

ZInsO-Aufsätze

Ärger im Paradies? – Wie eine sinnvolle Harmonisierung des Insolvenzrechts funktionieren kann

von Henning Sämisch* und Dominik Noffz**

Die europäische Harmonisierung des Insolvenzrechts läuft auf Hochtouren. Nachdem sich die EU zunächst mit der Restrukturierungsrichtlinie vortastete, legte sie zuletzt einen für die nationalen Insolvenzrechtsordnungen weitaus einschneidenderen Vorschlag vor. Legitimation findet die Harmonisierung des Insolvenzrechts laut der EU in der Kapitalmarktunion. Hiergegen formierte sich zuletzt Widerstand, der die Rechtfertigung für die weitere Harmonisierung grds. infrage stellt. Angesichts des ehrgeizigen Ziels eines unionsweit vollständig harmonisierten Insolvenzrechts ist diese Frage nicht unerheblich und wird im Folgenden zum Anlass genommen, die Rechtfertigung der Harmonisierung näher zu untersuchen und anhand des Befundes Ableitungen für die weitere Harmonisierung zu formulieren.

I. Einleitung

Die EU arbeitet mittlerweile mit Hochdruck daran, den schon länger gehegten Traum¹ eines harmonisierten Insolvenzrechts Wirklichkeit werden zu lassen. In einem ersten Schritt wurde durch die Restrukturierungsrichtlinie² u.a. ein vorinsolvenzlicher Restrukturierungsrahmen geschaffen. Nachdem diese mittlerweile in nationales Recht umgesetzt werden musste,³ hat sich der europäische Gesetzgeber an den nächsten Schritt gewagt. Der neue Entwurf der Harmonisierungsrichtlinie⁴ sieht insbesondere ein verwalterloses Verfahren (Art. 38 – 57 HarmRL-E), verbindliche Mindestanforderungen an die Anfechtungsregelungen (Art. 4 ff. HarmRL-E) sowie ein Verfahren für den vereinfachten Verkauf des schuldnerischen Unternehmens (Pre-pack-Verfahren, Art. 19 ff. HarmRL-E) vor. Der europäische Gesetzgeber wagt sich hierdurch weit in die nationalen Insolvenzrechtsordnungen vor. Es lässt sich erahnen, dass die Harmonisierung des Insolvenzrechts eine hohe Priorität hat und schnellstmöglich vorangetrieben werden soll. Angesichts massiver Auswirkungen auf das deutsche Insolvenzrecht sowie das zügige Vorschreiten der Harmonisierung, regt sich seitens verschiedener Verbände in Deutschland Widerstand.⁵ Sie ziehen die bereits seit Langem vorgebrachte Behauptung, die Harmonisierung stärke den freien Kapitalverkehr und fördere grenzüberschreitende Investitionen,⁶ in Zweifel und argumentieren, eine weitere Harmonisierung sei unter dem Gesichtspunkt EU-Kapitalmarktes überhaupt nicht erforderlich.⁷ Dies rechtfertigt, die bisherige und zukünftige Harmonisierung auf den Prüfstand zu stellen. Im Folgenden soll daher kurz die Geschichte der Harmonisierung resümiert, die Gründe für eine Harmonisierung untersucht und die künftige Harmonisierung kritisch beurteilt werden.

II. Geschichte der Harmonisierung des Insolvenzrechts

Der Harmonisierung des materiellen Insolvenzrechts geht zunächst der Erlass der EuInsVO im Jahr 2000⁸ voraus. Hierdurch wurde das formelle Insolvenzrecht europäisch harmonisiert. Es regelte insbesondere die Zuständigkeiten unter den Mitgliedstaaten für Insolvenzverfahren, die gegenseitige Anerkennung sowie das auf Insolvenzverfahren anwendbare Recht. Die Harmonisierung des materiellen Insolvenzrechts begann sodann erst 10 Jahre später mit der Aufstellung der

Strategie Europa 2020,⁹ die sich zum Ziel setzte den Zugang von kleinen und mittleren Unternehmen zum Binnenmarkt zu

* Henning Sämisch ist Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter, SHNF in Hamburg; diesen Aufsatz widme ich meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Gert Nicolaysen (†), u.A. Autor des Lehrbuchs Europarecht II, Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, 1. Aufl. 1996.

** Dominik Noffz ist Dipl.-Jur. und Wissenschaftlicher Mitarbeiter, SHNF in Hamburg.

1 Zur Geschichte der Harmonisierung des Insolvenzrechts s.u. unter II.

2 RL (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlamentes und des Rates über präventive Restrukturierungsmaßnahmen, über Entschuldung sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl. der EU 2019, Nr. L 172/18; im Folgenden Restrukturierungsrichtlinie.

3 Z.B. durch das SanInsFoG; Zur Umsetzung in den Mitgliedstaaten s. auch Ehret, in: Schultze & Braun GmbH (Hrsg.), Insolvenzrecht und Unternehmenssanierung – Jahrbuch 2022, Dezember 2021, S. 20 ff.

4 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts, 7.12.2022, COM(2022) 702 final, 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: 28.10.2024), im Folgenden HarmRL-E.

5 *Verbändeinitiative*, Keine Notwendigkeit einer umfassenden Harmonisierung des Insolvenzrechts zur Fortentwicklung des EU-Kapitalmarkts, 2.7.2024, abrufbar unter: https://www.vid.de/wp-content/uploads/2024/07/240702_Verbaendeinitiative_final.pdf (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024); die Verbändeinitiative besteht aus dem Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen (BGA), Deutschen Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband), der Deutschen Kreditwirtschaft, dem Deutschen Raiffeisenverband (DRV), Handelsverband Deutschland (HDE), dem Mittelstandsverband (ZGV), sowie dem Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID).

6 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts, 7.12.2022, COM(2022) 702 final, 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: 28.10.2024).

7 *Verbändeinitiative*, Keine Notwendigkeit einer umfassenden Harmonisierung des Insolvenzrechts zur Fortentwicklung des EU-Kapitalmarkts, 2.7.2024, abrufbar unter: https://www.vid.de/wp-content/uploads/2024/07/240702_Verbaendeinitiative_final.pdf (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 2.

8 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates v. 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl. der EG 2000, Nr. L160/1; mittlerweile neugefasst durch die Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 20.5.2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung), ABl. der EU 2015, Nr. L 141/19.

9 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission – Europa 2020: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, 3.3.2010, KOM(2010) 2020 endgültig, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20%20DE%20SG-2010-80021-06-00-DE-TRA-00.pdf> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).

21 % aller Mittelständler fallen die gestiegenen Kosten finanziell kaum bzw. gar nicht ins Gewicht – selbst wenn diese dauerhaft so hoch blieben.“

Der Königsweg dieser Belastung ist eine Erhöhung der Angebotspreise. Bei der Analyse der KfW sprechen 39 % davon, die Preise für ihre Produkte und Dienstleistungen erhöht zu haben. Bei der Creditreform Mittelstandsbefragung sind es 30,6 %, die ihre Preise erhöht haben. Im Zuge der nachlassenden Inflation sind auch die Aussagen zu weiteren Preissteigerungen moderat: 29,9 % wollen noch einmal an der Preisschraube drehen, aber 61,9 % die Preise stabil halten (sinkend: 6,9 %). Auf die gestiegenen Energiepreise reagieren laut KfW 20 % der Befragten mit einer Steigerung der Energieeffizienz bzw. der Ressourceneffizienz (14 %).

Flüssig bleiben

Eine weitere wichtige Rolle beim Bemühen um Stabilität des Unternehmens angesichts multipler Krisen spielt die Liquiditätsplanung. Ein Baustein zum Erhalt und Ausbau der Liquidität ist das Forcieren eines pünktlichen Zahlungseinganges. Bei den Forderungslaufzeiten zeigen sich jedoch gewisse Krisensignale. Wenn auch die meisten Rechnungen pünktlich innerhalb von 30 Tagen durch die Kunden beglichen werden, so ist doch eine leichte Verschlechterung zu registrieren. Waren im Vorjahr noch 92,3 % der Forderungen innerhalb eines Monats beglichen, so sind es im Herbst 2024 nur noch 89,0 %. Auch bei den längeren Forderungslaufzeiten von bis zu 60 bzw. 90 Tagen gibt es Zunahmen von 6,0 auf 8,7 bzw. von 0,7 auf 1,5 %. Am Ende langer Forderungslaufzeiten steht oft der Forderungsverlust. Hatten im Vorjahr noch 34,4 % der KMU angegeben, keine Forderungsverluste zu erleiden, so sind es in diesem Herbst nur noch 28,2 %.

An dieser Stelle seien angesichts der Krisen gerade für Mittelständler im Hinblick auf die Finanzierung die wichtigsten Bausteine und ihre Lösung in Stichworten aufgeführt.

Finanzierungsprobleme mittelständischer Unternehmen können vielfältige Ursachen und Auswirkungen haben. Hier sind einige der häufigsten Herausforderungen:

- **Zugang zu Kapital:** Viele mittelständische Unternehmen haben Schwierigkeiten, Kredite von Banken zu erhalten – insbesondere, wenn sie nicht über ausreichende Sicherheiten verfügen oder eine unzureichende Bonität aufweisen.
- **Bürokratische Hürden:** Die Antragstellung für Fördermittel oder Kredite kann komplex und zeitaufwendig sein, was Ressourcen bindet und den Zugang erschwert.
- **Hohe Kosten:** Die Kosten für Fremdkapital können für kleinere Unternehmen höher sein, da sie als risikoreicher angesehen werden.
- **Mangelnde Eigenkapitalquote:** Unternehmen mit niedriger Eigenkapitalquote haben es schwerer, finanzielle Stabilität zu demonstrieren, was die Kreditaufnahme erschwert.
- **Unzureichende Finanzplanung:** Eine mangelnde strategische Finanzplanung kann zu Liquiditätsengpässen führen, die das Wachstum und die Investitionsfähigkeit beeinträchtigen.
- **Marktveränderungen:** Wirtschaftliche Unsicherheiten, wie z. B. Inflation oder eine sich verändernde Nachfrage, können die finanzielle Situation belasten und die Planbarkeit verringern.
- **Technologische Investitionen:** Mittelständler benötigen oft Kapital für digitale Transformationen oder neue Technologien, haben aber Schwierigkeiten, dieses zu beschaffen.
- **Nachfolgeproblematik:** In vielen Fällen stehen Unternehmen vor der Herausforderung, geeignete Nachfolger zu finden, was sich auf die Finanzierung und den langfristigen Erfolg auswirken kann.

Um diesen Herausforderungen zu begegnen, können Unternehmen verschiedene Strategien in Betracht ziehen, wie z. B. die Diversifizierung ihrer Finanzierungsmöglichkeiten (z. B. durch Crowdfunding oder Beteiligungskapital), die Zusammenarbeit mit Förderbanken oder das Einholen von Beratung zur Verbesserung ihrer Finanzstruktur.

Veranstaltungsumschau

Wolters Kluwer Online

Wenn Sie Kunde des Heymanns Insolvenzrecht Premium Moduls auf Wolters Kluwer Online sind, können Sie an mind. 12 kostenfreien Onlineseminaren im Jahr teilnehmen (§ 15 FAO / GOI). Die nächsten Onlineseminare:

Aktuelle Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Insolvenzrecht

Termin: 10.12.2024

Referent: RiBGH Dr. Volker Schultz

Hier können Sie sich über einen kostenfreien Test sowie die Online-Seminare im Modul Insolvenzrecht Premium informieren: <https://shop.wolterskluwer-online.de/insolvenzrecht/08254154/>
<https://research.wolterskluwer-online.de/seminare>

Pressespiegel aus den Regionen

12.11.2024

Bonn:

Kanzlei ECKERT begleitet mit Team um Dr. Mark Boddenberg und Michael Schütte die Katholische Jugendagentur Bonn gGmbH ins Schutzschirmverfahren

ECKERT Rechtsanwälte begleiten die Katholische Jugendagentur Bonn gGmbH (KJA Bonn) im Sanierungsprozess. Für die

KJA Bonn wurde heute bei dem zuständigen Amtsgericht Bonn ein Antrag auf Durchführung eines Schutzschirmverfahrens gestellt. Als Generalhandlungsbevollmächtigte führen Dr. Mark Boddenberg und Michael Schütte mit Ihrem Restrukturierungs-Team die Organisation durch das Verfahren. Das wirtschaftlich angeschlagene Unternehmen soll bei laufendem Betrieb zukunftssicher aufgestellt werden. Die Betreuung der Kinder und Jugendlichen läuft vollumfänglich weiter, Löhne und Gehälter der Mitarbeiter sind im Rahmen des vorläufigen Verfahrens gesichert.

erleichtern, auch durch Vereinfachung des Insolvenzrechts.¹⁰ Im darauffolgenden Jahr begründete das Parlament erstmals die Zweckhaftigkeit der Harmonisierung, indem es argumentierte, dass das uneinheitliche Insolvenzrecht grenzüberschreitend tätigen Unternehmen Schwierigkeiten bereitet und das sog. Forum Shopping begünstigt.¹¹ Obwohl es eine Harmonisierung bestimmter Bereiche des Insolvenzrechts für sinnvoll erachtete, erklärte es gleichzeitig, dass ein vollharmonisiertes Insolvenzrecht nicht möglich sei.¹² Das Parlament empfahl daher die Harmonisierung der Insolvenzeröffnung, der Forderungsanmeldung, des Anfechtungsrechts, der Qualifikation und Tätigkeit des Verwalters sowie von Restrukturierungsplänen.¹³

Diese Empfehlung griff die Kommission zunächst in einer Mitteilung v. 3.10.2012 auf, in der sie als Ziele der Harmonisierung ein „modernes Insolvenzrecht“, die Enttabuisierung des Scheiterns und die Steigerung der Effizienz von Insolvenzverfahren setzte.¹⁴ Dieser Vorschlag wurde 2 Monate später konkretisiert.¹⁵ So wurden u.a. eine Verkürzung der Entschuldungsfristen,¹⁶ ein Eilverfahren für „redliche Insolvenzen“¹⁷ sowie eine Angleichung der Insolvenzantragsfristen¹⁸ ins Auge gefasst.

Im Jahr 2014 folgte eine Empfehlung der Kommission mit konkreten Vorschlägen zu der verpflichtenden Einführung eines präventiven Restrukturierungsrahmens sowie einer Begrenzung der Entschuldungsfrist auf 3 Jahre,¹⁹ deren Umsetzung den Mitgliedstaaten indes freigestellt war.²⁰ In den beiden darauffolgenden Jahren bewertete die Kommission die Umsetzung der Empfehlung, musste jedoch feststellen, dass eine Umsetzung nur teilweise erfolgte, sodass die gewünschte Wirkung nicht erzielt werden konnte.²¹ Aus diesem Grund hat die Europäische Kommission daraufhin die Umsetzung der bereits 2014 empfohlenen Regelungen durch eine Richtlinie vorgeschlagen,²² welche im Jahr 2019 verabschiedet wurde.²³ Nachdem die Umsetzungsfrist²⁴ nunmehr abgelaufen ist,²⁵ veröffentlichte die Kommission im Jahr 2022 ihren neuesten Vorschlag zur Harmonisierung,²⁶ der sich zzt. im Gesetzgebungsverfahren befindet.²⁷

III. Begründung der Harmonisierung

Während die EuInsVO sicherstellen soll, dass konkurrierende Insolvenzverfahren vermieden und durchgeführte Insolvenzverfahren von allen anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden und sich daher auf Art. 81 AEUV stützt,²⁸ greift der europäische Gesetzgeber für die Harmonisierung des materiellen Insolvenzrechts auf Art. 114 AEUV zurück, der eine weit ausgestaltete Gesetzgebungskompetenz für Regelungsmaterien begründet, die bei Angleichung einen positiven Effekt auf den

- 10 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission – Europa 2020: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, 3.3.2010, KOM(2010) 2020 endgültig, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20%20DE%20SG-2010-80021-06-00-DE-TRA-00.pdf> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 25.
- 11 Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zu Insolvenzverfahren im Rahmen des EU-Gesellschaftsrechts, 15.11.2011, ABl. der EU 2013, Nr. C 153 E/1, Erwägung A.
- 12 Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zu Insolvenzverfahren im Rahmen des EU-Gesellschaftsrechts, 15.11.2011, ABl. der EU 2013, Nr. C 153 E/1, Erwägung C.
- 13 Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zu Insolvenzverfahren im Rahmen des EU-Gesellschaftsrechts, 15.11.2011, ABl. der EU 2013, Nr. C 153 E/1, Anl. Teil 1.
- 14 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Binnenmarktakte II, Gemeinsam für neues Wachstum, 3.10.2012, COM(2012) 573 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0573> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), Leitaktion 7.
- 15 EU-Kommission, Mitteilung – Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen, 12.12.2012, COM(2012) 742 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0742> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).

- 16 EU-Kommission, Mitteilung – Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen, 12.12.2012, COM(2012) 742 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0742> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 6.
- 17 EU-Kommission, Mitteilung – Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen, 12.12.2012, COM(2012) 742 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0742> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 6 f.
- 18 EU-Kommission, Mitteilung – Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen, 12.12.2012, COM(2012) 742 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0742> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 7.
- 19 EU-Kommission, Empfehlung v. 12.3.2014 für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen, 12.3.2014, ABl. der EU 2014 Nr. L 74/65, Erwägungsgrund 4.
- 20 Art. 288 AEUV; zur Bedeutung von Empfehlungen *Kalss/Klampff*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, 60. Erg. Lfg. Februar 2024, Kap. E Rn. 37.
- 21 EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der RL 2012/30/EU, 22.11.2016, COM(2016) 723 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0723> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 9.
- 22 EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der RL 2012/30/EU, 22.11.2016, COM(2016) 723 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0723> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).
- 23 RL (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlamentes und des Rates über präventive Restrukturierungsmaßnahmen, über Entschuldung sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl. der EU 2019, Nr. L 172/18.
- 24 Art. 34 Restrukturierungsrichtlinie.
- 25 Erste Studienergebnisse weisen darauf hin, dass die Einführung eines präventiven Restrukturierungsrahmens die Finanzierungskosten für Fremdkapital sowie Investitionsentscheidungen negativ beeinflusst habe, da die Restrukturierung zusätzliche Risiken für Gläubiger begründe, s. *Closset/Großmann/Kaserer/Urban*, Journal of Banking and Finance 149 (2023), Art. 106756, S. 13.
- 26 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts, 7.12.2022, COM(2022) 702 final, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8adac6c-76e9-11ed-9887-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF, (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).
- 27 Stand des Gesetzgebungsverfahrens sowie abgegebene Stellungnahmen abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/HIS/?uri=CELEX:3A52022PC0702> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).
- 28 Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2015 über Insolvenzverfahren, ABl. der EU 2015, Nr. L 141/19, Erwägungsgrund 3, 6.

gemeinsamen europäischen Binnenmarkt herbeiführen.²⁹ Entscheidend ist daher die Bedeutung des Insolvenzrechts für den Binnenmarkt.

1. Kapitalmarktunion und ihre Rechtfertigung für die Harmonisierung

Im Jahr 2014 hat der zuvor zum nachfolgenden Kommissionspräsidenten gewählte Jean-Claude Juncker, das Ziel ausgerufen, eine europäische Kapitalmarktunion zu schaffen.³⁰ Gemeint war und ist damit ein gemeinsamer Markt ohne Hindernisse, der den freien Fluss von Kapital innerhalb der EU ermöglicht.³¹ Die Harmonisierung des Insolvenzrechts wurde erstmals mit dem Aktionsplan v. 30.9.2015 als Schritt zur Schaffung einer Kapitalmarktunion postuliert. Es wurde wie bereits zuvor³² herausgestellt, dass die divergierenden nationalen Insolvenzrechtsregime eine erhebliche Rechtsunsicherheit für Kapitalgeber begründen und die Bewertung des Kreditrisikos erschweren.³³ Seitdem ist die Harmonisierung des Insolvenzrechts mit dem Ziel der Kapitalmarktunion verbunden.³⁴ Diese Verknüpfung wurde vor Kurzem von verschiedenen Verbänden deutscher Unternehmen, Kreditinstitute sowie Insolvenzverwalter gemeinsam infrage gestellt, wobei resümiert wurde, dass die „Vollendung des europäischen Kapitalmarkt“ keine vollumfängliche Harmonisierung des Insolvenzrechts erfordert.³⁵

Die Europäische Kommission argumentiert, dass die Diskrepanzen zwischen den nationalen Insolvenzrechtsordnungen Unsicherheiten bei der Einschätzung von Investitionsrisiken begründen und zu erheblich abweichenden Rückzahlungsquoten für die Gläubiger führen.³⁶ Insbesondere grenzüberschreitende Investitionen seien von einer Rechtsunsicherheit geprägt, die diese erschweren und u.U. verhindern.³⁷ Hierdurch werden ausländische Kapitalgeber benachteiligt.³⁸ Dies führt wiederum dazu, dass vor allem kleine und mittlere Unternehmen einen ungleichen Zugang zu Finanzmitteln haben.³⁹ Da dies den freien Kapitalfluss hindert, erscheint nach der Argumentation des Europäischen Gesetzgebers eine Harmonisierung des Insolvenzrechts durchaus angezeigt, sofern eine Kapitalmarktunion ernstlich angestrebt wird.

Teilweise wird kritisiert, dass die Europäische Kommission Ihre Ansicht, die Investitionsentscheidungen von Kapitalgebern werden maßgeblich durch das Insolvenzrecht geprägt, nicht durch empirische Belege stützt.⁴⁰ Dies wirft die Frage auf, ob die Argumentation der Kommission fundiert ist oder keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Relevanz für den Binnenmarkt existieren mit der Folge, dass auch die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 114 AEUV fraglich wäre. Tatsächlich sind Quellenangaben in den Kommunikés der Kommission rar gesät. Jedoch nimmt die Kommission durchaus Bezug auf eine vom Europäischen Parlament in Auftrag gegebene Studie⁴¹ zur Harmonisierung des Insolvenzrechts, die feststellt, dass eine Harmonisierung des Insolvenzrechts zur Effektivierung der Abwicklung und Sanierung von Unternehmen führen kann und daher lohnenswert ist.^{42, 43} Mit dem Impact Assessment Report v. 7.12.2022⁴⁴ hat die Kommission ihre Argumenta-

tion anhand aussagekräftiger und fundierter Belege untermauert. Dass die Ausgestaltung des Insolvenzrechts für die Bewertung des Risikos grenzüberschreitender Investition nicht ohne Belang ist, ist auch durchaus schlüssig. Gerade die Vorhersehbarkeit der Verfahrensregeln und der Insol-

- 29 Näher zu den Voraussetzungen des Art. 114 Abs. 1 AEUV Calliess/Ruffert/Korte, EUV/AEUV, Art. 114 AEUV Rn. 21 ff.
- 30 Juncker, Ein neuer Start für Europa: Meine Agenda für Jobs, Wachstum, Fairness und demokratischen Wandel, 15.7.2014, abrufbar unter: https://www.europa-union-bochum.de/wp-content/Juncker_Programm_de.pdf (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 7.
- 31 EU, What is the capital markets union?, abrufbar unter: https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/capital-markets-union/what-capital-markets-union_en?prefLang=de&ettrans=de (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).
- 32 S.o. unter II.
- 33 Europäische Kommission, Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion, 30.9.2015, COM(2015) 468 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0468&qid> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 28.
- 34 So auch Vallender, NZI-Beilage 2023, 50; Wessels, in: Boon/Koster/Vriese-dorp, Implementation of the EU Preventive Restructuring Directive, 2023, S. 2.
- 35 Verbändeinitiative, Keine Notwendigkeit einer umfassenden Harmonisierung des Insolvenzrechts zur Fortentwicklung des EU-Kapitalmarkts, 2.7.2024, abrufbar unter: https://www.vid.de/wp-content/uploads/2024/07/240702_Verbaendeinitiative_final.pdf (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).
- 36 EU-Kommission, Empfehlung v. 12.3.2014 für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen, ABl. der EU 2014, Nr. L 74/65, Erwägungsgrund 4.
- 37 EU-Kommission, Empfehlung v. 12.3.2014 für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen, ABl. der EU 2014, Nr. L 74/65, Erwägungsgrund 4; so zuletzt auch Draghi, The future of European competitiveness, Part B In-depth analysis and recommendations, 9.9.2024, abrufbar unter: https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness_%20In-depth%20analysis%20and%20recommendations_0.pdf (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 293.
- 38 EU-Kommission, Mitteilung – Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen, 12.12.2012, COM(2012) 742 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0742> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 8.
- 39 EU-Kommission, Empfehlung v. 12.3.2014 für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen, ABl. der EU 2014, Nr. L 74/65, Erwägungsgrund 4.
- 40 Diese Annahme deshalb in Zweifel ziehend Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID e.V.), Stellungnahme des VID zur Initiative der Europäischen Kommission „Insolvenzrecht – stärkere Konvergenz der nationalen Rechtsvorschriften zur Förderung grenzüberschreitender Investitionen“, 9.12.2020, abrufbar unter: <https://www.vid.de/wp-content/uploads/2020/12/VID-Stellungnahme-zur-Initiative-der-EU-Kommission-zum-Insolvenzrecht.pdf> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 2.
- 41 INSOL Europe, Harmonisation of insolvency law at EU level, 2010, abrufbar unter: https://www.insol-europe.org/uploads/files/documents/INSOLVENCY_REPORT_TO_EP_FINAL_WEBSITE_VERSION.pdf (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).
- 42 INSOL Europe, Harmonisation of insolvency law at EU level, 2010, abrufbar unter: https://www.insol-euro-pe.org/uploads/files/documents/INSOLVENCY_REPORT_TO_EP_FINAL_WEBSITE_VERSION.pdf (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 26 f.
- 43 EU-Kommission, Mitteilung – Ein neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen, 12.12.2012, COM(2012) 742 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0742> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 4.
- 44 Europäische Kommission, Impact Assessment Report, 7.12.2022, SWD (2022) 395 final, abrufbar unter: eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0395 (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).

venzquote ist durchaus ein entscheidender Faktor bei Investitionsentscheidungen.⁴⁵ Sofern die Verfahrensvorschriften, z.B. die Fristen für die Forderungsanmeldung, europaweit einheitlich ausgestaltet und daher für die Investoren leicht absehbar sind, sodass eine Rückgewinnung des eingebrachten Kapitals ohne Verfahrenshindernisse umgesetzt werden kann, sind Kapitalgeber durchaus geneigter, Investitionen zu tätigen. Gleiches gilt, wenn es aufgrund eines starken Insolvenzrechts, z.B. durch ein dezidiertes Anfechtungsrecht wahrscheinlich ist, dass durchschnittlich ein Großteil des investierten Kapitals an die Gläubiger zurückfließt. Zudem sinkt bei den Gläubigern der Kostenaufwand für die rechtliche Due Diligence, sodass sich die Transaktionskosten für grenzüberschreitende Kapitalflüsse verringern. Ein einheitlicher Kapitalmarkt sollte daher im Idealfall mit einem einheitlichen Insolvenzrecht ausgestattet sein, um Hindernisse bei grenzüberschreitenden Investitionen abzubauen.⁴⁶ Abschließend gilt, dass Investitionen immer dorthin fließen, wo die beste Rendite erwirtschaftet wird. Dabei sind Insolvenzrechtsregime aber nur ein Faktor.

2. Schutzniveau eines harmonisierten Insolvenzrechts

Nachdem festgestellt werden kann, dass die Harmonisierung von Insolvenzrecht innerhalb der EU einen positiven Effekt auf grenzüberschreitende Investitionen hat,⁴⁷ stellt sich denklogisch die Frage, auf welchem Standard das Insolvenzrecht harmonisiert werden sollte. Einen wissenschaftlichen Konsens, welches Insolvenzrecht die meisten Hindernisse für grenzüberschreitende Investitionen beseitigt gibt es bisher nicht.⁴⁸ Es liegt indes auf der Hand, dass Investoren ein berechtigtes Interesse daran haben, eingebrachtes Kapital zu schützen und im Fall einer Insolvenz größtenteils wiederzuerlangen. Die EU möchte sich dabei an den nationalen Insolvenzrechtsordnungen orientieren, die „gut funktionieren“.⁴⁹ Ein Anhaltspunkt für die Funktionsfähigkeit nationaler Insolvenzrechtsregime bietet der Doing Business Report der Weltbank,⁵⁰ der die Effizienz und Ergebnisse des Insolvenzverfahrens bewertet. Mit Finnland ist dabei ein Mitgliedstaat der EU auf dem ersten Platz.⁵¹ Die nächstbesseren platzierten Mitgliedstaaten sind Deutschland, Dänemark und die Niederlande.⁵² Die Rangfolge in den einzelnen Bewertungskategorien stellt sich dagegen divers dar. So stellt Deutschland z.B. das stärkste insolvenzrechtliche Rahmenwerk, wohingegen Finnland die durchschnittlich höchste Insolvenzquote bietet.⁵³ Irland dagegen bildet den Spitzenreiter bei der Verfahrensdauer, während Finnland, die Niederlande und Belgien die günstigsten Insolvenzverfahren bieten.⁵⁴ Die Gläubigerinteressen gebieten es, insbesondere die Stärke des insolvenzrechtlichen Rahmenwerks sowie die Rückzahlungsquote in den Mittelpunkt der Harmonisierung zu stellen.

Der europäische Gesetzgeber tut gut daran, sich am Baukasten der nationalen Insolvenzrechtsregime zu orientieren und die funktionsfähigsten InsO zur Grundlage seiner Harmonisierung zu machen. Dies bedeutet insbesondere auch vor dem Hintergrund der Gläubigerinteressen ein hohes Schutzniveau, was auch dem ausdrücklichen Ziel der Kommission, die Rückzahlungsquoten für Gläubiger zu erhöhen,⁵⁵ entspricht.

IV. Schlussfolgerungen für die weitere Harmonisierung

Auch wenn, die zuletzt aus Regierungskreisen geäußerte Überlegung, eine Harmonisierung auf zweitbestem Niveau sei besser als ein europaweit uneinheitliches Insolvenzrecht,⁵⁶ nicht komplett von der Hand zu weisen ist, sollte das Ideal einer Harmonisierung auf hohem Schutzniveau nicht von vornherein aufgegeben werden. Für Deutschland würde eine Absenkung des Schutzniveaus in letzter Konsequenz eine Reduktion der Kreditverfügbarkeit vor allem für kleine und mittlere Unternehmen bedeuten. Nimmt man die Vollendung der Kapitalmarktunion ernst, sollten Regelungen dergestalt harmonisiert werden, dass Hindernisse für grenzüberschreitende Investition so weit wie möglich beseitigt werden, sodass diese maximiert werden. Da das Insolvenzrecht wie oben gezeigt hierzu eine wichtige Stellschraube ist, kann dieses Ziel nur gewährleistet werden, wenn das harmonisierte Insolvenzrecht den Gläubigerinteressen hinreichend Geltung verschafft. Darüber, wie ein solches Insolvenzrecht ausgestaltet sein muss, herrscht vermutlich keine Einigkeit. Es sollten jedoch die nachfolgenden Gesichtspunkte berücksichtigt werden.

- 45 Internationaler Währungsfonds, *Orderly & Effective Insolvency Procedures*, 1999, S. 5 f.; vgl. auch *Weltbank, Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, 2021, abrufbar unter: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/391341619072648570/pdf/Principles-for-Effective-Insolvency-and-Creditor-and-Debtor-Regimes.pdf> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 12.
- 46 So auch *Kliatskova/Savatier/Schmidt*, *Journal of International Money and Finance* 131 (2023), Art. 102795, S. 15.
- 47 *Kliatskova/Savatier/Schmidt*, *Journal of International Money and Finance* 131 (2023), Art. 102795, S. 15.
- 48 *Kliatskova/Savatier/Schmidt*, *Journal of International Money and Finance* 131 (2023), Art. 102795, S. 15.
- 49 Europäische Kommission, *Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion*, COM(2015) 468 final, 30.9.2015, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0468&qid> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 28.
- 50 World Bank Group, *Doing Business 2020, Region Profile European Union (EU)*, 2020, abrufbar unter: <https://archive.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Profiles/Regional/DB2020/EU.pdf> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 57 ff.
- 51 World Bank Group, *Doing Business 2020, Region Profile European Union (EU)*, 2020, abrufbar unter: <https://archive.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Profiles/Regional/DB2020/EU.pdf> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 58.
- 52 World Bank Group, *Doing Business 2020, Region Profile European Union (EU)*, 2020, abrufbar unter: <https://archive.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Profiles/Regional/DB2020/EU.pdf> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 58.
- 53 World Bank Group, *Doing Business – Historical Data*, abrufbar unter: <https://archive.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/excel/db2020/Historical-data---COMPLETE-dataset-with-scores.xlsx> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).
- 54 World Bank Group, *Doing Business – Historical Data*, abrufbar unter: <https://archive.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/excel/db2020/Historical-data---COMPLETE-dataset-with-scores.xlsx> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).
- 55 S. z.B. EU-Kommission, *Empfehlung v. 12.3.2014 für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen*, ABl. EU 2014, Nr. L 74/65, *Empfehlung* 2. b).
- 56 *Scholz*, Rede von Bundeskanzler Scholz beim 23. Deutschen Bankentag am 23.4.2024 in Berlin, 23.4.2024, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/rede-von-bundeskanzler-scholz-beim-23-deutschen-bankentag-am-23-april-2024-in-berlin-2272962> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).

1. Zielsetzung: Gläubigerbefriedigung

Das schuldnerische Unternehmen haftet für seine eingegangenen Verbindlichkeiten. Diese Vermögenshaftung ist Anlass des Insolvenzverfahrens. Primäres Ziel des Insolvenzrechts ist dementsprechend die weitestgehende Gläubigerbefriedigung.⁵⁷ Dies deckt sich mit dem Ziel der Harmonisierung des Insolvenzrechts, grenzüberschreitende Investitionen zu fördern. Können die Kapitalgeber im Fall der Insolvenz eines Unternehmens darauf vertrauen, dass Sie einen größtmöglichen Teil ihrer Investition zurückerhalten, unabhängig davon, in welchem Mitgliedstaat sie investieren, erhöht dies die Bereitschaft, Kapital auch im europäischen Ausland einzusetzen. Dieses Ziel kann sich konträr zu überbordendem Schuldnerschutz verhalten, d.h. indessen nicht, dass dem Schuldner die Möglichkeit des Neustartes genommen wird.

2. Gleichbehandlung der Gläubiger

Einen weiteren Punkt bildet die Gleichbehandlung der Gläubiger. In Deutschland gehört der *als par conditio creditorum* bezeichnete Grundsatz zu einem der Grundpfeiler des Insolvenzrechts.⁵⁸ Er ist notwendige Voraussetzung für die Herstellung von Rechtsfrieden durch das Insolvenzverfahren.⁵⁹ Dass dieser Grundsatz auch im europäisch harmonisiertem Insolvenzrecht Anwendung finden sollte, lässt bereits die EuInsVO anklängen.⁶⁰ Kapitalgeber müssen darauf vertrauen können, dass ihr Kapital im Fall einer Insolvenz zumindest teilweise sicher ist. Deshalb muss es der Regelfall bleiben, dass die Gläubiger im Fall einer Insolvenz gleichermaßen befriedigt werden.⁶¹ Würden im Regelfall ein Teil der Gläubiger vorrangig befriedigt werden, sodass für die übrigen Gläubiger nahezu keine zu verteilende Masse mehr übrig bleibt, würde dies Investitionen in anderen Mitgliedstaaten hindern, da Investoren fürchten müssten, im Zweifel hinter anderen Gläubigern zurückzustehen. Eine starke Beschränkung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung innerhalb der EU stellt das Fiskusprivileg dar. Obwohl es mit Einführung der InsO im Jahr 1999 abgeschafft wurde,⁶² gehört Deutschland mit dieser Position der Minderheit an.⁶³ Es liegt auf der Hand, dass das Fiskusprivileg für private Geldgeber abschreckend wirkt. Es signalisiert den Investoren, dass sie im Fall einer Insolvenz mit einer deutlich geringeren Insolvenzquote rechnen müssen oder ggf. komplett leer ausgehen. Für Investoren kann es nur abschreckend wirken, wenn z.B. in ein spanisches Unternehmen investiert würde, im Insolvenzverfahren jedoch die Insolvenzmasse aufgrund des Fiskusprivilegs⁶⁴ selbstverständlich vorrangig an den spanischen Staat verteilt würde. Für das Ziel der Förderung grenzüberschreitender Investitionen wäre es daher überlegenswert, bei einem harmonisierten Insolvenzrecht auf ein Fiskusprivileg zu verzichten.

3. Harmonisierung der Eröffnungsgründe

Auch die Eröffnungsgründe sind innerhalb der Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt.⁶⁵ Auch dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für die Gläubiger, da der Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheiden kann. Dies ist für eine Harmonisierung des Insolvenzrechts insbesondere deshalb nicht zielführend, weil die vorgeschlagene Harmonisierungsrichtlinie in Art. 36 HarmRL-E einen Mindeststandard für die Insolvenzantrags-

pflicht vorschreibt. Aufgrund abweichender Insolvenzgründe in den einzelnen Mitgliedstaaten kann sich die Insolvenzantragsfrist in den einzelnen Mitgliedstaaten dennoch erheblich unterscheiden. So kennt z.B. das niederländische Insolvenzrecht lediglich einen Eröffnungsgrund, der mit der deutschen Zahlungsunfähigkeit vergleichbar ist,⁶⁶ jedoch keine Entsprechung zur Überschuldung.⁶⁷ Dies ist dem Ziel der Harmonisierung eher abträglich.⁶⁸ Der Überschuldungstatbestand sollte bei einer Harmonisierung des Insolvenzrechts jedoch nicht übersehen werden. Während die Zahlungsunfähigkeit auf die Gegenwart bezogen ist, wird bei der Überschuldung auch die zukünftige Entwicklung des Unternehmens mittels Liquiditätstests einbezogen.⁶⁹ Auch Unternehmen, die aktuell noch ihre fälligen Verbindlichkeiten begleichen können, aber nicht alle zukünftig fällig werdenden Schulden ausgleichen können werden,⁷⁰ sind berechtigterweise gehalten, den Insolvenzantrag zu stellen und können auf diese Weise bereits von den Sanierungsinstrumenten des Insolvenzverfahrens profitieren, wenn sie (noch) nicht zahlungsunfähig sind. Zudem kann der Überschuldungstatbestand einen effektiven Früherkennungsmechanismus für Unternehmenskrisen darstellen, wie er in Art. 3 Restrukturierungsrichtlinie vorgesehen ist.⁷¹

4. Anfechtungsregelungen

Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird im materiellen Insolvenzrecht insbesondere durch das Anfechtungsrecht gestützt,

57 Fregel/Keller/Riedel, InsO, 9. Aufl. 2022, Teil 1 Rn. 1; a.A. BeckOK-InsO/Madaus, 36. Edition 2024, § 1 Rn. 3, 5.

58 MünchKomm-VVG/Hofmann-Klingler, 3. Aufl. 2024, Kap. 18 Rn. 5; MünchKomm-InsO/Stürmer, 4. Aufl. 2019, Einl. Rn. 62, der auch auf das Erfordernis „sachgerechter Differenzierung“ hinweist.

59 BeckOK-InsO/Madaus (Fn. 57), § 1 Rn. 3, 5.

60 Erwägungsgrund 63 EuInsVO; so auch MünchKomm-BGB/Kindler, 8. Aufl. 2021, Vor Art. 1 EuInsVO Rn. 19.

61 Eine sinnvolle Ausnahme bilden dabei die vorinsolvenzlich gesicherten Gläubiger, da für Unternehmen ansonsten die Versorgung mit gesicherten Krediten zu günstigeren Konditionen wegfallen würde; so auch Verbändeinitiative, Keine Notwendigkeit einer umfassenden Harmonisierung des Insolvenzrechts zur Fortentwicklung des EU-Kapitalmarkts, 2.7.2024, abrufbar unter: https://www.vid.de/wp-content/uploads/2024/07/240702_Verbaendeinitiative_final.pdf (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 2.

62 Vgl. § 61 Nr. 2 KO; kritisch zu betrachten ist in diesem Zusammenhang jedoch die Ausnahme von während des Insolvenzverfahrens entstandenen Steuerverbindlichkeiten von der Restschuldbefreiung durch die Rechtsprechung, vgl. BFH, ZInsO 2019, 106 ff., FG Düsseldorf, NZI 2022, 795 ff. (m. Anm. Sämisch), welche auch europarechtlich zweifelhaft ist, s. Sämisch/Haug, ZInsO 2020, 580 ff.

63 MünchKomm-InsO/Stürmer (Fn. 58), Einl. Rn. 62.

64 Art. 280 Nr. 4 Ley Concursal.

65 Draghi, The future of European competitiveness, Part B In-depth analysis and recommendations, 9.9.2024, abrufbar unter: https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness_%20In-depth%20analysis%20and%20recommendations_0.pdf (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024), S. 284; ausführlich Bork, ZRI 2024, 849 ff.

66 Art. 1 Abs. 1 Faillissementswet.

67 Pannevis/van de Loo, NZI-Beil. 2023, 81, 82.

68 Pannevis/van de Loo, NZI-Beil. 2023, 81, 83.

69 Bork, ZRI 2024, 849, 854.

70 Bork, ZRI 2024, 849, 854.

71 Bork, ZRI 2024, 849, 855; zu Früherkennungsmechanismen allgemein Sämisch, ZInsO FOKUS 2021, 169 ff.

indem es die Rückabwicklung von Vermögensverschiebungen zugunsten einzelner Gläubiger vor Eröffnung des Verfahrens ermöglicht.⁷² Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens herrscht aufgrund des Prioritätsprinzips bei der Einzelvollstreckung ein Wettbewerb der Gläubiger um das Schuldnervermögen; dieses wird erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet.⁷³ Da jedoch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Antrag durch das schuldnerische Unternehmen oder einen Gläubiger voraussetzt, läuft dieser Wettbewerb regelmäßig noch, obwohl ein Unternehmen bereits insolvenzreif ist.⁷⁴ Zudem beginnt die Krise eines Unternehmens schon lange vor Insolvenzreife.⁷⁵ Werden Vermögensverschiebungen vorgenommen, während der Schuldner bereits in der Krise steckt und absehbar ist, dass zukünftig möglicherweise nicht alle Verbindlichkeiten bedient werden können, liegt es im Interesse der Gläubigergleichbehandlung, die beschriebenen Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen. Ein gutes Anfechtungsrecht sorgt so für einen erheblichen Massezufluss, der sodann allen Gläubigern gleichberechtigt zugutekommt. Ein starkes Insolvenzrecht bedarf somit eines ausgeprägten Anfechtungsrechts. Ein starkes Anfechtungsrecht schützt dabei insbesondere ausländische Investoren, für die sich der Wettbewerb der Einzelzwangsvollstreckung naturgemäß schwieriger gestaltet. Gleichzeitig sendet ein ausgedehntes Anfechtungsrecht an alle Gläubiger das Signal, dass sie sich im Fall strauchelnder Unternehmen bereits zurücknehmen und nicht durch überstürzte Vollstreckung die Krise des Unternehmens nicht noch befeuern sollen. Die Kapitalmarktunion profitiert mithin von einem Anfechtungsrecht, das unter den geeigneten Voraussetzungen möglichst weitreichende Anfechtungsmöglichkeiten schafft. Insbesondere sollten dabei die Anfechtungsfristen nicht zu kurz ausgestaltet werden,⁷⁶ da ansonsten Gläubiger dazu animiert würden, zu vollstrecken und darauf zu hoffen, dass die Anfechtungsfristen bis zur Eröffnung ausgelaufen sind.⁷⁷ Anders formuliert: Starke Insolvenzanfechtung zieht Kapital an. Aktuell geht die Rechtsprechung des BGH zur Vorsatzanfechtung in eine andere Richtung, ohne dass man unterstellen kann, dass der 9. ZS erkennt, dass damit Kapital und Investitionen abgeschreckt werden.⁷⁸

5. Unabhängiger Insolvenzverwalter

Zuletzt drängt sich die Frage auf, wer die größtmögliche Gläubigerbefriedigung sowie die Gleichbehandlung der Gläubiger – auch durch die Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen – sicherstellen soll. In Deutschland wird diese Frage mit dem Insolvenzverwalter beantwortet. Er fungiert als von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige Instanz.⁷⁹ Der Entwurf der vorgeschlagenen Harmonisierungsrichtlinie sieht dagegen für insolvente Kleinunternehmen ein verwalterloses Verfahren vor.⁸⁰ Dieses würde nicht nur erheblichen Arbeits- und Kostenaufwand für Insolvenzgerichte mit sich bringen,⁸¹ sondern zudem auch die Gläubigerbefriedigung negativ beeinflussen, da die für die Prüfung und Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen notwendige Expertise ohne einen Insolvenzverwalter fehlen würde.⁸² Weil die Kommission dies erkannt hat, hat sie in Art. 47 HarmRL-E festgelegt, dass Anfechtungsansprüche im verwalterlosen Verfahren nicht zwingend durchgesetzt werden müssen.⁸³ Für Gläubiger würde

dies zwangsläufig zu einer niedrigeren Quote führen, was das Ziel der Richtlinie und des Insolvenzverfahrens konterkarieren würde. Ein unabhängiger Insolvenzverwalter ist ein Garant für die Integrität des Insolvenzverfahrens stärkt so das Vertrauen – auch ausländischer Investoren – in einen ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens. Zudem bietet er sowohl dem Schuldner den Gläubigern durch seine Expertise einen erheblichen Vorteil. Dies zeigt insbesondere die Tatsache, dass Spanien bereits ein verwalterloses Verfahren für Kleinunternehmer ermöglicht,⁸⁴ das spanische Recht aber gleichzeitig eine Pflicht zur Begleitung durch eine rechtskundige Person bei der Antragstellung vorschreibt.^{85, 86} Die künftigen Harmonisierungsbestrebungen sollten daher abweichend vom gegenwärtigen Vorschlag der Kommission eine grundsätzliche Verwalterbestellung auch für Kleinunternehmen vorsehen. Es ist daher zu begrüßen, dass sich im Europäischen Parlament nicht ausreichend Rückhalt für die Umsetzung des verwalterlosen Verfahrens abzeichnet.⁸⁷ Investitionen erfolgen nicht, wenn der Insolvenzverwalter im Lager des Schuldners oder einzelner Gläubigergruppen steht.

V. Fazit

Zur Vollendung der Kapitalmarktunion ist die Harmonisierung des Insolvenzrechts ein begrüßenswerter Schritt, sofern er richtig ausgestaltet wird. Das Insolvenzrecht ist ein nicht unerhebliches Kriterium für grenzüberschreitende Investitionsentscheidungen. Wenn man alle Investitionshindernisse beseitigen möchte, muss das Insolvenzrecht ein Teil der erforderlichen Harmonisierungsschritte sein. Gleichwohl sollte die Harmonisierung nicht um der Harmonisierung willen in Angriff genommen werden. Sofern man die Harmonisierung

72 BeckOK-InsO/Raupach, § 129 Rn. 1.

73 Dahl/Linnenbrink/Schmitz, NZI 2015, 441, 442.

74 Gehrlein, NZI 2014, 481, 482.

75 Vgl. zu den einzelnen Stadien einer Unternehmenskrise Sämisch, ZInsO FOKUS 2021, 169, 170 ff.

76 So sieht z.B. Slowenien bei der Vorsatzanfechtung lediglich ein Zeitraum von einem Jahr für entgeltliche sowie von 3 Jahren für unentgeltliche Rechtshandlungen vor, Art. 269, Art. 271 Abs. 1 ZFPPIPP; zudem ist für die Erhebung von Anfechtungsklagen eine Ausschlussfrist von 12 Monaten vorgesehen, Art. 277 Abs. 1 ZFPPIPP.

77 Vgl. Gehrlein, NZI 2014, 481, 482.

78 Näher Karrenstein/Sämisch, ZRI 2024, 534 ff.

79 § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO.

80 Art. 38 – 57 HarmRL-E.

81 Ausführlich Sämisch, ZRI 2023, 93, 96.

82 Kindler/Bitzer, NZI 2023, 569, 577.

83 Dem Insolvenzgericht steht nach Art. 47 HarmRL-E bei wesentlichen Anfechtungsansprüchen die Möglichkeit offen, ins Regelverfahren zu wechseln, vgl. auch Sämisch, ZRI 2023, 93, 95.

84 Art. 685 ff. Ley Concursal.

85 Art. 691 Abs. 1 Ley Concursal.

86 Götze, Kritische Würdigung der angedachten Harmonisierung des Insolvenzrechts, 29.8.2023, abrufbar unter: <https://www.fch-gruppe.de/Beitrag/22265/kritische-wuerdigung-der-angedachten-harmonisierung-des-insolvenzrechts> (zuletzt abgerufen am: 28.10.2024).

87 Dies gilt auch für das Pre-pack-Verfahren (Titel IV) sowie die Regelungen zum Gläubigerausschuss (Titel VII); Bornemann, Europäische Angleichung des Rechts der Antragspflichten, Vortrag bei der Heidelberger gemeinnützige Gesellschaft für Unternehmensrestrukturierung mbH (HgGUR), 25.10.2024.

ernsthaft angehen möchte, muss eine Diskussion über das Schutzniveau des Insolvenzrecht geführt werden. Will man die grenzüberschreitenden Investitionen weitestmöglich fördern, so empfiehlt sich ein hoher Gläubigerschutz im harmonisierten Insolvenzrecht. Hierfür wurden oben erste Ansätze genannt, denen jedoch weitere Diskussionen folgen müssen. Auf jeden Fall müssen bei der Harmonisierung Öffnungsklauseln für funktionierende nationale Insolvenzrechtsregime vorgese-

hen werden. Zudem muss dafür Sorge getragen werden, dass die Harmonisierung der Entstehung von Zombie-Unternehmen nicht Vorschub leistet.⁸⁸ Die Harmonisierung sollte schrittweise, wohl überlegt und Einbeziehung aller Interessengruppen im weitgehenden Konsens erfolgen.

⁸⁸ Zu den Gefahren von Zombieunternehmen s. *Sämisch*, ZRI 2022, 575 ff.

Der selbstständig tätige Globalzedent in der Insolvenz

Welche Auswirkungen haben Eröffnungsverfahren, Insolvenzverfahren, Wohlverhaltensperiode und Restschuldbefreiung auf eine vorinsolvenzliche Globalzession?

von Dr. Paul Ferdinand Fröhlich, Frankfurt/M.

Mit der Globalzession, die nicht selten zur Besicherung von Krediten für selbstständig Tätige vereinbart wird, werden i.d.R. nicht nur sämtliche gegenwärtige, sondern auch sämtliche zukünftige Forderungen abgetreten. Dies führt dazu, dass die Globalzession grds. grenzenlos in die Zukunft wirkt und formal alle Forderungen, die der Zedent erwirtschaftet, auf den Zessionar überleitet. Solange der Zedent den Kredit bedienen kann und der Sicherungsfall nicht eintritt, sorgt regelmäßige eine Einziehungs- und Erlösverwendungsermächtigung dafür, dass der Zedent weiterhin auf seine Forderungen zugreifen kann. Zu rechtlichen Schwierigkeiten führt dieses Konstrukt jedoch, wenn der Zedent in die Insolvenz gerät. Der Globalzessionar beabsichtigt dann, die abgetretenen Forderungen selbst zu realisieren. Ob ihm dies gelingt oder ob der Globalzedent weiterhin seine selbstständige Tätigkeit ausüben kann, hängt davon ab, inwiefern die verschiedenen insolvenzrechtlichen Verfahrensschritte die Globalzession weiterhin dinglich gewähren lassen.

In diesem Kontext beleuchtete der BGH zuletzt in seinem Urt. v. 6.6.2019¹ die Phase des Insolvenzverfahrens für den Fall, dass die selbstständige Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 Satz 1 InsO freigegeben wird. Die Entscheidung des BGH ist methodisch fragwürdig. Daneben stellt sich die Frage, welche Auswirkungen das Eröffnungsverfahren, die Wohlverhaltensperiode und – ganz besonders wichtig – die Erteilung der Restschuldbefreiung auf die Globalzession haben. Antworten soll dieser Beitrag liefern.

1. Eröffnungsverfahren

1. Dingliche Wirkungen der Globalzession

Im Eröffnungsverfahren gelingt es der vorinsolvenzlichen Globalzession, ungehindert auf die in dieser Zeit beim Globalzedenten entstehenden Forderungen zuzugreifen.² Die Verfügungsbeschränkungen, die das Insolvenzgericht dem Schuldner gem. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO für das Eröffnungsverfahren auferlegen kann, vermögen den Übergang der Forderungen auf den Globalzessionar nicht zu verhindern. Zwar kommt es nicht auf den frühen Zeitpunkt des Abschlusses der vorinsolvenzlichen Globalzession, sondern erst auf das Entstehen der jeweiligen Forderung an, weil die Verfügungsmacht richtigerweise erst dann beurteilt werden kann, wenn das Verfügungsobjekt überhaupt entstanden ist.³ Die nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO im Eröffnungsverfahren in Betracht kommenden Verfügungsbeschränkungen nehmen dem Globalzedenten jedoch im Ergebnis nur seine „Verfügungshandlungsmacht“.⁴ Dies geht darauf zurück, dass die relevanten Verfügungsbeschränkungen gem. § 24 Abs. 1 InsO allein die Wirkungen des Verfügungsverbots nach § 81 Abs. 1 InsO, nicht jedoch jene des Erwerbsverbots gem. § 91 Abs. 1 InsO auslösen. Der Schuldner kann folglich keinen neuen Abtretungsvertrag abschließen. Auf einen bereits bestehenden Vorausabtretungsvertrag, für dessen Erfolgseintritt bloß das Entstehen der abgetretenen Forderung und damit keine weitere Verfügungshandlung des Schuldners mehr erforderlich ist, hat § 81 Abs. 1 InsO dagegen keine Auswirkungen.⁵

2. Ermöglichung einer Betriebsfortführung

a) Üblicher Sicherheiten austausch

Im Regelfall ermöglicht der Globalzessionar dem selbstständig tätigen Zedenten die Fortführung seines Betriebs, indem er diesem weiterhin nicht nur die Einziehung der formal über-

¹ BGH, Urt. v. 6.6.2019 – IX ZR 272/17, BGHZ 222, 165, ZInsO 2019, 1414, 1418 Rn. 34 ff.

² Hierbei kann es bereits auf die Entstehung der Rechtsgrundlage der Forderung ankommen, da dies eine übergangsfähige Rechtsposition erzeugt, s. im Einzelnen und m.v.N. *Fröhlich*, Der selbstständig tätige Globalzedent in der Insolvenz, 2023, S. 24 ff. Rn. 39 ff.

³ So auch *MünchKomm-InsO/Vuia*, 4. Aufl. 2019, Bd. 2, § 81 Rn. 9; *Jaeger/Gerhardt*, InsO, 2004, Bd. 1 § 24 Rn. 6; *Simokat*, NZI 2012, 57, 60; *Häsemeyer*, ZZZP 111 (1998), 83, 85; *Eckardt*, ZIP 1997, 957, 960.

⁴ BGH, Urt. v. 26.4.2012 – IX ZR 136/11, ZInsO 2012, 1123, 1124 Rn. 10 ff.; ausführlich dazu *Fröhlich* (Fn. 2), S. 26 ff. Rn. 43 ff.

⁵ S. BGH, Urt. v. 26.4.2012 – IX ZR 136/11, ZInsO 2012, 1123, 1124 Rn. 10 ff.; *Jaeger/Windel*, InsO, 2007, Bd. 2, § 81 Rn. 3; *Braun/Kroth*, InsO, 10. Aufl. 2024, § 81 Rn. 5; *Ganter*, in: *Ellenberger/Bunte*, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, Bd. 2, § 69 Rn. 426; *Gehrlein*, WM 2014, 485 f.; *Jacoby*, EWIR 2010, 123, 124; *Wilkins/Siepmann*, EWIR 2010, 121, 122. A. A. OLG Naumburg, Urt. v. 23.4.2008 – 5 U 19/08, ZInsO 2008, 1022, 1023; OLG Dresden, Urt. v. 26.1.2006 – 13 U 1924/05, ZInsO 2006, 1057, 1058; *HambKomm-InsO/Schröder*, 10. Aufl. 2024, § 24 Rn. 9; *MünchKomm-InsO/Vuia* (Fn. 3), Bd. 2, § 81 Rn. 8, 10, außer der Rechtsgrund der Forderung ist bei der Abtretung bereits gelegt und nur die Fälligkeit tritt nach der Verfügungsbeschränkung ein; so wohl auch *Lüke*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 100. Erg. Lfg. Juli 2024, § 81 Rn. 12a.