros in Deutschland bedrohen, und zwar auch der Büros, die sich vornehmlich um die verbleibenden 10 % der größeren Verfahren kümmern. Die für die Insolvenzverwalter kostendeckenden Unternehmensinsolvenzen würden sich durch die Einführung des vereinfachten Verfahrens erheblich reduzieren, so dass von einem auf den anderen Tag ein Großteil der Verfahren wegbrechen würde. Vor dem Hintergrund der zusätzlich erforderlichen Stellen bei den Insolvenzgerichten, wird die Frage aufgeworfen, ob sich nicht lediglich eine Verlagerung der Arbeit von den Verwalterbüros zu den Gerichten vollzieht. Sollte dies der Fall sein, würde hierbei ein erheblicher Verwaltungsaufwand durch Einarbeitung entstehen, der angesichts der hierzulande bereits bestehenden Expertise in Verwalterbüros redundant wäre. Der vorgelegte Richtlinien-Vorschlag riskiert damit die komplette Überwerfung des weltweit viertbesten Insolvenzrechts⁸⁾ zugunsten eines Instruments, das nicht nur Insolvenzgerichte und Schuld-

ner gänzlich überlastet, sondern zudem auch noch kostenintensiver ist. Der Vorschlag scheint dem deutschen Ansatz dennoch einen Ansatz vorzuziehen, der zwar schnell, gleichwohl jedoch sehr unsauber ist.⁹⁾ Dies würde nicht nur eine erhebliche Kollision mit deutschem Wirtschaftsrecht (z. B. Bilanzaufstellungen, Betriebsprüfungen, Steuererklärungen)¹⁰⁾ bedeuten, sondern würde auch eine Gefährdung von Gläubigerinteressen riskieren. Sofern der Vorschlag festlegt, dass der Schuldner die Kontrolle über das Tagesgeschäft seines Unternehmens behält, lässt sich feststellen, dass hier der deutsche Ansatz der Möglichkeit einer Freigabe der selbstständigen Tätigkeit dieses Ziel bereits zufriedenstellend löst und daher als Vorbild dienen könnte. Ob das vereinfachte Insolvenzverfahren bei all diesen Schwierigkeiten überhaupt das Ziel einer Verfahrensbeschleunigung erreicht, ist zumindest fraglich. Ein Großteil der Insolvenzverfahren verzögert sich vor allem wegen Rechtsstreitigkeiten, die in der Regel zur Massemehrung führen.¹¹⁾ Das vorgeschlagene Verfahren knüpft zur Verfahrensbeschleunigung aber beim Tabellenanmeldungsverfahren und bei der Verwertung an. Hier ergeben sich jedoch keine erheblichen Verzögerungen.¹²⁾

Komplett ausgeblendet wird indessen auch, dass der Insolvenzverwalter moderner Prägung nicht nur die unabhängige Funktion der Wahrung der Gläubigerinteressen hat, sondern im Falle des Antrages auf Restschuldbefreiung dem Schuldner bei einem Neustart als Ansprechpartner, quasi als Coach helfend zur Seite steht und damit mittelbar für Rechtsfrieden sorgt.

Kritikwürdig ist zudem, dass bei der vorgeschlagenen Restschuldbefreiung neben dem Unternehmen auch Geschäftsleiter und Gesellschafter entschuldet werden sollen. Dies führt dazu, dass Gläubigern, insbesondere kreditgebenden Banken, eine zusätzliche Sicherheit entzogen wird. Banken müssen zunehmend damit rechnen, dass Kredite, wenn der Schuldner in Rückstand gerät, mangels Rückgriffsmöglichkeit auf Geschäftsführer oder Gesellschafter in noch geringerem Maß befriedigt werden können als bisher. Das Geschäft mit notleidenden Krediten wird befeuert, während das z. B. von Sparkassen und Volksbanken verfolgte klassische, risikoärmere Kreditgeschäft nur erschwert wird, so dass eine Finanzierung von z. B. Unternehmensgründungen schon aus Gründen der Notwendigkeit von Sicherheiten unterbleibt.

Zudem ist es eine Einladung zu kriminellen Handlungen. Schuldner können eine GmbH gründen, mit dieser bewusst, aber nicht nachweisbar Verbindlichkeiten begründen und daraufhin dennoch in den Genuss einer vollständigen Entschuldung kommen, während die ungesicherten Gläubiger leer ausgehen. Diese Missbrauchsmöglichkeit würde im extremen Fall sogar einen erheb-

7) So z. B. Bierbach, *Insolvency III ante portas – Neue Harmonisierungspläne der EU*, Vortrag DAV, 15. 12. 2022.

8) Weltbank, *Doing Business Archive, Resolving Insolvency*, abrufbar unter: <https://subnational.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency/score> (zuletzt abgerufen am: 26. 01. 2023).

9) „Quick-and-dirty“-Ansatz, vgl. Bierbach (Fußn. 7).

10) Bierbach (Fußn. 7).

11) Vgl. Kollbach, *INDat Report 09/2022*, 13, 16 f.

12) Bierbach (Fußn. 7).

lichen Wettbewerbsvorteil bedeuten. Es ist zu befürchten, dass hierdurch der Missbrauch nicht nur ermöglicht, sondern sogar hierzu angestiftet wird. Weitergehende Informationsrechte, die in dem Richtlinienentwurf vorgesehen sind, werden diese Entwicklung nicht verhindern. Das erhebliche Missbrauchspotential ist auch der Grund dafür, dass die Weltbank in ihren erst 2021 überarbeiteten Empfehlungen für diese vereinfachten Liquidationsverfahren von Kleinstunternehmen genau das Gegenteil empfiehlt.¹³⁾

II. Mindestanforderungen an die Insolvenzanfechtung

Die Richtlinie legt in ihren Art. 4 ff. Anforderungen bzgl. Insolvenzanfechtungen fest. Insolvenzanfechtungen müssen gem. Art. 4 HarmRL-E unter den in den folgenden Art. aufgestellten Mindestvoraussetzungen möglich sein, wobei die Mitgliedsstaaten berechtigt sind, strengere Vorschriften zum Schutz der Gläubiger zu erlassen (Art. 5 HarmRL-E).

1. Inhalte der Richtlinie

Der die Deckungsanfechtung regelnde Art. 6 HarmRL-E ähnelt in Teilen den deutschen §§ 130, 131 InsO. So ist für eine Anfechtung objektiv erforderlich, dass die anzufechtende Handlung innerhalb von drei Monaten vor Stellung des Insolvenzantrags erfolgt ist und der Schuldner zu diesem Zeitpunkt nicht mehr in der Lage war, seine fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen, oder der Insolvenzantrag bei Vornahme der Handlung bereits gestellt war. Wurden mehrere Insolvenzanträge durch verschiedene Personen gestellt, ist für den Beginn der dreimonatigen Frist der erste zulässige Insolvenzantrag maßgeblich. In subjektiver Hinsicht bedarf es bei einer kongruenten Deckung zusätzlich positiver Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit bzw. des Insolvenzantrages durch den Gläubiger oder zumindest eines Kennenmüssens. Bei dem Schuldner nahestehenden Personen i. S. d. Art. 2 lit. q HarmRL-E wird die Kenntnis vermutet. Abs. 3 regelt Ausnahmen, beispielsweise für Leistungen, die direkt gegen eine Gegenleistung getauscht werden und so insgesamt eine Mehrung der Insolvenzmasse ermöglichen.

Art. 7 HarmRL-E regelt eine Anfechtungsmöglichkeit für unentgeltliche Leistungen sowie solchen, die gegen eine völlig unangemessene Gegenleistung erbracht wurden, wobei Geschenke und Spenden mit lediglich symbolischem Wert ausgenommen sind. Eine solche Anfechtungsmöglichkeit besteht für solche Handlungen, die höchstens ein Jahr vor Stellung des Insolvenzantrages oder nach dessen Stellung vorgenommen wurden, wobei bei mehreren Insolvenzanträgen wiederum der erste zulässige für die Fristberechnung maßgeblich ist. Die Richtlinie sieht damit insoweit wesentlich geringere Anfechtungsmöglichkeiten vor als der deutsche § 134 InsO, der einen Anfechtungszeitraum von vier Jahren vor Insolvenzantragstellung vorsieht.

Art. 8 HarmRL-E, welcher den Fall einer vorsätzlichen Schädigung der Gläubigerschaft regelt, ähnelt zwar in Teilen § 133 InsO, sieht jedoch einen erheblich geringeren Anfechtungszeitraum vor und ist insgesamt weitaus weniger ausdifferenziert. An-

fechtbar sind hiernach solche vorsätzlich gläubigerschädigenden Handlungen des Schuldners, die innerhalb von vier Jahren vor Insolvenzantragstellung oder hiernach erfolgten, wenn der Begünstigte Kenntnis von der Absicht des Schuldners hatte oder diesen zumindest hätte kennen müssen. Die Kenntnis wird bei dem Schuldner nahestehenden Parteien vermutet. Für die Fristberechnung bei mehreren Insolvenzanträgen ist wiederum der erste zulässige Antrag entscheidend. Der deutsche Text des Richtlinien-Vorschlags verwendet hierbei unglücklicherweise den Ausdruck „Absicht“. Dies wirft die Frage auf, ob hierbei tatsächlich Absicht im juristischen Sinne, also *dolus directus* ersten Grades, gemeint ist oder ob der Entwurf hier den Ausdruck „Absicht“ im untechnischen Sinne verwendet und Vorsatz jeder Art bezeichnen wollte. Es wäre zu begrüßen, wenn diese Unklarheit im weiteren Gesetzgebungsverfahren bereinigt würde. Richtigerweise muss hierbei jeder Vorsatz des Schuldners für eine Anfechtung genügen.

Art. 9 HarmRL-E regelt schließlich die Rechtsfolgen der Anfechtung. Der Begünstigte hat die zum Nachteil der Gläubigerschaft erlangten Leistungen an die Insolvenzmasse zurückzugeben, wobei Anfechtungsansprüche maximal drei Jahre ab Insolvenzeröffnung geltend gemacht werden können. Eine Berufung auf Entreichung ist nur möglich, wenn der Begünstigte bzgl. der den Anfechtungsanspruch begründenden Umständen gutgläubig war. Eine Aufrechnung der Forderung aus Anfechtung mit Ansprüchen gegen die Insolvenzmasse ist unzulässig.

Der die Rechte des Anfechtungsgegners regelnde Art. 10 HarmRL-E entspricht im Wesentlichen § 144 InsO.

Art. 11 HarmRL-E regelt die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen gegenüber Rechtsnachfolgern. Art. 12 HarmRL-E legt fest, dass die Art. 17 und 18 der EU-Richtlinie 2019/1023 von den Vorschriften der vorgeschlagenen Richtlinie unberührt bleiben. Art. 47 HarmRL-E sieht noch Sonderregelungen für das vereinfachte Verfahren vor.

2. Bewertung und Auswirkungen für das deutsche Insolvenzrecht

Mit der Richtlinie wird das Ziel verfolgt, möglichst weitreichende Anfechtungsmöglichkeiten zu schaffen,¹⁴⁾ sie bleibt hierbei jedoch insbesondere bzgl. der Anfechtungszeiträume sowie bzgl. der Ausdifferenzierung der Regelungen¹⁵⁾ zu großen Teilen hinter den Regelungen des deutschen Rechts zurück. Dies ist aufgrund der Öffnungsklausel in Art. 5 HarmRL-E für die weitere Anwendung des stärkeren Gläubigerschutzes der InsO unschädlich, jedoch wird auf europäischer Ebene so die Chance verpasst, den Gläubigerschutz so effizient und einheitlich wie möglich zur Überwindung einer Fragmentierung zu gestalten,¹⁶⁾

13) The World Bank, Principles for effective Insolvency and Creditor/debtor Regimes, revised Edition 2021, principles c6.1 and c19.6.

14) Erwägungsgrund der Richtlinie (6).

15) Beispielsweise finden sich in der Richtlinie keine gesonderten Regelungen zu die Gläubiger unmittelbar benachteiligenden Rechtshandlungen wie in § 132 InsO.

16) Zu a. A. vgl. Bork, ZRI 2021, 873, 874 f.

auch wenn eine europäische Harmonisierung des Anfechtungsrechts im Grundsatz begrüßenswert ist.

Eine signifikante Ausnahme bzgl. eines höheren Mindeststandards auf europäischer Ebene als momentan in der InsO vorgesehen bildet der einheitliche Anfechtungszeitraum von drei Monaten vor Insolvenzantragstellung ohne weitere subjektive Voraussetzungen bei inkongruenten Deckungen. Darüber hinaus dürften die erhöhten Anfechtungsvoraussetzungen des § 142 InsO nicht mit den Mindestanforderungen der Richtlinie vereinbar sein.¹⁷⁾ Auch ist die Regelung zur Vermutung der Kenntnis vom Vorsatz des Schuldners (§ 133 Abs. 4 InsO) bislang enger als in der Richtlinie vorgesehen.¹⁸⁾ Zudem ist bzgl. der Haftung von Rechtsnachfolgern nach der Richtlinie grob fahrlässige Unkenntnis des Erwerbers ausreichend, während nach § 145 Abs. 2 Nr. 1 InsO bislang positive Kenntnis nötig ist.¹⁹⁾ Darüber hinaus ist Art. 2 lit. q HarmRL-E mit seiner Generalklausel und nur beispielhaften Aufzählung einzelner Personengruppen weiter gefasst als der abschließend formulierte § 138 InsO.²⁰⁾ Bzgl. dieser Aspekte wird eine Anpassung des deutschen Insolvenzrechts nötig werden, was vor dem Hintergrund des Gläubigerschutzes jedoch begrüßenswert erscheint.

Vor dem Hintergrund des Ziels der Harmonisierung der Mindestanforderungen des Anfechtungsrechts erscheint indes das verwalterlose Verfahren mit der eingeschränkten Möglichkeit der Verfolgung von Anfechtungsansprüchen als inkonsistent. Es stellt sich die Frage, wozu das Anfechtungsrecht harmonisiert wird, wenn dieses in ca. 90 % der Verfahren dann keine Anwendung findet. Dies hätte zur Folge, dass in den meisten Fällen Anfechtungsansprüche mangels Bestellung eines Insolvenzverwalters wahrscheinlich gar nicht verfolgt würden, wodurch entsprechend die solchen Ansprüchen ausgesetzten Gläubiger begünstigt würden. Der Wettbewerb der Gläubiger wäre damit wieder eröffnet. Ein wesentlicher Aspekt der Harmonisierung scheint hingegen die massive Beschränkung des Anfechtungsrechts durch die Hintertür zu sein, so dass die Ausweitung des Anfechtungsrechts (aus europäischer Perspektive) anscheinend nur bloße Fassade ist.

III. Pre-pack-Verfahren

In den Art. 19 ff. HarmRL-E wird das sog. „Pre-pack-Verfahren“ eingeführt, welches eine Vereinfachung des Insolvenzverfahrens dadurch vorsieht, dass das Unternehmen oder Unternehmensteile nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Grundlage einer vor Insolvenzeröffnung ausgehandelten Vereinbarung als Ganzes übertragen werden.

1. Ablauf des Verfahrens

Das im Richtlinien-Vorschlag vorgesehene Verfahren gliedert sich in zwei Teile: Eine Vorbereitungs- und eine Liquidationsphase, s. Art. 19 Abs. 1 HarmRL-E.

Die Vorbereitungsphase beinhaltet die Suche eines Käufers für das Unternehmen als Ganzes oder Unternehmensteile (Art. 19 Abs. 1 lit. a HarmRL-E). Hierzu wird gerichtlich ein sog. Sach-

walter bestellt, der den Verhandlungsprozess unterstützter überwachen und die Gläubigerinteressen wahren soll (Art. 2 Abs. 1, 2 HarmRL-E). Eine spätere Bestellung des Sachwalter als Insolvenzverwalter muss dabei nach nationalem Recht möglich sein (Art. 22 Abs. 3 HarmRL-E). Der Schuldner behält in dieser Phase noch die Kontrolle über sein Unternehmen (Art. 2 Abs. 4 HarmRL-E). Eine Aussetzung von Vollstreckungsmaßnahmen ist dabei jedoch bereits möglich (Art. 23 HarmRL-E).

In der Liquidationsphase wird sodann das eigentliche Insolvenzverfahren eröffnet und der bisherige Sachwalter zum Insolvenzverwalter bestellt (Art. 25 HarmRL-E). Die in der Vorbereitungsphase ausgehandelte Unternehmensübertragung wird in dieser Phase nunmehr vollzogen (Art. 19 Abs. 1 lit. b HarmRL-E), wobei das zuständige Gericht zustimmen muss (Art. 21 HarmRL-E). Den Gläubigern und Gesellschaftern kommen vor der Entscheidung des Gerichts und der Durchführung der Unternehmensübertragung Anhörungsrechte zu (Art. 34 Abs. 1 HarmRL-E). Die Gläubigerforderungen sollen hierdurch (anteilig) befriedigt werden (vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. b HarmRL-E) der Erwerber soll das Unternehmen schuldenfrei erwerben können (Art. 28 HarmRL-E). Stimmt das Gericht nicht zu, soll das Insolvenzverfahren dennoch fortgeführt werden (Art. 26 Abs. 1 Unterabs. 2 HarmRL-E). Alternativ zu einer vorherverhandelten Unternehmensübertragung kann auch eine öffentliche Versteigerung durchgeführt werden (Art. 24 Abs. 3, Art. 26 Abs. 2 HarmRL-E).

2. Person des Sachwalters²¹⁾

Der Sachwalter muss sowohl im Allgemeinen als auch in Bezug auf das konkrete Verfahren nach nationalem Recht als Insolvenzverwalter bestellbar sein (Art. 22 Abs. 3 HarmRL-E). Dies erklärt sich auch vor dem Hintergrund, dass der Sachwalter in der Liquidationsphase zum Insolvenzverwalter bestellt werden soll (Art. 25 HarmRL-E).

Die Bestellung des Sachwalters erfolgt gem. Art. 22 Abs. 1 HarmRL-E auf Antrag des Schuldners durch das zuständige Gericht und markiert den Beginn der Vorbereitungsphase. Den Auswahlprozess regelt die Richtlinie nicht, so dass unklar ist, inwieweit der Schuldner auf die Auswahl des Sachwalters Einfluss nehmen kann. Da die Anforderungen des Art. 22 Abs. 3 HarmRL-E jedoch als Mindestanforderungen anzusehen sind, ist davon auszugehen, dass der Schuldner auf nationaler Ebene vergleichbare Einflussmöglichkeiten wie bei der Bestellung eines Insolvenzverwalters haben wird. Dies ist durchaus kritisch zu sehen, da die Neutralität eines „mitgebrachten Sachwalters“ zumindest zweifelhaft erscheinen kann. Auch sieht die Richtlinie mangels expliziter Regelung im Umkehrschluss zu den in Art. 34 Abs. 1 HarmRL-E geregelten Anhörungsrechten keine Anhörung oder auch nur Information der Gläu-

17) Vgl. Bork, ZRI 2021, 873, 880.

18) Vgl. Bork, ZRI 2021, 873, 880.

19) Vgl. Bork, ZRI 2021, 873, 880.

20) Vgl. Bork, ZRI 2021, 873, 880.

21) Im Englischen als *monitor* bezeichnet.

biger im Rahmen der Bestellung des Sachwalters vor,²²⁾ was die Frage einer möglichen Gläubigerbenachteiligung aufwirft. Offen bleibt ebenfalls die Frage, ob oder unter welchen Voraussetzungen das Gericht die Bestellung eines Sachwalters ablehnen kann.²³⁾ Die Regelung einer Ablehnungsmöglichkeit es Gerichts bzgl. der vorverhandelten Unternehmensübertragung legt jedoch zumindest nahe, dass ein Ablehnungsrecht des Gerichts in der Phase der Bestellung des Sachwalters von der Richtlinie nicht vorgesehen ist. Dies ist geeignet die Gefahr einer Ineffizienz des Pre-pack-Verfahrens begründen, da im Falle einer völligen Aussichtslosigkeit einer für das Verfahren vorgesehenen Unternehmensübertragung zunächst unnötige Kosten für die Tätigkeit des Sachwalters entstehen und das Insolvenzverfahren ggf. zulasten der Gläubigerschaft unnötig verzögert wird.

Ist der Sachwalter bestellt, kommen ihm nach Art. 22 Abs. 2 HarmRL-E in der Vorbereitungsphase vier verschiedene Aufgaben zu: Erstens soll er jeden Schritt des Verkaufsprozesses dokumentieren und hierüber berichten, zweitens darlegen, warum er den Verkaufsprozess als wettbewerbsorientiert, transparent, fair und den Marktstandards entsprechend einstuft, drittens ausgehend von den in Art. 30 HarmRL-E festgelegten Kriterien den besten Bieter als Vertragspartner empfehlen und viertens darlegen, dass der Vertragsschluss mit dem besten Bieter nicht offensichtlich gegen das Schlechterstellungsverbot (s. Art. 2 lit. h HarmRL-E) verstößt. In der Liquidationsphase muss der Sachwalter vor der gerichtlichen Zustimmung bestätigen, dass die Anforderungen an den Verkaufsprozess eingehalten wurden (Art. 26 Abs. 1 Unterabs. 1 HarmRL-E). Hinsichtlich dieser Aufgaben verbleiben jedoch noch einige Unklarheiten. Nach Art. 22 Abs. 2 Unterabs. 2 HarmRL-E sind die schriftliche Dokumentation dieser Aufgabe „allen Beteiligten“ digital zur Verfügung zu stellen. Offen bleibt indes, wer in diesem Sinne als verfahrensbeteiligt gilt. Hierzu dürften ohne Weiteres der Schuldner und der Käufer zu subsumieren sein. Schwierig wird es jedoch bereits bei der Frage, ob das Gericht als verfahrensbeteiligt gilt. Zwar bestellt das Gericht den Sachwalter. Abgesehen davon ist das Gericht indes nicht weiter in das Verfahren involviert. Selbst wenn das Gericht als Beteiligter im Sinne der Vorschrift anzusehen ist, dürften zumindest die Gläubiger hiervon nicht gemeint sein, da sie keine Rolle im Vorverfahren spielen und daher nicht daran beteiligt sind. Diese mangelnde Gläubigerbeteiligung stellt einen wesentlichen Schwachpunkt des Vorverfahrens dar. Beim Vorverfahren sollte, wie auch beim späteren Insolvenzverfahren, das Gläubigerinteresse stets im Vordergrund stehen. Die Gläubiger könnten im Falle einer Beteiligung in ihrem eigenen Interesse den Verkaufsprozess überwachen. Durch ihren Ausschluss verbleiben lediglich der Sachwalter oder das Gericht, das sich jedoch im Wesentlichen an die Erklärungen des Sachwalters halten dürfte, als Überwachungsinstanzen. Zudem enthält sich der Richtlinien-Vorschlag auch zu der Tiefe der Dokumentation. Begrüßenswert wären zumindest einige Mindeststandards. So sind erhebliche Unterschiede zwischen den Mitgliedsstaaten und sogar innerhalb einzelner Mitgliedsstaaten zu befürchten.

Gem. Art. 31 HarmRL-E haften der Sachwalter und der Insolvenzverwalter den Gläubigern und vom Verfahren betroffenen Dritten für Pflichtverletzungen, wobei die Richtlinie bedauerlicherweise jedoch offenlässt, wie weitreichend der Begriff der „vom Verfahren betroffenen Dritten“ zu verstehen ist.²⁴⁾

Die Vergütung des Sachwalters richtet sich nach Art. 22 Abs. 5 HarmRL-E. Demnach trägt die Kosten des Sachwalters der Schuldner, wenn lediglich die Vorphase absolviert wird. Folgt der Vorphase eine Liquidationsphase nach, dann wird der Sachwalter, später Insolvenzverwalter, aus der Insolvenzmasse vergütet.

3. Bewertung

Für das neue Pre-pack-Verfahren spricht, dass es das Unternehmen als es Ganzes erhält. Hierdurch besteht die Möglichkeit, dass lediglich ineffektiv wirtschaftende Unternehmen neu ausgerichtet werden und daraufhin in einer der Gesamtwirtschaft dienenden Weise erneut am Markt teilhaben können.²⁵⁾ Es kann somit verhindert werden, dass innovative Produkte vom Markt verdrängt werden, obwohl es einen Platz dort hätte. Stattdessen kann unter dem Schuttschirm eines effizienten (z. B. Kündigungsmöglichkeiten für nachteilige Dauerschuldverhältnisse)²⁶⁾ Verfahrens eine geregelte Übernahme des Unternehmens eingeleitet werden. Hierdurch könnte zudem das noch immer bestehende Insolvenzstigma weiter gemindert werden.²⁷⁾

Zu beachten ist weiter, dass nach Art. 27 eine Vertragsübernahme vorgesehen ist, was nach deutschem Verfassungsrecht wegen des Eingriffes in die Privatautonomie bedenklich ist. Hierdurch könnten Insolvenzpläne nach deutschem Vorbild weitgehend verdrängt werden.

Dieser Vorteil des Verfahrens begegnet indes mehreren erheblichen Nachteilen. Zunächst muss festgestellt werden, dass eine Marktberreinigung durch Abwicklung eines Unternehmens nicht immer eine Fehlentwicklung darstellt. In vielen Fällen ist eine Insolvenz eines Unternehmens auch eine Folge des wirtschaftlichen Wettbewerbs. So ist es z. B. im Sinne einer innovativen, wettbewerbsorientierten Marktwirtschaft wünschenswert, dass Produkte, die aufgrund neuer technischer Entwicklung veraltet sind, oder Unternehmenskonzepte, die auf der Verwertung fossiler Energieträger basieren, vom Markt verdrängt werden, um anderen Unternehmen, mit innovativen Konzepten/Produkten, die erfolgreiche Marktteilnahme zu ermöglichen.²⁸⁾

Den größten Kritikpunkt bilden jedoch die erheblichen Missbrauchsmöglichkeiten des Verfahrens. Zunächst ist darunter das sogenannte Phoenixing zu fassen. Beim Phoenixing nutzt der Schuldner das Verfahren dazu, dass Unternehmen an eine ihm

22) Vgl. Hoegen, *Insolvency III ante portas – Neue Harmonisierungspläne der EU*, Vortrag, DAV, 15. 12. 2022.

23) Vgl. Hoegen (Fußn. 22).

24) Vgl. Hoegen (Fußn. 22).

25) Hoegen (Fußn. 22).

26) Hoegen (Fußn. 22).

27) Hoegen (Fußn. 22).

28) Siehe hierzu im Detail Sämisch, ZRI 2022, 575 ff.

nahestehende Person zu veräußern. Dies ist so lange ohne Schaden für die Gläubiger wie die nahestehende Person das Unternehmen zum Marktpreis aufkauft. Problematisch ist jedoch, dass das Vorverfahren ohne Beteiligung der Gläubiger abläuft. Hierdurch wird dem Schuldner und dem potentiellen Käufer der Abschluss eines Deals unter Aufsicht allein des Sachwalters ermöglicht. Unter Berücksichtigung der zuvor genannten Einflussmöglichkeiten des Schuldners auf die Person des Sachwalters bietet sich dem Schuldner daher die Möglichkeit mit dem Käufer kollusiv zusammenzuwirken und den Verkauf des Unternehmens weit unter dem Marktpreis zu realisieren. Die Gläubiger sind in diesem Fall schutzlos gestellt und ihnen verbleibt keine Möglichkeit, den Großteil ihrer Forderungen zu realisieren. Diese Missbrauchsmöglichkeit wird noch dadurch bestärkt, dass das Vorverfahren wenig bis keine Transparenz bietet und so eine Kontrolle durch unabhängige Dritte verhindert. Dem Schuldner wird durch das Pre-pack-Verfahren ein Werkzeug an die Hand gelegt, sein Unternehmen an eine nahestehende Person, die eng mit ihm zusammenarbeitet, zu verkaufen, und gleichzeitig die Gläubiger, um ihre Forderungen zu prellen. Doch das Verfahren kann nicht nur vom Schuldner missbraucht werden. Auch dem Schuldner nicht nahestehenden Käufern des Unternehmens bietet sich die Möglichkeit, sich das Pre-pack-Verfahren zu Nutze zu machen, indem sie es für feindliche Übernahmen nutzen. Die überwiegende Anzahl an Zulieferern sind auf die Handelsbeziehungen zu größeren Unternehmen angewiesen. Viele sind zudem exklusiv oder zumindest größtenteils für ein einziges größeres Unternehmen tätig. Sollte dieses eine Übernahme eines seiner Zulieferer anstreben, könnte es das Pre-pack-Verfahren hierzu nutzen. Indem es seine wirtschaftlichen Beziehungen zu dem Unternehmen einstellt bzw. reduziert, könnte es die Insolvenz seiner Zulieferer bewusst herbeiführen, um die wirtschaftliche Abhängigkeit des Zulieferers im Rahmen des Pre-pack-Verfahrens dazu zu nutzen, diesen aufzukaufen. Dies würde vor allem die Unternehmensvielfalt und den wirtschaftlichen Wettbewerb erheblich einschränken. Zudem könnte sich hierdurch die Gefahr des Aufkaufs kleiner und mittlerer Unternehmen durch ausländische Investoren anbahnen. Dies ist gerade vor dem Hintergrund wachsender Einflussnahme von ausländischem Staatsunternehmen äußerst kritisch zu betrachten.

Der Regelung eines Pre-pack-Verfahrens steht zudem entgegen, dass es in Deutschland keines zusätzlichen Verfahrens zur Sicherung der Vermögenswerte von Unternehmen bedarf. Schließlich bietet die deutsche Insolvenzordnung mitsamt ihrer vielfältigen Sanierungsmechanismen genügend Instrumente zur Rettung innovativer und erhaltungswürdiger Unternehmen unter dem Schutzschirm des Insolvenzverfahrens. Auch die Erhaltung der bestandsfähigen Teile eines Unternehmens ist hierunter möglich. Und zwar unter Einbindung aller Gläubiger. Das deutsche Recht ist in dieser Hinsicht vor allem nicht so missbrauchsanfällig wie das Pre-pack-Verfahren, da es die unabhängige Aufsicht durch das Gericht und ggf. einen Sach- oder Insolvenzverwalter sicherstellt. Zudem bietet es im Gegensatz zum Pre-pack-Verfahren durch die Freigabe einer selbstständigen Tätigkeit die Möglichkeit, unternehmerisches Talent zu nutzen. Insgesamt ist

durch die bestehenden Sanierungsmöglichkeiten im deutsche Insolvenzrecht sowohl dem Schuldner als auch den Gläubigern besser gedient. Einerseits sind die Gläubigerinteressen nicht durch Missbrauchsrisiken gefährdet, andererseits ist sichergestellt, dass eigentlich rentable Unternehmen nicht liquidiert werden, sondern der Schuldner das Unternehmen weiter begleiten kann.

C. Verbindlichkeit der Richtlinie

Für die Harmonisierungsrichtlinie hat sich die Kommission für die Ausgestaltung als Richtlinie entschieden. Eine Richtlinie zeichnet sich im Gegensatz zu einer Verordnung dadurch aus, dass sie nicht unmittelbar gilt, sondern zunächst einer Umsetzung durch die einzelnen Mitgliedsstaaten innerhalb einer vorab festgelegten Frist bedarf.²⁹⁾ Die häufig in Richtlinien zu findende Öffnungsklauseln, mit denen Mitgliedsstaaten ein teilweises Abweichen von den Regelungen der Richtlinie ermöglicht wird, spart der Richtlinien-Vorschlag indes fast vollständig aus. Hierdurch werden Staaten wie Deutschland, die bereits ein sehr gutes Insolvenzrecht haben, dazu gezwungen, ihr bisheriges gut aufeinander abgestimmtes Gesamtkonzept abzuändern. Die fehlenden Öffnungsklauseln verhindern dabei, dass Mitgliedsstaaten die Instrumente des Richtlinien-Vorschlags an ihr nationales Insolvenzrecht anpassen können. Hierdurch entsteht die Gefahr, dass die neuen Instrumente als systemfremd herausstehen. Einem bereits effektiven Insolvenzrecht wie dem deutschen wird damit ein Bärendienst erwiesen. Der Kapitalunion bzw. der Freiheit des Kapitalverkehrs innerhalb der EU ist damit ebenfalls nicht gedient.

D. Fazit

Mit dem Vorschlag der Europäischen Kommission versucht sich an einer grundsätzlich begrüßenswerten gesamteuropäischen Harmonisierung des Insolvenzrechts. Dabei gerät die Kommission jedoch immer wieder auf Abwege. Während sich die Anfechtungsregelungen weitgehend als gelungen präsentieren, hapert es demgegenüber bei dem Pre-pack-Verfahren und dem vereinfachten, verwalterlosen Insolvenzverfahren erheblich. Das Pre-pack-Verfahren fällt vor allem negativ durch seine erheblichen Missbrauchsmöglichkeiten auf. Nicht nur besteht die Möglichkeit des Phoenixings, daneben steigert das Verfahren auch die Einflussmöglichkeiten ausländischer Großinvestoren erheblich, indem sie kleine und mittlere Unternehmen bewusst an den langen Arm verhungern lassen und sie sodann im Rahmen des Pre-pack-Verfahrens aufkaufen. Demgegenüber macht der Richtlinien-Vorschlag mit dem verwalterlosen Verfahren ein Versprechen der Kostensenkung und Effizienzsteigerung, das in der Praxis nicht einzulösen sein wird. Im Gegenteil, es wird an Rechtsfrieden eingebüßt, ein Neustart durch einen fachlich versierten Sanierungs- und Insolvenzverwalter wird reduziert auf die Tätigkeit des Gerichts oder einer Behörde. Werden zuvor die Ko-

29) Nettesheim, in: Grabitz/Hill/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 77. Erg.-Lfg., September 2022, Kap. 2 Rz. 104.

ten durch zurückgeholte anfechtbare Zahlungen beglichen, soll es jetzt der Staat richten. Ob dies effizienter ist, muss bezweifelt werden. Letztendlich verlieren mit dem Vorschlag indes alle, sowohl Schuldner und Gläubiger als auch Insolvenzgerichte und Verwalterbüros, und zwar auch die Verwalterbüros, die mit den verbleibenden zehn Prozent der sanierungsgeeigneten größeren Verfahren befasst sind. Gewinner dürften kapitalmarktorientierte Berater und Investmentgesellschaften, die den Handel mit non-performing loans³⁰⁾ ungehindert im Sinne der Freiheit des Kapitalverkehrs ausweiten können, sein. Es handelt sich um eine klassische Externalisierung von Kosten unter dem Deckmantel der Steigerung von Effizienz.

Sämtliche angedachten Instrumente der vorgeschlagenen Richtlinie leiten sich aus dem übergeordneten Ziel der Vollendung der Kapitalmarktunion ab.³¹⁾ Dies soll auch durch eine Defragmentierung der verschiedenen Insolvenzrechte erreicht werden.

Doch diesem Ziel wird der Vorschlag nur ansatzweise gerecht. Besser wäre es hierzu gewesen, ein stringentes Ordnungsverfahren mit der Möglichkeit der Sanierung von bestandskräftigen Unternehmen unter der Aufsicht eines neutralen Dritten als Vorbild zu nehmen. Hierdurch würden transnationale Investitionen am besten geschützt und somit befördert. Der Vorschlag der Kommission ist daher als realitätsfern zu beurteilen und äußerst kritisch zu betrachten. Für die Entwicklung der deutschen InsO wurden 20 Jahre benötigt. Dies sollte man sich bei dem ambitionierten Vorhaben vergegenwärtigen.

30) Allein im Jahre 2017 betrug der Anteil in der EU rund 820 Mio. €. Er steigt an, Bereits eine Änderung im % Bereich verdeutlicht den Markt., Weitere Informationen abrufbar bei der europäischen Bankenaufsicht: www.eba.europa.eu

31) S. Begründung des HarmRL-E, S. 1.

Rechtsprechung

Tatbestand und Gründe der Entscheidungen werden regelmäßig ungekürzt veröffentlicht. Ausnahmsweise gekürzte oder von der Redaktion zum besseren Verständnis umformulierte oder selbst verfasste Tatbestände werden durch die Überschrift „Zum Sachverhalt“ kenntlich gemacht. Die Gründe (Entscheidungsgründe) werden ebenfalls nur ausnahmsweise gekürzt. Geringfügige Auslassungen werden jeweils durch Punkte (...) gekennzeichnet. Bei umfangreicheren Kürzungen wird den Gründen statt der Überschrift „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ die Überschrift „Aus den Gründen“ vorangestellt. Hinzufügungen der Redaktion sind *kursiv* gesetzt. Entscheidungen der unteren und mittleren Instanzen werden als „nicht rechtskräftig“ gekennzeichnet, wenn nach Kenntnis der Redaktion ein Rechtsmittel eingelegt wurde oder die Berufungs- oder Revisionsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Rechtsmittel möglicherweise ausgeschlossen ist. Entscheidungen, bei denen nach Kenntnis der Redaktion innerhalb der Rechtsmittelfrist – einerlei, ob überhaupt zulässig – kein Rechtsmittel eingelegt wurde, werden als „rechtskräftig“ gekennzeichnet. Entscheidungen, die mit einem „+“ versehen sind, sind für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

Rechtsprechung zum Insolvenzrecht

**EufnsVO 2014 Art. 1, 3 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1;
EGInsO Art. 102c § 4 Satz 1**

Internationale Zuständigkeit der deutschen Insolvenzgerichte bei einem in Drittstaat gestellten Eröffnungsantrag

BGH, Beschl. v. 8. 12. 2022 – IX ZB 72/19 (LG Düsseldorf)

Leitsatz des Gerichts:

Nach dem autonomen internationalen Insolvenzrecht hindert ein in einem Drittstaat gestellter Eröffnungsantrag allein nicht die internationale Zuständigkeit deutscher Insolvenzgerichte.

Gründe:

[1] I. Die Schuldnerin ist eine im April 2014 gegründete Holdinggesellschaft mit satzungsmäßigem Sitz in Luxemburg. Sie beschäftigt keine Arbeitnehmer. Im Juni 2019 beabsichtigte sie, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Fareham in England zu verlegen. Ihre am 13. 6. 2019 berufenen Direktoren beantragten am 22. 8. 2019 die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin beim High Court of Justice, Business and Property Court

of England and Wales, Insolvency and Companies List (ChD) (fortan: High Court). Sie wurden am nächsten Tag auf Betreiben einer Gläubigergruppe aufgrund einer Anteilsverpfändung durch einen neuen Direktor ersetzt, der für die Schuldnerin ein Büro in Düsseldorf einrichtete und dort tätig wurde. Er wies die anwaltlichen Vertreter der Schuldnerin an, den Insolvenzantrag beim High Court zurückzunehmen. Zur Rücknahme kam es nicht. Stattdessen erfolgte der Eintritt einer anderen Gläubigergruppe in den Insolvenzantrag, weshalb das Verfahren als Gläubigerverfahren weitergeführt wurde. Der High Court hat bis zum Ablauf des 31. 12. 2020 über den Insolvenzantrag nicht entschieden.

[2] Auf einen Insolvenzantrag der Schuldnerin vom 23. 8. 2019 bei dem AG Düsseldorf ordnete dieses mit Beschluss vom selben Tag Sicherungsmaßnahmen an und bestellte den weiteren Beteiligten zu 1) zum vorläufigen Insolvenzverwalter. Ab dem 25. 8. 2019 wurden Kapitalmarkt und Anleihegläubiger über eine Verlegung des Verwaltungssitzes nach Düsseldorf unterrichtet. Auf sofortige Beschwerde von Gläubigern hob das Insolvenzgericht seinen Beschluss am 6. 9. 2019 mangels internationaler Zuständigkeit wieder auf und wies den Schuldnerantrag als unzulässig zurück.

[3] Am 6. 9. 2019 haben die weiteren Beteiligten zu 3) und 4) als Gläubigerinnen beim AG Düsseldorf die Eröffnung des Insolvenz-