

Berlin, im April 2023

Herausgeber:

Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V.

Am Weidendamm 1A
10117 Berlin

Telefon 030 590099-583
Telefax 030 590099-519

www.bga.de info@bga.de

Autorin:

Stephanie Schmidt

Abteilungsleiterin
Recht und Wettbewerb
stephanie.schmidt@bga.de

EU-RICHTLINIENVORSCHLAG ZUR HARMONISIERUNG DES INSOLVENZRECHTS

1. Einleitung

1.1. Zielsetzung des Richtlinienvorschlags

1.2. BGA – Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen

1.3. Vorbemerkungen

2. Zu den einzelnen Regelungsvorhaben

2.1. Anfechtungsklagen

2.2. Pre-pack-Verfahren

2.3. Vereinfachtes Verfahren für Kleinstunternehmer

3. Gesprächsangebot

1. Einleitung

1.1. Zielsetzung des Richtlinienvorschlags

Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte der nationalen Insolvenzrechte (COM (2022) 702 final), hat zum Ziel, die Insolvenzrechte der Mitgliedsstaaten der EU weiter anzugleichen um damit grenzüberschreitende Investitionen zu fördern. Mit dem Regelungsvorschlag soll auch die Kapitalmarktunion weiter gefördert und Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Kapitalverkehr beseitigt werden.

1.2. BGA – Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen

Der Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V. (BGA) ist die Spitzenorganisation des Groß- und Außenhandels sowie der unternehmensnahen Dienstleistungen. Ihm gehören 63 Bundesfachverbände sowie Landes- und Regionalverbände an.

Der BGA vertritt die Interessen von 120.000 Handels- und Dienstleistungsunternehmen in Deutschland mit 1,9 Millionen Beschäftigten und 60.000 Auszubildenden. Die Unternehmen sind im Wesentlichen im B2B-Geschäft tätig.

1.3. Vorbemerkungen

Der BGA begrüßt im Grundsatz die Bestrebungen der Europäischen Kommission, durch eine stärkere Harmonisierung des Insolvenzrechts in der EU die Insolvenzverfahren effizienter und kostengünstiger zu gestalten.

Ob die Effizienz der nationalen Insolvenzrechtsregime mit den vorgeschlagenen Regelungen gestärkt und die Kosten der Verfahren verringert werden können, stellt der BGA jedoch in Frage. Zudem erscheint es übereilt, so kurz

RECHT UND WETTBEWERB EU-RICHTLINIENVORSCHLAG ZUR HARMONISIERUNG DES INSOLVENZRECHTS

nach 2019 in Kraft getretenen Restrukturierungsrichtlinie, die erst zum Juli 2021 umzusetzen war, erneut eine derartig weitreichende Überarbeitung des europäischen Insolvenzrechts vorzunehmen. Hier sollten zumindest die Auswirkungen und Erfahrungen der letzten Novelle abgewartet werden.

Im Einzelnen nimmt der BGA zum Richtlinienentwurf wie folgt Stellung:

2. Zu den einzelnen Regelungsvorhaben

2.1. Anfechtungsklagen

Wir begrüßen, dass die Vorschriften zur Insolvenzanfechtung als Mindestharmonisierung angelegt sind und damit einen weiteren Gläubigerschutz im nationalen Recht grundsätzlich ermöglichen. Angesichts der großen Ähnlichkeit des deutschen Anfechtungsrechts zu den vorgeschlagenen Regelungen im Titel II gehen wir von einem nur geringen Anpassungsbedarf des deutschen Rechts aus.

Wir möchten uns jedoch dafür aussprechen, in den Artikeln 6 Abs. 2 b und 8 Abs. 1 b des Entwurfs jeweils die Worte „hätte wissen müssen“ zu streichen, um damit nur eine Anfechtung wegen positiver Kenntnis zu ermöglichen.

Wir sehen die Gefahr, dass bei der Eröffnung der Anfechtung für Fälle der Fahrlässigkeit erneut eine Situation geschaffen werden könnte, wie sie vor der gesetzlichen Neuregelung des Insolvenzanfechtungsrechts in Deutschland im April 2017 bestand: Damals war es auf der Basis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jahrelange Praxis von Insolvenzverwaltern, Großhändler aufzufordern, bis zu 10 Jahre zurückliegende Zahlungen ihrer mittlerweile insolventen Kunden zurückzuzahlen. Gegenstand der zum Teil serienmäßig betriebenen Rückforderungen waren Zahlungen, die die Unternehmen von ihren Kunden im Rahmen von üblichen Geschäftsvorgängen wie Ratenzahlungen, Stundungen oder sonstigen Warenkrediten erhalten hatten. Mit der Möglichkeit einer Anfechtung wegen Fahrlässigkeit könnten hier erneut erhebliche Unsicherheiten und Belastungen für Unternehmen geschaffen werden, die ihren Kunden entsprechende Finanzierungsinstrumente anbieten. Dies gilt umso mehr, als die Rechtsprechung in diesem Bereich in letzter Instanz künftig dem Europäischen Gerichtshof überlassen sein wird, so dass die entsprechenden Korrekturen im deutschen Recht aus dem Jahr 2017 keine Wirkung mehr entfalten würden.

Wir sprechen uns zudem dafür aus, im Richtlinienentwurf eine Ausnahme von der Anfechtbarkeit für Bargeschäfte des täglichen Lebens – entsprechend dem § 142 InsO – vorzusehen. Diese Regelung sorgt in erheblichem Maße für Rechtssicherheit im Wirtschaftsverkehr. Zwar wurde in Art. 6 Abs. 3a) des Entwurfs eine vergleichbare Regelung geschaffen, nach der Rechtshandlungen, die unmittelbar gegen eine angemessene Gegenleistung zugunsten der Insolvenzmasse vorgenommen werden, nicht mehr für nichtig erklärt werden können. Jedoch ist unklar, ob diese Regelung das Ausmaß von § 142 InsO erreicht, da sie sich hinsichtlich der Gegenleistung nicht auf das Schuldnervermögen, sondern auf die Insolvenzmasse bezieht. Um eine vergleichbare Privilegierung von Bargeschäften auch im europäischen Anfechtungsrecht zu schaffen, und damit auch europaweit die Rechtssicherheit im Wirtschaftsverkehr zu stärken, regen wir daher eine Klarstellung des Wortlauts an, z.B. durch eine weite Definition des Begriffs der Insolvenzmasse.

RECHT UND WETTBEWERB

EU-RICHTLINIENVORSCHLAG

ZUR HARMONISIERUNG DES

INSOLVENZRECHTS

Wir empfehlen zudem, den Begriff der „Absicht“ in Art. 8 des Entwurfs noch einmal zu überprüfen. Da es sich zumindest im deutschen Recht um eine besondere Form des Vorsatzes handelt und dieser bislang in § 133 der Insolvenzordnung nicht vorausgesetzt wird, könnte die Formulierung für rechtliche Unsicherheiten sorgen. Dies sollte im Rahmen der späteren Übersetzung vermieden werden.

2.2. Pre-pack-Verfahren

Mit dem Pre-pack-Verfahren ermöglicht der Richtlinienentwurf einen schnellen Unternehmensverkauf im Rahmen des Insolvenzrechts, der sich in zwei Phasen aufgliedert: In der Vorbereitungsphase wird versucht, einen Käufer für das ganze Unternehmen oder Unternehmensteile zu finden. In der Liquidationsphase wird der Verkauf genehmigt und ausgeführt und der Erlös an die Gläubiger verteilt.

Zwar ist es verständlich, dass der Richtlinienentwurf betroffene Unternehmen möglichst in ihrer Gänze erhalten will. Auch das deutsche Insolvenzrecht ermöglicht insbesondere im vorläufigen Insolvenzverfahren bereits die Veräußerung eines insolventen Unternehmens. Die Erhaltung von Unternehmen sollte jedoch nicht um jeden Preis geschehen:

Kritisch ist etwa, dass es im Entwurf an klaren Bestimmungen fehlt, unter welchen Voraussetzungen das Pre-pack-Verfahren eingeleitet wird. Dies sollte unbedingt nachgebessert werden, um ein rechtssicheres Verfahren und auch die Wahrung der Rechte von Gläubigern und Vertragspartnern zu gewährleisten.

Mit großen Bedenken sehen wir auch, dass im Rahmen des Pre-pack-Verfahrens die Wahrung der Gläubigerrechte nicht hinreichend Berücksichtigung findet. Dies betrifft etwa die Regelungen zu Moratorien bzw. der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen (Art. 23).

Auch fehlt es an einer Beteiligung oder Information des Gläubigers bei der Auswahl des „Sachwalters“ (Monitor), der in der ersten Phase die Suche nach einem Käufer durchführt. Vielmehr soll dieser auf Antrag des Schuldners durch das Gericht bestimmt werden. Sofern der Schuldner bei der Auswahl eine ähnliche Möglichkeit des Einflusses hat, wie bei der Auswahl des Insolvenzverwalters im deutschen Recht, kann es zu einer fehlenden Neutralität des Sachwalters und damit zu einer möglichen Gläubigerbenachteiligung kommen. Auch können durch die fehlende Gläubigerbeteiligung beim Vorverfahren diese den Verkaufsprozess nicht überwachen, was einen Schwachpunkt des Vorverfahrens darstellt. Es fehlt an klaren Hinweisen, wie detailliert die Dokumentation des Vorverfahrens zu gestalten ist. Hierfür sollten eindeutig Regelungen getroffen werden, um einen einheitlichen Verfahrensablauf zwischen den Mitgliedsstaaten aber auch innerhalb einzelner Mitgliedsstaaten zu gewährleisten.

Als sehr problematisch ist es auch anzusehen, dass Art. 27 eine Vertragsübernahme der noch zu erfüllenden und für die Weiterführung der Geschäftstätigkeit erforderlichen Verträge des (vom Pre-pack-Verfahren) betroffenen Unternehmens vorsieht, ohne dass dafür die Zustimmung der Gegenpartei erforderlich wäre. Selbst wenn Art. 27 dies nur auf solche Verträge beschränkt, deren Aussetzung die Geschäftstätigkeit zum Erliegen brächte und die Vertragsübernahme für Fälle ausschließt, bei denen der Käufer ein Wettbewerber

RECHT UND WETTBEWERB

EU-RICHTLINIENVORSCHLAG

ZUR HARMONISIERUNG DES

INSOLVENZRECHTS

des betroffenen Unternehmens ist: Es fehlt an einer Definition dieser Begriffe, die für eine rechtssicheren Anwendung erforderlich wäre.

Entscheidend ist: durch die Übertragung von Verträgen auf einen neuen Vertragspartner ohne Zustimmung der bisherigen Vertragspartei würde ein massiver Eingriff in die Vertragsfreiheit im Sinne des Art. 2 Grundgesetz stattfinden. Zumindest sollten hier zugunsten des Gläubigers Maßnahmen für einen Interessensausgleich vorgesehen werden, wie etwa eine zeitliche Begrenzung der Fortführungspflicht oder ein erweitertes Recht zu einer außerordentlichen Kündigung. Es sollten auch Ausnahmen für die Fälle vorgesehen werden, in denen, in denen ein erzwungener Wechsel des Vertragspartners aufgrund besonderer gesetzlicher Regelungen gar nicht zulässig ist.

Sehr bedenklich sind aus unserer Sicht die erheblichen Missbrauchsmöglichkeiten, die das Verfahren aufweist. Dies gilt insbesondere für die Möglichkeit des Verkaufs des Unternehmens an nahestehende Personen des Schuldners. Hier besteht aufgrund der fehlenden Beteiligung der Gläubiger das Risiko, dass ein Verkauf deutlich unter dem Marktpreis des Unternehmens realisiert wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Schuldner auf die Auswahl der Person des Sachwalters Einfluss nehmen kann.

Hinzu kommt, dass das Vorverfahren so gut wie keine Transparenz bietet. Dies verhindert auch eventuelle Überprüfungen durch neutrale Dritte.

Im Hinblick auf das deutsche Insolvenzrecht besteht derzeit vor allem auch kein Bedürfnis, noch ein weiteres Sanierungsverfahren zu schaffen: Hier existieren zahlreiche Möglichkeiten, erhaltungswürdige Unternehmen oder Teile von diesen im Vorfeld oder im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zu erhalten.

Angesichts dieses geringen Nutzens des Pre-Pack-Verfahrens und seines erheblichen Missbrauchspotentials sprechen wir uns daher deutlich gegen dessen Einführung im Rahmen einer europäischen Insolvenzrechtsrichtlinie aus. Zumindest müssten hier erhebliche Nachbesserungen erfolgen, mit denen das Verfahren transparenter gemacht, besser gegen Missbrauch abgesichert und die Gläubiger deutlich stärker beteiligt werden sollten.

2.3. Vereinfachtes Verfahren für Kleinstunternehmer

Das vorgeschlagene vereinfachte Verfahren für zahlungsunfähige Kleinstunternehmen sehen wir als ungeeignet und missbrauchsanfällig an und lehnen es ab. Dieses verwalterlos konzipierte Verfahren soll sich nur auf solche Unternehmen beziehen, die weniger als zehn Personen beschäftigen und deren Jahresumsatz oder Bilanzsumme bis zu 2 Mio Euro beträgt.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Kommissionsentwurf offensichtlich auf einer falschen Grundannahme beruht. So wird in der Begründung des Richtlinienentwurfs auf Seite 20 ausgeführt, dass Kleinstunternehmen selten einen Antrag auf Eröffnung eines regulären Insolvenzverfahrens stellen. In der Praxis sieht dies jedoch anders aus: So hatten 2021 weniger als 10 % der insolventen Unternehmen mehr als 10 Mitarbeiter.¹ In Deutschland würde das geplante Verfahren daher einen Großteil der Unternehmensinsolvenzen

¹ Quelle: Statistisches Bundesamt, Insolvenzstatistik 2021.

RECHT UND WETTBEWERB EU-RICHTLINIENVORSCHLAG ZUR HARMONISIERUNG DES INSOLVENZRECHTS

betreffen. Faktisch würde damit kein Ausnahmeverfahren, sondern vielmehr ein neues Regelinsolvenzverfahren geschaffen.

Soweit das Verfahren grundsätzlich als verwalterloses Verfahren angelegt ist, das der Schuldner in Eigenverwaltung durchführen soll, sehen wir dies als unpassend und missbrauchsanfällig an. So ist davon auszugehen, dass der Schuldner oft mit der Aufgabe überfordert sein wird, die für die Durchführung des Verfahrens erforderlichen Angaben zu seinen Vermögenswerten, den ihm gegenüber bestehenden Forderungen und diese betreffenden dinglichen Sicherheiten und Eigentumsvorbehalte im Standardformular für das Verfahren darzulegen. Es besteht daher die Gefahr, dass durch einen fehlenden Überblick über die Vermögensverhältnisse Gläubigerrechte nicht hinreichend berücksichtigt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn miteinander konkurrierende Sicherheitsrechte zu erwarten sind.

Dies können auch die im Richtlinienentwurf angelegten Korrekturen nicht beheben: so kann ein Gläubiger oder eine Gruppe von Gläubigern zwar die Bestellung eines Insolvenzverwalters herbeiführen, muss jedoch die Kosten hierfür übernehmen, wenn diese aus der Insolvenzmasse nicht getragen werden können (Art. 39). Dies dürfte in der Praxis eher zu weniger Einschaltungen von Insolvenzverwaltern führen.

Auch die Möglichkeit, dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über seine Vermögenswerte zu entziehen und unter den Vorbehalt des Insolvenzgerichts oder eines Gläubigers zu stellen (Art. 43 Abs. 4), erscheint wenig zielführend. Denn einerseits fehlen (zumindest in Deutschland) die erforderlichen Kapazitäten der Gerichte hierfür, andererseits ist es fraglich, ob das Gericht oder einzelne Gläubiger in der Lage sein werden, die Geschäfte des Schuldners zu führen. Auch ist zu befürchten, dass zumindest bei den Gerichten hierdurch eher eine Kostensteigerung als die gewünschte Kostensenkung zu erwarten ist.

Nach alledem erkennt der BGA nicht den von der EU-Kommission beabsichtigten Mehrwert des vereinfachten Verfahrens für Kleinunternehmen. Weder ist mit einer größeren Verfahrenseffizienz zu rechnen, noch mit Kostenersparnissen. Aus Sicht des BGA sollte das Verfahren daher in dieser Form nicht realisiert werden, sondern könnte allenfalls als Ausnahmeverfahren für redliche Schuldner geschaffen werden, die bei der Geschäftsführung nachweislich große Sorgfalt an den Tag gelegt haben.

3. Gesprächsangebot

Wir bitten um Berücksichtigung unserer Einschätzung zum Richtlinienvorschlag und seiner Auswirkungen auf die deutschen Handels- und Dienstleistungsunternehmen. Der BGA steht dem EU-Gesetzgeber, der Bundesregierung sowie anderen Institutionen und Personen zur Erörterung des Sachverhalts, rechtlicher und wirtschaftlicher Fragestellungen gern zur Verfügung.