

Henning Sämisch*/Dominik Noffz**)

Die Vertragsübertragung nach Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E – ein unzulässiger Eingriff in die Vertragsfreiheit

Die Vertragsübertragung nach Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E scheint zunächst eine bloße Randnotiz des Ende 2022 veröffentlichten Vorschlags für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts zu sein, in Deutschland begegnet die Vertragsübertragung indes vielen kritischen Stimmen. Sie bringt aber auch einige Befürworter hervor. Kern der Diskussion ist dabei der Eingriff in die grundgesetzlich verankerte Vertragsfreiheit. Dieser Aufsatz beleuchtet den Stellenwert der Vertragsfreiheit in Deutschland sowie der übrigen Europäischen Union. In diesem Kontext erfolgt sodann ein kritischer Blick auf die Vertragsübertragung, die im Gegensatz zum bisherigen Insolvenzrecht in Deutschland erheblich in die Privatautonomie eingreift.

A. Einleitung

Mit Vorlage des Vorschlags für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts¹⁾ Ende 2022 treibt die Europäische Kommission die Harmonisierung des Insolvenzrechts innerhalb der EU weiter voran. So sollen insbesondere ein europaweit einheitliches verwalterloses Verfahren (Art. 38 – 57 HarmRL-E) sowie verbindliche Mindestanforderungen an die nationalen Anfechtungsregelungen (Art. 4 ff. HarmRL-E) geschaffen werden.²⁾ Mittlerweile haben die ersten Mitgliedstaaten und weitere Beteiligte eine Stellungnahme zum Richtlinienvorschlag abgegeben.³⁾ Durch die Richtlinie soll zudem ein Verfahren für den vereinfachten Verkauf des schuldnerischen Unternehmens, das sogenannte Pre-pack-Verfahren, eingeführt werden (Art. 19 ff. HarmRL-E). Besonders brisant ist in diesem Zusammenhang die Vertragsübertragung nach Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E, die eine Abkehr vom bisherigen Zustimmungserfordernis im deutschen Insolvenzrecht⁴⁾ markieren würde. Dies wirft die Frage auf, ob das Erfordernis der Zustimmung der Vertragspartner wie bisher vorgesehen eine in Anbetracht der Vertragsfreiheit notwendige Voraussetzung für eine verfassungskonforme Unternehmensübertragung oder – wie der Vorschlag der Kommission suggeriert – doch nur verzichtbares Beiwerk ist.

B. Ablauf des Pre-pack-Verfahrens

Wie erwähnt ist das Ziel des Pre-pack-Verfahrens der Verkauf des Unternehmens als Ganzes an einen Dritten. Hierbei sollen alle Vermögenswerte übertragen werden. Die Kommission geht hierbei davon aus, dass dadurch eine höhere Regulierungsquote zugunsten der Gläubiger generiert werden kann als durch stückweise Liquidation.⁵⁾ Ein ähnliches Verfahren existiert zum Beispiel bereits in Frankreich.⁶⁾

I. Ablauf des Verfahrens

Das Pre-pack-Verfahren ist in zwei Phasen unterteilt, die Vorbereitungs- und die Liquidationsphase. Die Vorbereitungsphase ist dabei dem Insolvenzverfahren vorgelagert und beginnt mit der Bestellung eines Sachwalters. Dieser soll gem. Art. 25 HarmRL-E in der späteren Liquidationsphase grundsätzlich zum Insolvenzverwalter bestellt werden, weshalb er die Voraussetzungen hierfür schon bei der Bestellung als Sachwalter erfüllen muss, vgl. Art. 22 Abs. 3 HarmRL-E. Zweck der Vorbereitungsphase ist die Suche nach einem geeigneten Käufer für das Unternehmen (Art. 19 Abs. 1 lit. a HarmRL-E) sowie die Aushandlung einer Vereinbarung zur Unternehmensübertragung. Aufgabe des Sachwalters in der Vorbereitungsphase ist es, den Verhandlungsprozess zu unterstützen und zu überwachen sowie die Gläubigerinteressen

*) Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter, SHNF, Hamburg

***) Wissenschaftlicher Mitarbeiter, SHNF, Hamburg

1) Abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:Badadc6c-76e9-11ed-9887-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024); im Folgenden HarmRL-E oder Richtlinie.

2) Näher hierzu Sämisch, ZRI 2023, 93.

3) Stand des Gesetzgebungsverfahrens sowie abgegebene Stellungnahmen abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=COM%3A2022%3A702%3AFIN> (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024).

4) Ausführlich zur aktuellen Rechtslage in Deutschland Brünkman, ZIP 2023, 2547, 2548 f.

5) ErwG 22 HarmRL-E.

6) Näher hierzu Schäfer, EXIS|TENZ Magazin 2023, 27.

zu wahren (Art. 22 Abs. 1, 2 HarmRL-E).⁷⁾ Die an die Vorbereitungsphase anschließende Liquidationsphase beginnt mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. In dieser Phase wird die zuvor bereits ausgehandelte Verkaufsvereinbarung nur noch vollzogen (Art. 19 Abs. 1 lit. b HarmRL-E). Diese Aufgabe kommt dem Insolvenzverwalter zu, zu dem gem. Art. 25 HarmRL-E grundsätzlich der bisherige Sachwalter bestellt werden soll. Die Unternehmensübertragung erfolgt nur nach Zustimmung des Gerichts (Art. 26 Abs. 1 HarmRL-E). Eine Zustimmungserfordernis der Gläubiger ist hingegen nicht vorgesehen. Gem. Art. 34 Abs. 1 HarmRL-E stehen den Gläubigern sowie den Gesellschaftern stattdessen lediglich Anhörungsrechte zu. Unterbleibt gem. Art. 26 Abs. 1 Satz 2 HarmRL-E die Zustimmung des Gerichts, soll das Insolvenzverfahren gem. Art. 26 Abs. 1 Satz 3 HarmRL-E dennoch weitergeführt werden. Durch den in der Liquidationsphase vollzogenen Verkauf des Unternehmens sollen sodann die Gläubigerforderungen zumindest anteilig befriedigt werden.

II. Vertragsabtretung und -kündigung, Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E

Um die Unternehmensübertragung abzuwickeln, sieht Art. 27 HarmRL-E die Übertragung⁸⁾ jener noch zu erfüllenden Verträge vor, die „für die Weiterführung der Geschäftstätigkeit des Schuldners erforderlich sind und deren Aussetzung die Geschäftstätigkeit zum Erliegen brächte“. Eine Zustimmung der Vertragspartner soll nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 HarmRL-E ausdrücklich nicht erforderlich sein. Dadurch soll verhindert werden, dass dem betreffenden Unternehmen mangels Einverständnisses der Vertragspartner zur Vertragsübertragung wichtige Verträge verloren gehen und hierdurch der Wert des Unternehmens erheblich gemindert wird.⁹⁾ Unklar ist dabei noch, wer prüft, welche Verträge die Voraussetzungen für eine solche Vertragsübertragung erfüllen. Am sachgerechtesten erscheint es im Kontext der anderen Regelungen, dem Sachwalter die Aufgabe zu übertragen, die seines Erachtens zu übertragenden Verträge in seinem Käufervorschlag zu benennen und das Vorliegen der Voraussetzungen zu begründen sowie das Zustimmungserfordernis des Gerichts hierauf zu erstrecken.¹⁰⁾ Eine Vertragsübertragung scheidet nach Art. 27 Abs. 1 Satz 3 HarmRL-E lediglich dann aus, wenn der Vertragspartner ein Wettbewerber des Unternehmenskäufers ist. Andere Ausnahmetatbestände sieht die Regelung indes nicht vor.

Liegen die Voraussetzungen der Vertragsübertragung zwar vor, liegt eine Vertragsbeendigung jedoch eher im Interesse des Unternehmens, kann das Gericht alternativ beschließen, den Vertrag zu kündigen, Art. 27 Abs. 2 Satz 1 lit. a HarmRL-E. Selbiges gilt für den Fall, dass der zu übertragende Vertrag Gemeinwohlverpflichtungen umfasst, „bei denen die Gegenpartei eine Behörde ist, und der Käufer des Unternehmens [...], erfüllt nicht die technischen oder rechtlichen Voraussetzungen zur Erbringung der in diesem Vertrag vorgesehenen Leistungen“ (Art. 27 Abs. 2 Satz 1 lit. b HarmRL-E). Eine Ausnahme besteht im Fall von Art. 27 Abs. 2 Satz 1 lit. a HarmRL-E, wenn es sich um Verträge über Lizenzen für Rechte an geistigem oder gewerblichem Eigentum handelt, Art. 27 Abs. 2 Satz 2 HarmRL-E.

Nach Art. 27 Abs. 3 HarmRL-E findet auf die Vertragsübertragung und Vertragsbeendigung das Recht des Mitgliedstaats Anwendung, in dem die Liquidationsphase eröffnet wird.

C. Vereinbarkeit mit der Vertragsfreiheit

Das Einverständnis der Vertragspartner ist bei der übertragenden Sanierung nach dem deutschen Insolvenzrecht notwendige Voraussetzung für das Gelingen. Das Übergehen dieses Einverständnisses stellt im deutschen Recht somit einen Fremdkörper dar.¹¹⁾ Insbesondere vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit wird die Vertragsübertragung, wie sie in dem Entwurf vorgesehen ist, daher von vielen Seiten kritisiert.¹²⁾ Im Folgenden soll dargestellt werden, welchen Stellenwert die Vertragsfreiheit in Deutschland und der sonstigen Europäischen Union hat und ob die Vertragsübertragung nach Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E die Vertragsfreiheit unzumutbar beschneidet.

1. Stellenwert der Vertragsfreiheit

Angesichts der verschiedenen Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten variiert das Gewicht der Vertragsfreiheit in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die unterschiedliche Bedeutung der Vertragsfreiheit soll anhand einiger Beispiele übersichtsweise beschrieben werden. Angesichts des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts¹³⁾ stellt sich zudem die Frage, ob das europäische Primärrecht die Vertragsfreiheit gesondert schützt.

1. Situation in Deutschland

Während das römische Recht noch von einem starken Typenzwang¹⁴⁾ geprägt war und nur diese Vertragstypen gerichtlichem Rechtsschutz unterstellte,¹⁵⁾ vermehrten sich die durch das Recht

- 7) Siehe zu den Aufgaben des Sachwalters im Detail *Sämisch*, ZRI 2023, 93, 98 f.
- 8) Der Richtlinienentwurf spricht dagegen unrichtigerweise von „Abtretung“, hierauf ebenfalls hinweisend *Deutscher Anwaltverein e. V.*, Stellungnahme zum Richtlinienentwurf, S. 17, abrufbar unter <https://arge-insolvenzrecht.de/de/newsroom/stellungnahme-des-deutschen-anwaltvereins-dav-nr-13-2023?file=files/downloads/aktuelles/meldungen/dav-sn-13-23-insolvenzrechtsharmonisierung.pdf&cid=14401> (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024).
- 9) *ErvG* 28 HarmRL-E.
- 10) So auch *Brünkmans*, ZIP 2023, 2547, 2553.
- 11) *Brünkmans*, ZIP 2023, 2547, 2553.
- 12) *IDW e. V.*, Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag, 28. 2. 2023, S. 3, abrufbar unter: <https://www.idw.de/IDW/Medien/IDW-Schreiben/IDW-Insolvenzrecht-EU-Richtlinie-Schreiben-230228.pdf> (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024).
- 13) *St. Rspr.*, vgl. *EuGH v. 15. 7. 1964 – Rs C-6/64*, ECLI:EU:C:1964:66 – *Costa/ENEL*; *EuGH v. 17. 12. 1970 – Rs C-11/70*, ECLI:EU:C:1970:114 – *Internationale Handelsgesellschaft*; *EuGH v. 9. 3. 1978 – Rs C-106/77*, ECLI:EU:C:1978:49 – *Simmenthal*; diese Rechtsprechung insoweit anerkennend *Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte der Regierungskonferenz zum Vertrag von Lissabon*, ABl. 2012, C 326, 346.
- 14) Neben der Inhaltsfreiheit war auch die Abschlussfreiheit im römischen Recht eingeschränkt, vgl. *Hirata*, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade São Paulo*, Bd. 108 (2013), 145, 147; abgesehen vom Typenzwang von der Vertragsfreiheit ausgehend *Honsell/Fagnoli*, *Römisches Recht*, 9. Aufl., S. 124.
- 15) *Honsell/Fagnoli* (Fußn. 14), S. 127; *Hirata*, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade São Paulo*, Bd. 108 (2013), 145, 146; *Betti*, in: *Festschrift für Wenger*, 1944, S. 249, 256 f.

anerkannten Vertragstypen mit der Zeit.¹⁶⁾ So vollzog sich ein Wandel hin zu dem heutigen Recht, das Konsensualverträge jeglicher Art¹⁷⁾ als verbindlich und gerichtlich durchsetzbar erachtet.¹⁸⁾ Heute ist die Vertragsfreiheit als Teilaspekt der Privatautonomie¹⁹⁾ nach einhelliger Meinung aus Rechtsprechung²⁰⁾ und Literatur²¹⁾ durch die in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Handlungsfreiheit geschützt.

Die grundgesetzlich verankerte Vertragsfreiheit umfasst drei Teilaspekte: die Abschluss-, die Inhalts- und die Formfreiheit.²²⁾ Die Abschlussfreiheit schützt zunächst die Entscheidung des Einzelnen, ob er überhaupt und zudem mit wem²³⁾ er eine vertragliche Bindung eingeht.²⁴⁾ Die Inhaltsfreiheit betrifft demgegenüber die beliebige Gestaltung des Rechtsgeschäfts.²⁵⁾ Rechte, Pflichten sowie Nebenabreden eines Vertrags sind grundsätzlich frei wählbar und unterliegen lediglich dem Willen der Vertragsparteien.²⁶⁾ Schließlich unterliegen die Verträge wegen der Formfreiheit grundsätzlich keiner bestimmten Form, sondern können nach freier Wahl der Parteien entweder mündlich, schriftlich oder auch auf sonstige Weise abgeschlossen werden.²⁷⁾

Die Vertragsfreiheit gilt indes trotz des grundrechtlichen Schutzes nicht absolut. Die allgemeine Handlungsfreiheit und damit auch die Vertragsfreiheit unterliegen der in Art. 2 Abs. 1 GG bezeichneten Schrankentrias. Einschränkungen der Vertragsfreiheit sind damit insbesondere zum Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung²⁸⁾ zulässig.²⁹⁾ Einschränkungen der Vertragsfreiheit finden sich in der Praxis dementsprechend häufig.³⁰⁾

2. Situation in anderen EU-Staaten

Alle EU-Mitgliedstaaten gewährleisten die Vertragsfreiheit in ihren Rechtsordnungen.³¹⁾ Gleichwohl unterscheiden sich die Ausgestaltung und das Schutzniveau innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten. Hier soll deshalb die Situation in den Mitgliedstaaten anhand weniger Beispiele überblicksartig dargestellt werden.

In Italien hat die Vertragsfreiheit wie in Deutschland Verfassungsrang.³²⁾ Art. 41 der italienischen Verfassung schützt dem Wortlaut nach explizit die „Privatinitiative der Wirtschaft“,³³⁾ legt aber auch gleichzeitig die entsprechenden Grenzen fest. Sie darf insbesondere „nicht dem Nutzen der Gesellschaft entgegenstehen oder in einer Weise wirken, die die Sicherheit, Freiheit und menschliche Würde beeinträchtigt“.³⁴⁾ Der Schutz ist indes weniger stark als bei anderen Grundrechten, da die Vertragsfreiheit lediglich im Rahmen der wirtschaftlichen Beziehungen gewährleistet ist, deren Schutzniveau gegenüber den bürgerlichen und gesellschaftlichen Beziehungen herabgesetzt ist.³⁵⁾

In Griechenland wird die Vertragsfreiheit ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleistet; die Rechtsprechung sieht sie insbesondere in Art. 5 Abs. 1 der griechischen Verfassung verankert.³⁶⁾ Dieser spricht – wie auch Art. 2 Abs. 1 GG – vom „Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit“ und ergänzt es um das Recht „auf die Teilnahme am gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Leben“.³⁷⁾ Auch in vielen weiteren EU-Mitgliedstaaten hat die Vertragsfreiheit eine verfassungsrechtliche Dimen-

sion. Hierzu zählen unter anderem Österreich,³⁸⁾ Polen³⁹⁾ und Slowenien.⁴⁰⁾

In Frankreich ist der verfassungsrechtliche Schutz der Vertragsfreiheit dagegen diskutabel. Während das französische Verfassungsgericht (Conseil constitutionnel) noch 1997 den Schutz durch die französische Verfassung zurückwies, hat es diese Rechtsprechung in den darauffolgenden Jahren aufgegeben und die Vertragsfreiheit als durch Art. 4 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789⁴¹⁾ gewährleistet anerkannt.⁴²⁾ Nachdem das Verfassungsgericht von diesen Urteilen zunächst wieder Abstand nahm, legte es der Vertragsfreiheit als Grundrechtsausprägung neben Art. 4 noch Art. 16 der Erklärung von 1789 zugrunde.⁴³⁾ Es kann daher, ähnlich wie in Deutschland und Grie-

16) Raiser, JZ 1958, 1, 2; die nachklassischen Innominatverträge brachten indes auch das römische Recht schon nah an eine völlige Vertragsfreiheit, vgl. Honsell/Fargnoli (Fußn. 14), S. 124, 187 ff.

17) Zu den Grenzen der Vertragsfreiheit sogleich.

18) Raiser, JZ 1958, 1, 2.

19) Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, GG, 102. Erg.-Lfg., Art. 2 Abs. 1 Rz. 101; Reul, DNotZ 2007, 184, 185.

20) BVerfGE 8, 274, 328; BVerfGE 12, 341, 347; BVerfGE 89, 214, 231 = ZBB 1994, 155 (m. Bespr. Kohle, S. 172); BVerwGE 4, 332, 336.

21) Stellvertretend für viele Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio (Fußn. 19), Art. 2 Abs. 1 Rz. 101; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 17. Aufl., Art. 2 Rz. 23 f.

22) Dörrenbacher, SRZ 2021, 16, 23 ff.; Gloy/Loschelder/Danckwerts/Leistner/Facius/Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl., § 14 Rz. 20.

23) Teilweise auch separat als „Kontrahentenwahlfreiheit“ bezeichnet, s. MünchKomm-Busche, BGB, 9. Aufl., Vor § 145 Rz. 11.

24) Hierunter fällt auch die „Vertragsabänderungs- und Vertragsbeendigungsfreiheit“, zu der Begrifflichkeit vgl. MünchKomm-Busche (Fußn. 23), Vor § 145 Rz. 28.

25) BeckOGK ZivilR/Möslein, 2024, § 145 BGB Rz. 34; MünchKomm-Bruns, VVG, 2. Aufl., vor §§ 307 – 309 BGB Rz. 68.

26) BeckOGK ZivilR/Möslein (Fußn. 25), § 145 BGB Rz. 34; Zöllner, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 85, 100.

27) Di Fabio, DNotZ 2006, 342, 343.

28) Die weiteren Bestandteile der Schrankentrias, die Rechte anderer sowie das Sittengesetz sind von der verfassungsmäßigen Ordnung i. S. d. Art. 2 Abs. 1 GG ebenfalls erfasst, s. BeckOK GG/Lang, 56. Ed., 2023, Art. 2 Rz. 52; v. Münch/Kunig/Kunig/Kämmerer, GG, 7. Aufl., Art. 2 Rz. 37 spricht daher von einer „Monoschranke“.

29) Gloy/Loschelder/Danckwerts/Leistner/Facius/Loschelder (Fußn. 22), § 14 Rz. 20 ff.; am Beispiel des Arbeitsrechts MHD ArbR/Benecke, Bd. 1, 5. Aufl., § 31 Rz. 11 ff.

30) Zu den vielfältigen Einschränkungsmöglichkeiten s. Musielak, JuS 2017, 949.

31) Bruns, JZ 2007, 385, 391.

32) Bruns, JZ 2007, 385, 391.

33) Senato della Repubblica, Verfassung der Italienischen Republik, Art. 41, abrufbar unter: http://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_TEDESCO.pdf (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024).

34) Senato della Repubblica (Fußn. 33), Art. 41.

35) Colombi Ciacchi, ERCL 2010, 303, 313 m. v. N.

36) Colombi Ciacchi, ERCL 2010, 303, 310 m. v. N.

37) Βουλή των Ελλήνων [Griechisches Parlament], Verfassung Griechenlands, Art. 5 Abs. 1, abrufbar unter: <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-168%20germaniko.pdf> (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024).

38) Barta, Zivilrecht, Bd. 1, 2. Aufl., S. 306; vgl. Art. 5, 6 StGG.

39) Colombi Ciacchi, ERCL 2010, 303, 317.

40) Colombi Ciacchi, ERCL 2010, 303, 308 ff.

41) Art. 4 ist als allgemeines Freiheitsrecht ausgestaltet: „Die Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was einem anderen nicht schadet. [...]“, Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. 8. 1789, abrufbar unter: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-02/20190218Erkl%C3%A4rung_der_Menschen.pdf (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024).

42) Errera, The Right of Property and Freedom of Enterprise in French Constitutional Law, S. 22, abrufbar unter: <http://www.rogererrera.fr/publications/textes/9.pdf> (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024).

43) Colombi Ciacchi, ERCL 2010, 303, 316.

chenland, davon ausgegangen werden, dass die Vertragsfreiheit in Frankreich über das allgemeine Freiheitsgrundrecht aus Art. 4 der Erklärung von 1789 geschützt ist. Zumindest aber ist es einfachgesetzlich durch Art. 1102 Code Civil geschützt.⁴⁴⁾

Wie die Übersicht zeigt, ist die Vertragsfreiheit ein in der Europäischen Union weithin gewährleistetetes Rechtsprinzip, das zumindest in den angesprochenen Staaten auch eine verfassungsrechtliche Dimension hat. Größtenteils wird die Vertragsfreiheit dabei im Rahmen eines allgemeinen Freiheitsgrundrechts geschützt, die einzige Ausnahme bei den Beispielen ist dabei Italien. Ob man davon ausgehen darf, dass diese Rechtsauffassung auf alle EU-Mitgliedstaaten übertragbar ist, deren Verfassungen ein solches Freiheitsrecht schützen,⁴⁵⁾ soll hier nicht weiter erörtert werden.⁴⁶⁾ Im Einzelnen bleibt die konkrete Ausgestaltung dieses Rechtsprinzips nach ihren jeweiligen Verfassungen jedoch weiterhin den Mitgliedstaaten bzw. ihren jeweiligen Gerichten überlassen. Es erscheint daher nicht unwahrscheinlich, dass sich das Schutzniveau in den einzelnen Mitgliedstaaten erheblich unterscheidet.

3. Gewährleistung durch Primärrecht der Europäischen Union

Die Gefahr des uneinheitlichen Schutzniveaus der Vertragsfreiheit wirft die Frage auf, ob eine einheitliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit möglicherweise über das Primärrecht der Europäischen Union erfolgt. Wenn dies nicht der Fall ist, könnte die in den Mitgliedstaaten verbrieftete Vertragsfreiheit, unabhängig davon, auf welcher Ebene diese geschützt ist, dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts⁴⁷⁾ zum Opfer fallen. Eine explizite Gewährleistung der Vertragsfreiheit findet sich indes weder im AEUV noch im EUV. Auch die Grundrechtecharta, die gem. Art. 6 Satz 1 EUV den gleichen Rang wie die Verträge hat, enthält keine ausdrückliche Verankerung der Vertragsfreiheit.

Dies bedeutet gleichwohl nicht, dass die Vertragsfreiheit keinerlei Stütze im EU-Primärrecht findet. Für die im AEUV geregelten Grundfreiheiten, namentlich die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV), ist die gleichzeitige Gewährleistung der Vertragsfreiheit eine notwendige Voraussetzung.⁴⁸⁾ Ohne diese ist eine effektive Ausübung der Grundfreiheiten schlicht undenkbar.⁴⁹⁾ *Bruns*⁵⁰⁾ sieht die Grundlage der Vertragsfreiheit zudem auch in dem heute in Art. 2 AEUV verankerten⁵¹⁾ Demokratieprinzip.

Doch neben den Verträgen selbst könnte auch die Grundrechtecharta zur primärrechtlichen Gewährleistung der Vertragsfreiheit herangezogen werden. Zwar enthält die Charta im Gegensatz zum Grundgesetz keine allgemeine Handlungsfreiheit. Eine solche ist auch nicht in Art. 6 GRCh zu sehen, der in Anlehnung an Art. 5 EMRK⁵²⁾ lediglich die Fortbewegungsfreiheit schützt.⁵³⁾ Jedoch kann die Vertragsfreiheit durchaus auch als Ausprägung der unternehmerischen (Art. 16 GRCh)⁵⁴⁾ und Eigentumsfreiheit (Art. 17 Abs. 1 Satz 1 AEUV) betrachtet werden.⁵⁵⁾ Schließlich ist

sowohl die freie unternehmerische Betätigung nur dann gewährleistet, wenn man selbst entscheiden kann, mit wem man Verträge eingeht, welchen Inhalt diese haben oder ob man überhaupt einen Vertrag schließen möchte. Selbiges gilt im Hinblick auf sein Eigentum, z. B. bei Vermietungen. Insofern kann die Vertragsfreiheit als zwingende Voraussetzung für die Gewährleistung der Grundrechte aus Art. 16 und 17 GRCh betrachtet werden. Mithin enthält auch die Grundrechtecharta eine Gewährleistung der Vertragsfreiheit.⁵⁶⁾

II. Eingriff in die Vertragsfreiheit

Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E ordnet für den Fall des Verkaufs im Rahmen des Pre-pack-Verfahrens wie oben beschrieben die Übertragung von Verträgen, die für den Betrieb des Unternehmens wichtig sind, auf den Käufer an. Hierdurch wird zunächst offensichtlich in die Abschlussfreiheit des Vertragspartners des schuldnerischen Unternehmens eingegriffen. Ihm wird die Entscheidung über seinen Vertragspartner genommen und mit dem neuen Unternehmen ein Vertragspartner aufgezwungen. Hiermit geht auch einher, dass für den übergehenden Vertrag dieselben Vertragsbedingungen wie bisher gelten, so dass indirekt auch die Inhaltsfreiheit betroffen ist. Der Vertragspartner des schuldnerischen Unternehmens wird seiner Entscheidung über einen erneuten Vertragsschluss mit dem Käufer des Unternehmens beraubt. Stattdessen wird ihm aufgegeben, den bisherigen Vertrag zu den gleichen Konditionen mit einer möglicherweise ungewollten Vertragspartei fortzuführen. Hierdurch wird in erheblicher Weise in die Vertragsfreiheit der betroffenen Vertragspartner eingegriffen.

III. Abwägung

Die Vertragsfreiheit hat wie beschrieben nicht nur in den nationalen Rechtsordnungen der Europäischen Union eine heraus-

44) Unbeschadet eines etwaigen verfassungsrechtlichen Schutzes findet sich ein solcher einfachgesetzlicher Schutz z. B. auch in Art. 1255 Código Civil (Spanien) oder in Art. 405 Código Civil (Portugal).

45) Z. B. Art. 40 Abs. 4 Unterabs. 1 Bunreacht na hÉireann [Irische Verfassung], abrufbar unter: <https://www.gov.ie/pdf/?file=https://assets.gov.ie/68737/933d88d2f4b43ac8630f93cbc2399d4.pdf#page=null> (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024).

46) Vgl. *Colombi Ciacchi*, ERCL 2010, 303, 318.

47) Zum Umfang des Anwendungsvorrangs s. *Streinz/Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl., Art. 4 EUV Rz. 35 ff.

48) *Bruns*, JZ 2007, 385, 392; auch *Rittner*, JZ 1990, 838, 841 benennt die „privatautonome Rechtsgestaltung durch die Einzelnen“ als Grundlage des Vorläufers der AEUV.

49) Vgl. *BeckOGK/Herresthal*, 2024, § 311 BGB Rz. 13, der die Privatautonomie und damit die Vertragsfreiheit als „ungeschriebenes Unionsgrundrecht“ ansieht.

50) *Bruns*, JZ 2007, 385, 392.

51) Vor der Neufassung der Verträge Art. 6 EUV a. F.

52) Vgl. Art. 52 Abs. 3 GRCh.

53) *Schmitz*, EuR 2004, 691, 708; *Meyer/Hölscheidt/Bernsdorf*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Art. 6 Rz. 10; a. A. *Calliess/Ruffert/Calliess*, EUV/AEUV, 6. Aufl., Art. 6 GRCh Rz. 11 ff.

54) *BeckOGK/Herresthal* (FuBn. 49), § 311 BGB Rz. 15.

55) *Schwarze*, NZKart 2018, 442, 443.

56) So wohl auch *Bruns*, JZ 2007, 385, 392.

gehobene Position, sondern ist daneben auch durch das Primärrecht der EU besonders geschützt. Der erhebliche Eingriff in die Vertragsfreiheit durch die Vertragsübertragung nach Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E müsste daher sorgfältig begründet werden, um rechtmäßig in die nationalen Insolvenzordnungen übernommen werden zu können. Ob dies bei einem derart intensiven Eingriff in die Vertragsfreiheit überhaupt gelingen kann, ist zumindest mehr als fraglich.

Der Vertragsübertragung schlägt in Deutschland weithin Kritik entgegen.⁵⁷⁾ Es wird hervorgehoben, dass es verschiedene Gründe geben kann, aus denen der Vertragspartner nicht damit einverstanden sein kann, den Vertrag mit dem Käufer fortzuführen, u. a. fehlende Liquidität des Käufers oder die mangelnde Vereinbarkeit von dem Geschäftsmodell des Käufers mit dem eigenen.⁵⁸⁾ Daneben wird darauf hingewiesen, dass die Vertragsübertragung in manchen Branchen dazu führen könnte, dass gebotene Aufsichts- und andere Schutzgesetze übergangen werden.⁵⁹⁾ Dieser faktische Kontrahierungszwang sei mit der grundgesetzlich geschützten Vertragsfreiheit nicht vereinbar.⁶⁰⁾

Dem wird wiederum entgegengehalten, dass eine verfassungskonforme Ausgestaltung der Regelungen durchaus möglich wäre, z. B. über ein Widerspruchsrecht bei Unzumutbarkeit der Vertragsübertragung.⁶¹⁾ Bisher sei ein langwieriger Prozess erforderlich, in dem die zu übertragenden Verträge identifiziert werden und sodann hinsichtlich jeden Vertrags eine Übertragung einzeln ausgehandelt werden müsse.⁶²⁾ Dies werde häufig dazu genutzt, bessere Vertragsbedingungen durchzusetzen.⁶³⁾ Die Vertragsübertragung nach Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E sei ein begrüßenswerter Schritt, um den Verkaufsprozess zu beschleunigen und zu vereinfachen.⁶⁴⁾

Die Vertragsfreiheit hat – nicht nur in der deutschen Rechtsordnung – eine hohe Bedeutung. Sie bildet einen Grundpfeiler des Zivilrechts.⁶⁵⁾ Ist ein Vertrag unter der Ägide der Vertragsfreiheit erstmal geschlossen, sind die Parteien im Gegenzug auch an diesen gebunden (*pacta sunt servanda*).⁶⁶⁾ Gerade diese Bindung an den geschlossenen Vertrag gebietet es, die Vertragsübertragung im Rahmen des Pre-pack-Verfahrens restriktiv auszugestalten, d. h. wie bisher im deutschen Recht weiterhin von der Zustimmung der Vertragspartner des schuldnerischen Unternehmens abhängig zu machen. Die finanzielle Notlage des Unternehmens, die zum Pre-pack-Verfahren geführt hat, stellt eine deutliche Zäsur beim Vollzug des Vertrags dar. Eine ungewollte Vertragsübertragung wie in Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E vorgesehen, würde den Grundsatz der Vertragstreue erheblich ausdehnen. Es würde nicht mehr nur die Vertragstreue gegenüber dem ursprünglichen Vertragspartner gefordert, sondern stattdessen auch gegenüber bei Vertragsschluss noch gänzlich unbekanntem künftigen Vertragspartnern. Hierbei wird zudem übersehen, dass die Vertragsbedingungen im konkreten Fall immer auch ein Ergebnis der Verhandlung zwischen den Vertragsparteien sein können und im Zweifel auch auf den jeweiligen Vertragspartner abgestimmt sind. Daher erscheint eine Nachverhandlung in Anbetracht eines neuen Vertragspartners

sowie veränderter Vertragsumstände (z. B. niedrige Erfüllungswahrscheinlichkeit des Käufers des schuldnerischen Unternehmens) durchaus geboten. Sollte die Übernahme der bisherigen Vertragskonditionen sinnvoll sein, so ist es wahrscheinlich, dass eine Verhandlung mit den Vertragspartnern zu einer solchen auch führt. Eine pauschale Übertragung derselben Bedingungen auf eine andere Vertragspartei in jedem Fall erscheint vor diesem Hintergrund jedoch unbillig. Diese erhebliche Wesensveränderung der Grundsätze des Vertragsrechts kann auch nicht durch die finanzielle Notlage des Unternehmens gerechtfertigt werden, zumal die Konturen der finanziellen Notlage bisher nicht so klar sind, wie im aktuellen deutschen Recht. Auch eine hierdurch begünstigte Unternehmens- und Arbeitsplatzhalterung ist grundsätzlich nicht erstrebenswert, zumindest dann nicht, wenn es sich um nicht tragfähige und unproduktive Geschäftsmodelle bzw. Unternehmen handelt. Das Insolvenzverfahren stellt immer auch einen notwendigen Mechanismus der Marktberaumung dar, der im Idealfall eine innovative Marktwirtschaft sicherstellt.⁶⁷⁾ Dieses Bestreben des Insolvenzrechts würde hierdurch untergraben.⁶⁸⁾ Diese Kritik wird noch da-

57) Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 10/2023, Februar 2023, S. 5, abrufbar unter: https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/Stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2023/stellungnahme-der-brak-2023-10.pdf (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024); VID e. V., Stellungnahme zum Vorschlag, 9. 3. 2023, S. 62, abrufbar unter: <https://www.vid.de/wp-content/uploads/2023/03/VID-Stellungnahme-Harmonisierungs-RL.pdf> (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024); GDV e. V., Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag, 22. 2. 2023, S. 5, abrufbar unter: <https://www.gdv.de/resource/blob/135372/0b7cb2e39c6597904250706b8c6bb40/download-stellungnahme-insolvenzrecht-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024); Vallender, NZI-Beilage 2023, 50, 52; Schug, „Pre-Pack-Verfahren“ – Ein neues Sanierungswerkzeug?, 12. 3. 2024, abrufbar unter: <https://www.roedl.de/themen/sanierungsbrief/2024/01/pre-pack-verfahren-sanierungswerkzeug> (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024).

58) IDW e. V. (Fußn. 12), S. 4; Cranshaw, DZWIR 2023, 621, 628.

59) Deutscher Anwaltverein e. V. (Fußn. 8), S. 17 f.; Die Deutsche Kreditwirtschaft, Stellungnahme zum Entwurf, 9. 11. 2023, S. 9, abrufbar unter: https://die-dk.de/media/files/231110_DK_Stgn_InsO_end.pdf (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024).

60) Forum 270 e. V., Stellungnahme zum EU-Richtlinienentwurf, 20. 3. 2024, S. 8, abrufbar unter: https://public.odcm4allbusiness.de/cm4alluro/W4BOD0AVB3O1/230320-Forum270-EU-Richtlinienentwurf-Stellungnahme.pdf?_=-18736cd6860&cdp=a (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024); Herweg/Borties/Wirth/Holze, EU-Richtlinienentwurf zur Harmonisierung des Insolvenzrechts, 13. 11. 2023, abrufbar unter: <https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/viewContent.action?key=Ec8tea9VaoKnhD79vtozV7eOOGbnAEFKLORC72fHz0%2BNbpi2jDfaB8lgiFY1JAvAaah9lF3dzoxprWhl6w%3D%3D&nav=FRbANeucS95NMLRN47z%2BeeOgEFC18EGQ0qfFoEM4UR4%3D&emailtofriendview=true&freviewlink=true> (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024).

61) Distressed Ladies – Women in Restructuring e. V., Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag, 28. 3. 2023, S. 6, abrufbar unter: https://www.distressed-ladies.com/downloads/Stellungnahme-der-DL-zum-RL-Vorschlag_28.02.2023.pdf (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024); Brünkmans, ZIP 2024, 265, 270.

62) Distressed Ladies – Women in Restructuring e. V. (Fußn. 61), S. 6.

63) Hoegen, NZI-Beilage 2023, 61, 65; Brünkmans, ZIP 2023, 2547, 2553.

64) Distressed Ladies – Women in Restructuring e. V. (Fußn. 61), S. 6; Brünkmans, ZIP 2024, 265, 270; Brünkmans, ZIP 2023, 2547, 2553 (mit Ausnahme von Arbeitsverhältnissen); Hoegen, NZI-Beilage 2023, 61, 65 (mit Ausnahme von Vertragsverhältnissen mit aufsichtsrechtlichen oder ähnlichen Anforderungen).

65) Cloy/Loschelder/Dankwerts/Leistner/Facius/Loschelder (Fußn. 22), § 14 Rz. 20.

66) Grundsatz der Vertragstreue, s. Arnold, NZI-Beilage 2019, 49.

67) Sämisch, ZRI 2023, 93, 99; im Detail Sämisch, ZRI 2022, 575.

68) In Bezug auf das Pre-pack insgesamt BKS e. V., Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag, 19. 6. 2023, S. 2, abrufbar unter: https://bks-ev.de/wp-content/uploads/2023/08/BKS-Stellungnahme_zur_Harmonisierung-des-InsolvenzR_Juni2023.pdf (zuletzt abgerufen am 1. 4. 2024).

durch verstärkt, dass das Pre-pack-Verfahren in erheblichem Maße missbrauchsanfällig ist (sog. „Phoenixing“).⁶⁹⁾ Dieser Missbrauchsgefahr werden die Vertragspartner im Falle der Vertragsübertragung gem. Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E ausgesetzt, ohne dass sie dies verhindern können. Auch deshalb stellt sich die weitreichende Vertragsübertragung ohne Zustimmungserfordernis als unverhältnismäßig dar.

Für den arglistigen Strategen bietet dieser Kontrahierungszwang einerseits ein erhebliches Missbrauchspotential. Andererseits zwingt es den Vertragspartner ggf. zu Change-of-Control-Klauseln für den Fall der zwanghaften Vertragsübernahme.⁷⁰⁾ Für den Vertragspartner gibt es neben der Ausnahme der bisher vorgesehenen Ausnahme des Art. 27 Abs. 1 Satz 3 HarmRL-E diverse weitere Gründe, den Wechsel des Vertragspartners abzulehnen. Es ist beispielsweise nicht hinnehmbar, dass Arbeitnehmer durch Vertragsgestaltung nunmehr über Umwege einen neuen Arbeitgeber haben, der nicht tarifreu ist, oder sich ein Vertragspartner völlig unvermittelt für den Käufer des schuldnerischen Unternehmens geltenden Rechtsvorschriften wie z. B. dem Lieferkettengesetz ausgesetzt sieht, die das schuldnerische Unternehmen bisher nicht befolgen musste.

Zwar ist die bisherige Übertragung der Verträge im Wege der übertragenden Sanierung mit viel Zeit- und Arbeitsaufwand verbunden. Die Vereinfachung des Verfahrens und die Zeitersparung, die eine Vertragsübertragung i. S. d. Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E bieten, müssen jedoch hinter den erheblichen Nachteilen zurückstehen. Die Vertragspartner des schuldnerischen Unternehmens haben ein grundrechtlich geschütztes Interesse an der Auswahl ihres Vertragspartners, welche durch die Regelung des Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E nicht gewährleistet wird. Auch ihr Interesse an einer Nachverhandlung der Vertragskonditionen ist keinesfalls als verwerflich einzustufen, sondern vor dem Hintergrund des neuen Vertragspartners und der besonderen Situation durchaus gerechtfertigt. Der Eingriff in die Vertragsfreiheit ist daher nicht gerechtfertigt.

D. Fazit

Die Vertragsfreiheit ist ein in der gesamten Europäischen Union gewährleistetetes, tragendes Prinzip im Zivilrecht. Sie wird durch die Regelung zur Vertragsübertragung nach Art. 27 Abs. 1 HarmRL-E erheblichen Maße beeinträchtigt. Den Vertragspartnern des schuldnerischen Unternehmens wird mit dem Käufer eine neue Ver-

tragspartei vorgesetzt, deren Auswahl sie nicht beeinflussen konnten. Sie werden hinsichtlich des Käufers einem faktischen Kontrahierungszwang unterworfen, wobei ihnen selbst die Vertragskonditionen vorgeschrieben sind. Dieser erhebliche Eingriff dient einzig dem erleichterten Verkauf des Unternehmens. Ob dieser im Rahmen einer wettbewerbsorientierten Marktwirtschaft sinnvoll ist, wird indes nicht hinterfragt. Dem erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit steht damit der zweifelhafte Zweck der Vertragsübertragung und des Pre-pack-Verfahrens insgesamt gegenüber, der einen derart erheblichen Eingriff jedoch nicht zu rechtfertigen vermag.

Weiter ist grundsätzlich zu hinterfragen, ob die vorgeschlagenen Regelungen die Kapitalmarktunion überhaupt voranbringen und den grenzüberschreitenden Kapitalfluss fördern. Im Gegenteil dürfte die Sicherheit der Investition in einem funktionierenden System wie in Deutschland den Kapitalfluss stärker begünstigen. Wenn beispielsweise ein deutscher oder französischer Vertragspartner in Spanien mit einem chinesischen Übernehmer als Vertragspartner wiederfindet, den er eigentlich ablehnt, kann dies die Kapitalmarktunion erschweren und ein Investitionshindernis darstellen. Jedenfalls aus deutscher Sicht bedarf es eines solchen Verfahrens nicht. Übertragende Sanierungen – auch solche, die vor der Eröffnung vorbereitet werden – sind nach allgemeinem Insolvenzrecht ohne Weiteres zulässig. Regelmäßig ist der spätere Insolvenzverwalter in seiner Rechtsstellung als vorläufiger Verwalter eingebunden. Im Übrigen bietet das Schutzschirmverfahren unter Ausnutzung des Insolvenzgeldes und unter Einbindung der Gläubiger sowie unter Aufsicht des Gerichtes nach Eröffnung eines Verfahrens bereits ein rechtssicheres, effektives und funktionierendes System. Gleiches gilt für einen Restrukturierungsplan nach dem StaRUG. Beide verlangen zudem den klar bestimmaren Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Auch aus diesen Gründen erscheint die Einführung des Pre-pack-Verfahrens, insbesondere aber der Vertragsübertragung, zweifelhaft. Es wäre daher begrüßenswert, wenn zumindest der Verzicht auf das Zustimmungserfordernis bei der Vertragsübertragung gem. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 HarmRL-E ersatzlos gestrichen würde.

69) *Sämisch*, ZRI 2023, 93, 99 f.

70) Für die Unzulässigkeit solcher Klauseln plädierend *Brückmans*, ZIP 2024, 265, 270.