

Institut der Wirtschaftsprüfer
in Deutschland e. V.

Wirtschaftsprüferhaus
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

TELEFONZENTRALE:
+49 (0) 211 / 45 61 - 0

FAX GESCHÄFTSLEITUNG:
+49 (0) 211 / 4 54 10 97

INTERNET:
www.idw.de

E-MAIL:
info@idw.de

BANKVERBINDUNG:
Deutsche Bank AG Düsseldorf
IBAN: DE53 3007 0010 0748 0213 00
BIC: DEUTDE33XXX
UST-ID Nummer: DE119353203

Bundesministerium der Justiz
Referat R A 6 - Insolvenzrecht
Herrn RDir Alexander Bornemann
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

ausschließlich per E-Mail: ra6@bmj.bund.de

Düsseldorf, 28.02.2023

597

Stellungnahme zum
**Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter
Aspekte des Insolvenzrechts (COM(2022) 702 final)**

Sehr geehrter Herr Bornemann,

wir danken Ihnen für Ihr Schreiben vom 30.1.2023 und für die Gelegenheit, zu dem o.g. Kommissionsvorschlag Stellung nehmen zu können.

Wir begrüßen die Zielsetzung der Richtlinie, bestimmte Aspekte des Insolvenzrechts zu harmonisieren. Gerade in diesen von Unsicherheit geprägten Zeiten ist es wichtig, dass die Gesetzgeber eine adäquate Infrastruktur schaffen, damit sanierungsfähige Unternehmen in allen Phasen und auch mit den Instrumenten des Insolvenzverfahrens saniert werden können.

Der deutsche Gesetzgeber hat in den letzten Jahren eine Vorreiterrolle eingenommen und z.B. mit der Schärfung der Eigenverwaltung, dem Schutzschirmverfahren und dem Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen wichtige Instrumente geschaffen. Dabei ist es gelungen, die Sanierung eines

GESCHÄFTSFÜHRENDER VORSTAND:
Prof. Dr. Klaus-Peter Naumann,
WP StB, Sprecher des Vorstands;
Melanie Sack, WP StB,
stv. Sprecherin des Vorstands;
Dr. Torsten Moser, WP

Amtsgericht Düsseldorf
Vereinsregister VR 3850

Seite 2/6 zum Schreiben vom 28.02.2023 an das BMJ

Unternehmens nicht als Selbstzweck zu verstehen, sondern neue Regelungen stets unter dem Blickwinkel des Gläubigerschutzes umzusetzen.

Dieser Fokus scheint uns bei einigen Punkten des Kommissionsvorschlags zu fehlen. Beispielsweise sollen Dauerschuldverhältnisse auch im Wege eines Asset Deals auf einen neuen Rechtsträger übergehen können. Der Gläubiger wird also zur Kontrahierung mit einem fremden Dritten gezwungen, was u.E. ein kaum zu rechtfertigender Eingriff in die Privatautonomie ist. Vermeintliche Vereinfachungen werden in der Praxis kaum umsetzbar sein – etwa die vorgesehene Veräußerung von Vermögensgegenständen durch ein Auktionssystem der Gerichte.

Fraglich ist auch, ob das Ziel einheitlicher Voraussetzungen für einen freien Kapitalverkehr und für die Niederlassungsfreiheit erreicht werden kann, wenn zwar die Fristen zur Antragstellung harmonisiert werden, die Insolvenzeröffnungsgründe der unterschiedlichen Rechtssysteme selbst aber an höchst unterschiedliche Zeitpunkte anknüpfen. Eine Harmonisierung der Insolvenzeröffnungsgründe würde zunächst eine Harmonisierung des Gesellschaftsrechts der einzelnen Jurisdiktionen voraussetzen, was nicht Gegenstand der vorgeschlagenen Richtlinie sein kann. Überhaupt stellt sich die Frage, ob eine Harmonisierung in allen Punkten angestrebt werden sollte: Beim Anfechtungsrecht ist dies unmittelbar nachvollziehbar. Bei dem vereinfachten Verfahren für Kleinstunternehmen dürften grenzüberschreitende Hemmnisse für den Kapitalverkehr hingegen weniger relevant sein.

In der Gesamtschau sind viele Aspekte des Kommissionsvorschlags – etwa zur Anfechtung oder zu den Pflichten der Unternehmensleitung – bereits im nationalen Recht verankert und eine diesbezügliche Harmonisierung ist zu begrüßen. Positiv sind auch die Stärkung der Gläubigerausschüsse und der zunehmend digitale Informationsaustausch zu werten. Fraglich ist, ob die deutschen Gerichte – aktuell und auch in absehbarer Zeit – hierzu personell und IT-seitig ausreichend ausgestattet sind.

Einige Regelungen – insb. zum Pre-Pack-Verfahren und zu den Kleinstunternehmen – würden zu Eingriffen in ein komplex verzahntes und funktionierendes System führen. Wir befürchten, dass dies die deutsche Sanierungsinfrastruktur schwächen könnte. Die grundsätzliche Problematik des Richtlinienvorschlags dürfte darin begründet liegen, dass das Insolvenzrecht der verschiedenen EU-Staaten nicht losgelöst vom jeweiligen Gesellschaftsrecht betrachtet werden darf. Die Harmonisierung nur eines Rechtsgebiets muss zwangsläufig zu Systembrüchen führen.

Seite 3/6 zum Schreiben vom 28.02.2023 an das BMJ

Im Folgenden gehen wir auf die beiden aus unserer Sicht problematischsten Themenfelder ein: das Pre-Pack-Verfahren und die Regelungen für Kleinstunternehmen.

Pre-Pack-Verfahren

Mit dem Pre-Pack-Verfahren soll der Verkauf des Unternehmens (oder eines Teils davon) vor der förmlichen Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorbereitet und ausgehandelt werden können. Sofern die Bedingung einer wahrscheinlichen Insolvenz oder der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erfüllt sind, kommt auch die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner in Betracht.

Das mit der Richtlinie bezweckte Ziel lässt sich u.E. nach deutschem Recht schon heute erreichen. Im Vergleich zu einer vorinsolvenzlichen Sanierung wird die Öffentlichkeit über die Krise des Unternehmens informiert, was zu weiteren Reputationsverlusten führen kann. Da das von der Kommission vorgeschlagene Verfahren die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen vorsieht, wird die Öffentlichkeitswirksamkeit des Verfahrens auch hier nicht vermieden werden können.

Als problematisch sehen wir, dass es sich bei diesem Verfahren wohl nicht um ein Eröffnungsverfahren handelt, sondern diesem vorgeschaltet ist. Dies wäre indes systemfremd, weil spätestens die Zahlungsunfähigkeit eine Insolvenzantragspflicht erfordert. Das Aussetzen der Insolvenzantragspflicht zugunsten des Pre-Pack-Verfahrens würde den Schuldner zu Lasten der Gläubiger unangemessen privilegieren, weil gläubigerschützende Mechanismen (z.B. Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter, Sicherung der Insolvenzmasse) nicht greifen. Anzumerken ist dabei, dass sich die Rolle des im Kommissionsvorschlag genannten „Sachwalters“ im Pre-Pack-Verfahren deutlich von der Rolle des Sachwalters im vorläufigen Insolvenzverfahren unterscheidet. In der Richtlinie sollte daher sichergestellt sein, dass eine Integration des Pre-Pack-Verfahrens in das vorläufige Verfahren nach deutschem Recht möglich ist.

Nach Artikel 27 der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts (COM(2022) 702 final) stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass dem Käufer des Schuldner-Unternehmens oder eines Teils davon die noch zu erfüllenden Verträge abgetreten werden, die für die Weiterführung der Geschäftstätigkeit des Schuldners erforderlich sind und deren Aussetzung die Geschäftstätigkeit zum Erliegen brächte. Die Zustimmung der Gegenpartei(en) des Schuldners ist für die Abtretung nicht erforderlich. Nur wenn der Käufer des

Seite 4/6 zum Schreiben vom 28.02.2023 an das BMJ

Schuldner-Unternehmens ein Wettbewerber der Gegenpartei ist, findet diese Regelung keine Anwendung.

Bemerkenswert ist, dass es hier um einen Asset Deal und gerade nicht um eine Gesamtrechtsnachfolge geht. Der Gläubiger (z.B. eine Bank) wird also gezwungen, einen Vertrag mit einem fremden Dritten fortzuführen – selbst wenn Zweifel an der Bonität des Dritten bestehen oder das Geschäftsmodell des Dritten nicht mit dem des Gläubigers kompatibel ist. Ein solcher Eingriff insb. in einem vorinsolvenzlichen Verfahren lässt sich mit dem Grundsatz der Privatautonomie u.E. nicht rechtfertigen.

Das Pre-Pack-Verfahren würde zu ähnlichen Ergebnissen wie bei einem Insolvenzplanverfahren führen (Fortbestand günstiger Verträge, Kündigung ungünstiger Verträge), aber ohne die beim Insolvenzplanverfahren eingerichteten Schutzmechanismen (Gläubigerbeteiligung, vorläufiger Sachwalter/Insolvenzverwalter, Eigenverwaltungsplanung etc.) zu berücksichtigen. Im Ergebnis würde ein solches Verfahren zu Lasten der Gläubiger und – da Arbeitnehmerrecht nicht adressiert werden und Regelungen zum Betriebsübergang (§ 613a BGB) ggf. auch umgangen werden könnten – auch zu Lasten der Arbeitnehmer gehen.

Insgesamt sollte der Richtlinienentwurf so ausgestaltet werden, dass nationale Errungenschaften (Antragspflicht bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, Gläubigerschutz und -beteiligung, Schutz der Arbeitnehmerrechte) durch das Pre-Pack-Verfahren nicht ausgehebelt werden können. Aus nationaler Sicht sehen wir keine Notwendigkeit für ein gesondertes Pre-Pack-Verfahren.

Liquidationsverfahren für Kleinunternehmen

Für Kleinunternehmen (weniger als 10 Mitarbeitende und Jahresumsatz oder Jahresbilanzsumme von höchstens 2 Mio. EUR) soll – auch bei Massearmut – ein vereinfachtes Liquidationsverfahren eingeführt werden, insb. soll im Regelfall kein Insolvenzverwalter bestellt werden und Verwalteraufgaben sollen von einem Gericht oder einer Behörde wahrgenommen werden. Während des gesamten Verfahrens soll der Schuldner in der Regel im Besitz des Vermögens und der Geschäfte des Unternehmens bleiben (Eigenverwaltung).

In der Begründung des Richtlinienvorschlags wird davon ausgegangen, dass in vielen Mitgliedstaaten keine geordnete Liquidation solcher Unternehmen erfolgt, da sie keinen Zugang zu einem regulären Insolvenzverfahren haben oder die Eröffnung eines solchen Verfahrens abgelehnt wird. Es wird mithin ein nicht funktionierendes System unterstellt. Dies ist in Deutschland nicht der Fall. Ein

Seite 5/6 zum Schreiben vom 28.02.2023 an das BMJ

Großteil der eröffneten Insolvenzverfahren betrifft Kleinunternehmen. Das neue vereinfachte Verfahren wäre also keine Ausnahme, sondern der Regelfall. Sollte ein solches Verfahren umgesetzt werden, ist zumindest anzuraten, die Schwellenwerte deutlich herabzusetzen.

Zwar ist der Grundgedanke der Vereinfachung zu begrüßen, allerdings liegt ein erheblicher Teil des Aufwands darin, die oft schwache Buchführung und Datenlage aufzubereiten. Hieran würde auch das neue Verfahren nichts ändern. Überhaupt sollten solch gravierende Privilegien nur dem redlichen Kaufmann zustehen, der seine Sorgfaltspflichten (auch Buchführungspflichten) bisher angemessen erfüllt hat.

Während §§ 270a ff. InsO hohe Anforderungen an die (vorläufige) Eigenverwaltung stellt und dem Schuldner ein Sachwalter an die Seite gestellt wird, sollen Kleinunternehmen diese Möglichkeiten ohne nennenswerte Hürden gewährt werden. Das ist insofern nicht nachvollziehbar, als die Geschäftsleitung von Kleinunternehmen typischerweise nicht über die erforderlichen Kenntnisse verfügt und schon die Einschätzung, ob überhaupt Zahlungsunfähigkeit vorliegt, schwerfällt. Diese Aufgabe müsste von den Gerichten übernommen werden, was nach heutigem Stand nicht zu leisten ist.

Nach der Begründung der Kommission soll bei dem vereinfachten Verfahren im Regelfall kein Sachwalter oder Insolvenzverwalter zum Einsatz kommen. Gleichzeitig wird u.a. den Gläubigern eingeräumt, auf einen Insolvenzverwalter zu bestehen, sofern keine Massearmut vorliegt. Da ein Großteil der Fremdanträge von den Sozialversicherungsträgern und dem Finanzamt kommt, muss davon ausgegangen werden, dass Verfahren in Eigenverwaltung ohne Sachwalter eher die Ausnahme darstellen werden.

Das neue Verfahren würde der Intention eines frühzeitigen Insolvenzantrags entgegenstehen, da im Falle einer Überschuldung oder drohender Zahlungsunfähigkeit wohl kein Zugang zu dem vereinfachten Verfahren gewährt wird. Die Geschäftsleitung könnte also motiviert sein, die Krise voranschreiten zu lassen, bis Zahlungsunfähigkeit und damit die Voraussetzungen für das vereinfachte Verfahren vorliegen.

Das Verfahren soll insbesondere dazu dienen, den Schuldner zu entschulden, so dass er im Anschluss wieder am Geschäftsverkehr teilnehmen kann. Gerade bei Massearmut dient dieses Verfahren nicht der bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger. Damit würde die Grundausrichtung der Insolvenzordnung erheblich modifiziert.

Seite 6/6 zum Schreiben vom 28.02.2023 an das BMJ

Noch schwer vorstellbar ist auch die Regelung, dass die Gerichte die Verwertung der Vermögensgegenstände über ein elektronisches Auktionssystem selbst vornehmen. Auch aus Effizienzgründen spricht u.E. viel dafür, dass diese Aufgabe bei einem verpflichtend einzusetzenden Verwalter verbleibt.

Insgesamt erscheint die Zielsetzung des Kommissionsvorschlags nachvollziehbar. In den zuvor dargestellten Punkten kollidiert er aber mit dem deutschen Rechtssystem und führt in diesen Fällen auch nicht zu einer Verbesserung des status quo. Wir würden daher begrüßen, wenn sich die Bundesregierung dafür einsetzt, die Mitgliedstaatenwahlrechte in dem Richtlinienentwurf so auszugestalten, dass die auf dem Grundgedanken des Gläubigerschutzes basierende Sanierungsinfrastruktur erhalten bleiben kann. Auch sollten Arbeitnehmerbelange – als spezielle Gläubigergruppe – stärker berücksichtigt werden.

Mit freundlichen Grüßen

Melanie Sack

WP StB Dr. Henrik Solmecke