



Universität Hamburg
DER FORSCHUNG | DER LEHRE | DER BILDUNG

Fakultät für
Rechtswissenschaft

Reinhard Bork

Der Harmonisierungsvorschlag der EU: Konsequenzen für die Praxis

Gliederung

- Die Genese des Harmonisierungsvorschlags
- Die Themen des Harmonisierungsvorschlags
 - Insolvenzantragspflicht
 - Insolvenzanfechtungsrecht
 - *asset tracing*
 - Gläubigerausschüsse
 - Transparenzförderung
 - *pre-pack*-Verfahren
 - Liquidation von Kleinstunternehmen
- Ausblick

Harmonisierung

- führt zu mehr Rechtssicherheit
- steigert die Effizienz von Insolvenz- und Sanierungsverfahren
- senkt die Transaktionskosten ex ante und ex post (Bewertung und Steuerung von Kreditrisiken)
- führt zu höheren Quoten
- stärkt das Vertrauen auf den gemeinsamen Markt (IWF/EZB: mangelnde Harmonisierung unter den Top 3-Hinderungsgründen für eine echte Kapitalmarktunion)
- Rechtsgrundlage: Art. 114 AEUV

Meilensteine der Harmonisierung

- 1995 EuÜ
- 2000 EuInsVO
- 2015 EuInsVO²
- 2019 RiLi Restrukturierung und Insolvenz

Weitere Schritte zur Harmonisierung

- 2011 EntschlieÙung des Europäischen Parlaments
- 2012 Mitteilung EU-Komm. COM(2012)742: neuer europäischer Ansatz zur Verfahrensweise bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen
- 2014 Empfehlung EU-Komm. COM(2014)1500: neuer Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen
- 2015 COM(2015)468: Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion
- 2015 Kommunikation COM(2015)587: Auf dem Weg zur Vollendung der Bankenunion

Weitere Schritte zur Harmonisierung

- 2020 Kommunikation COM(2020)590: neuer Aktionsplan für die Kapitalmarktunion
- 2021 Initiative stärkere Konvergenz der nationalen Insolvenzrechte und Folgenabschätzung in der Anfangsphase
Ares(2020)6591479
- 2022 Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts
[COM(2022) 702 final]

Vorarbeiten

- UNCITRAL Legislative Guide
- Empfehlungen von Institutionen und Verbänden (z.B. EBRD, ELI, Weltbank)
- Vorschläge in der Literatur

Hauptprobleme

- Zeitdruck
- kaum vorbereitende Grundlagenforschung
 - COM(2012)742: „Europäisches Parlament und Kommission haben bereits reichlich Forschungsarbeit zum Insolvenzrecht der einzelnen Mitgliedstaaten geleistet.“
 - aber: lückenhaft, grobkörnig, veraltet (*moving target*)

Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts [COM(2022) 702 final]

- Insolvenzanfechtungsrecht
- *asset tracing*
- *pre-pack*-Verfahren
- Insolvenzantragspflicht
- Liquidation von Kleinstunternehmen
- Gläubigerausschüsse
- Transparenzförderung

Reichweite

- persönlich:
 - nur Unternehmer (Art. 1 Abs. 2 lit. b)
 - mit den üblichen Ausnahmen für Banken etc.
- sachlich: Mindestharmonisierung
 - ausdr. in Art. 5 für das Anfechtungsrecht
 - ansonsten inzident

Insolvenzantragspflicht, Art. 36, 37

- „im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer juristischen Person“
- spätestens drei Monate nach Kenntnis (oder wenn Kenntnis vernünftigerweise angenommen werden kann)
- bewehrt durch zivilrechtliche Schadensersatzpflicht, unbeschadet strengerer nationaler Haftungsvorschriften

Insolvenzantragspflicht, Art. 36, 37

- „im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer juristischen Person“
- **spätestens** drei Monate nach Kenntnis (oder wenn Kenntnis vernünftigerweise angenommen werden kann)
- bewehrt durch zivilrechtliche Schadensersatzpflicht, **unbeschadet strengerer nationaler Haftungsvorschriften**

Insolvenzantragspflicht, Art. 36, 37

- „im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer juristischen Person“
- spätestens drei Monate nach Kenntnis (oder wenn Kenntnis vernünftigerweise angenommen werden kann)
- bewehrt durch zivilrechtliche Schadensersatzpflicht, unbeschadet strengerer nationaler Haftungs Vorschriften

offene Fragen

- keine europäische Definition der „Zahlungsunfähigkeit“
- weiterhin keine allgemeine Regelung zur Wahrung der Gläubigerinteressen (*shift of duties*)

Insolvenzanfechtungsrecht, Art. 2, 3, 4-12

Harmonisation
of Transactions
Avoidance Laws

Reinhard Bork and Michael Veder



INTERSENTIA

- Vorlage: Bork/Veder, Harmonisation of Transactions Avoidance Laws, 2022
- Das deutsche Recht erfüllt alle diese Voraussetzungen.

Harmonisation
of Transactions
Avoidance Laws

Reinhard Bork and Michael Veder



INTERSENTIA

Insolvenzanfechtungsrecht, Art. 2, 3, 4-12

Im Hinblick auf die angestrebte Mindestharmonisierung (Art. 5) sind nur wenige Änderungen nötig (vgl. *Bork*, ZRI 2021, 873 ff.):

- Vorsatzanfechtung für Bargeschäfte
- § 133 Abs. 4 InsO nicht nur bei unmittelbar benachteiligenden Rechtshandlungen
- Öffnung des Katalogs des § 138 InsO für nahestehende Personen
- Anfechtung gegen Einzelrechtsnachfolger auch bei grober Fahrlässigkeit

Asset tracing, Art. 13-18

- Zugang zu nicht-öffentlichen nationalen Registern
 - Bankkontenregister (BAFin: Insolvenzgerichte)
 - Transparenzregister (Geldwäsche: Gerichte)
 - sonstige nationale Register (Grundbuch, Handelsregister: Insolvenzverwalter direkt)
 - auch grenzüberschreitend
- Nicht: sonstige grenzüberschreitende Ermittlungsmaßnahmen
- Offen: Antragsrechte bei Eigenverwaltung?

Gläubigerausschüsse, Art. 58-67

- Einsetzung: durch die Gläubigerversammlung, wenn die zusätzlichen Kosten gerechtfertigt sind
- Mindestharmonisierung von
 - Auswahl, Bestellung und Abberufung der Mitglieder
 - Haftung
 - Vergütung
 - Aufgaben und Aufsicht
 - Rechtsmittel

Gläubigerausschüsse, Art. 58-67

- Kritik
 - keine Einsetzung durch das Gericht von Amts wegen (Art. 58 Abs. 1, 2)
 - auch nicht für Pflichtausschüsse (vgl. § 22a InsO)
 - Anfechtung der Bestellung (Art. 59 Abs. 5)
 - 3 – 7 Mitglieder (Art. 61)
 - Bestellung von Nicht-Gläubigern?
 - kein pflichtiger Arbeitnehmervertreter

Gläubigerausschüsse, Art. 58-67

- Kritik
 - Rücktritt möglich?
 - Rechtsmittel
 - gegen Bestellung (Art. 59 Abs. 5)
 - gegen Genehmigungsbeschlüsse (Art. 67)
 - Aufgabenkataloge zu starr
 - Protokolle gläubigeröffentlich (Art. 63 Abs. 3)

Transparenz, Art. 68

- Online-Information: Merkblatt zum nationalen Insolvenzrecht
 - maximal 5 DIN A4-Seiten
 - klare, nichtfachliche und verständliche Sprache
 - Inhalt
 - Eröffnungsverfahren
 - Forderungsfeststellung
 - Rangfolge
 - Durchschnittliche Verfahrensdauer
- Veröffentlichung im e-Justice-Portal
<https://e-justice.europa.eu/447/DE/insolvencybankruptcy>

Pre-pack-Verfahren (allg.)

- Vorbereitung eines *asset deals* vor dem Insolvenzantrag
- Vollzug unmittelbar nach Verfahrenseröffnung ($\triangleq$ übertragende Sanierung)
- Vorteile
 - Erhalt des Unternehmens
 - stille Vorbereitung
 - kurzes/schnelles und billiges Insolvenzverfahren
 - Insolvenzarbeitsrecht anwendbar

Pre-pack-Verfahren (allg.)

- Gefahren
 - immer noch Insolvenzverfahren (Stigma der Insolvenz)
 - mangelnde Transparenz
 - insbesondere hinsichtlich der Preisfindung
 - Verkauf an Insider
 - Interessenkonflikt Monitor (handelt aus)/Insolvenzverwalter (setzt um)

Pre-pack-Verfahren, Art. 19-35

- Vorschläge der Kommission
 - zwei Phasen (Art. 19)
 - Vorbereitungsphase
 - Liquidationsphase
 - Vorbereitungsphase (Art. 22-24)
 - ist schon ein Gerichtsverfahren, aber nicht zwingend Insolvenzantragsverfahren
 - Eigenverwaltung (Art. 22 Abs. 4)
 - Bestellung eines Sachwalters (Art. 22)
 - Vollstreckungsverbot verfügbar bei „wahrscheinlicher Insolvenz“ (Art. 23)
 - Sachwalter (?) sucht Kaufinteressenten (Art. 22)

Pre-pack-Verfahren, Art. 19-35

- Vorschläge der Kommission
 - Vorbereitungsphase (Art. 22-24)
 - Verkaufsprozess muss „wettbewerbsbestimmt, transparent und fair“ sein (Art. 24)
 - Verkauf auf der Basis eines alleinigen Angebots möglich (Art. 24 Abs. 2)
 - Gericht kann aber in der Liquidationsphase öffentliche Versteigerung anordnen (Art. 24 Abs. 3, 26 Abs. 2)

Pre-pack-Verfahren, Art. 19-35

- Vorschläge der Kommission
 - Liquidationsphase (Art. 25-29)
 - echtes Insolvenzverfahren (arg. Art. 2 lit. p: „festgestellte Insolvenz“; damit gilt u.a. Art. 5 BetriebsübergangsRiLi; anders bisher EuGH)
 - Sachwalter wird Insolvenzverwalter (Art. 25)
 - Genehmigung des Gerichts (Art. 26)
 - „Abtretung“ von fortführungsnotwendigen Verträgen muss möglich sein; sonst u.U. Kündigung (Ausn: Lizenzen, Art. 27).
 - Erwerb frei von Schulden (Art. 28)
 - Rechtsmittel haben aufschiebende Wirkung nur bei Sicherheitsleistung (Art. 29)

Pre-pack-Verfahren, Art. 19-35

- Vorschläge der Kommission
 - beide Phasen (Art. 30-35)
 - Angebotsauswahl muss Kriterien für Insolvenzverfahren genügen (Art. 30)
 - Haftung von Sach-/Insolvenzverwalter (Art. 31)
 - Sonderregeln für Verkauf an Insider (Art. 32)
 - Transparenz
 - einziges Angebot muss Gläubigerinteresse genügen (Schlechterstellungsverbot)
 - Aufrechnungsgrenzen für gesicherte Gläubiger als Käufer (*credit bidding*, Art. 33 Abs. 3)

Pre-pack-Verfahren, Art. 19-35

- Vorschläge der Kommission
 - beide Phasen (Art. 30-35)
 - Sonderregeln für Zwischenfinanzierungen, Vorkaufsrecht, gesicherte Gläubiger (Art. 33)
 - Schutz der Gläubigerinteressen (Art. 34)
 - Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts (Art. 35)

Pre-pack-Verfahren, Art. 19-35

- Vorschläge der Kommission
 - beide Phasen (Art. 30-35)
 - Recht auf Gehör für Gläubiger und Anteilseigner (Art. 34 Abs. 1 und 2)
 - sofern Forderung werthaltig
 - betreffend
 - Fairness und Transparenz des Verkaufsprozesses
 - Rechtmäßigkeit des ausgewählten Gebots

Pre-pack-Verfahren, Art. 19-35

- Kritik
 - Eigenständiges Verfahren, nicht nur *tool*/im Insolvenzverfahren?
 - Drohende Insolvenz als Eingangsvoraussetzung?
 - Verhältnis zu §§ 15a, 15b InsO?
 - Begriff der „wahrscheinlichen Insolvenz“ (Art. 23)
 - Rangvorrecht für Zwischenfinanzierungen durch Sachwalter (Art. 33 Abs. 1 lit. b; *super priority*)
 - Verkauf auf Basis nur eines Angebots (Art. 24 Abs. 2)
 - Gläubigerbeteiligung: nur rechtliches Gehör, keine echte Mitbestimmung (vgl. § 160 Abs. 1 Nr. 3 InsO)?
 - „Abtretung“ von Verträgen (Art. 27)

Pre-pack-Verfahren, Art. 19-35

- Kritik
 - Übertragung fortführungsnotwendiger *assets* ohne Zustimmung von Sicherungsnehmern möglich, sofern keine Schlechterstellung oder keine bessere Verwertungslösung (Art. 34 Abs. 4)
 - Verzahnung mit der EuInsVO
 - ausschließliche Zuständigkeit des Liquidationsgerichts (Art. 21; Art. 3 EuInsVO?)
 - Behandlung der schwebenden Verträge allein nach der *lex fori concursus* (Art. 27 Abs. 3; Art. 8 ff. EuInsVO?)

Liquidation von Kleinstunternehmen, Art. 38-57

Problem

- Kleinstunternehmen haben zu 95% keine hinreichende Masse
- Sonderregime ist internationaler Standard, z.B.
 - *Mokal/Davis/Mazzoni/Mevorach/Romaine/Sarra/ Tirado/Madaus*, Micro, Small, and Medium Enterprise Insolvency: A Modular Approach (2018)
 - UNCITRAL Legislative Guide on insolvency law for micro- and small enterprises (2021)
 - Spanien, Irland, Frankreich (COVID-Maßnahme)



Liquidation von Kleinstunternehmen, Art. 38-57

- Anwendungsbereich
 - Kleinstunternehmen: weniger als 10 Arbeitnehmer und max. 2 Mio. € Umsatz (Art. 2 lit. (j) i.V.m. Art. 2 Abs. 3 Anh. Kommissionsempfehlung 2203/361/EC)
 - in Deutschland 2,1 Mio. Unternehmen (ca. 80%)
 - ca. 26.000-27.000 Insolvenzverfahren jährlich
 - Eröffnung ca. 75%
 - Masse generiert sich zu 1/3 aus Anfechtung
 - in Europa 90% aller Unternehmen

Liquidation von Kleinstunternehmen, Art. 38-57

- Anwendungsbereich
 - Zahlungsunfähigkeit: generell nicht in der Lage, die Schulden bei Fälligkeit zu begleichen (nach Maßgabe des nationalen Rechts, Art. 38 Abs. 2); Überschuldung bleibt aber wichtig nach §§ 15a, 15b InsO
 - Liquidationsverfahren
 - Kostendeckung aus der Masse nicht erforderlich (Art. 38 Abs. 3)

Liquidation von Kleinunternehmen, Art. 38-57

- Eingangsentscheidung (Art. 41, 42)
 - Antrag des Schuldners, eines Gläubigers oder einer Gläubigergruppe
 - Mindestangaben auf Standardformular (ggf. Kontrolle des Vermögensverzeichnisses durch Gericht oder Verwalter, Art. 48 Abs. 1)
 - Entscheidung nach spätestens 2 Wochen (also kein typisches Insolvenzantragsverfahren)
 - Bekanntmachung und individuelle Gläubigerinformation gem. Art. 45 durch das Gericht
 - rechtsmittelfähig, aber keine aufschiebende Wirkung

Liquidation von Kleinstunternehmen, Art. 38-57

- Vereinfachtes Liquidationsverfahren
 - Ist (reduziertes) Insolvenzverfahren
 - Eigenverwaltung ohne Sachwalter (Art. 43 Abs. 1), aber ggf. mit Zustimmungsvorbehalt für das Gericht (Art. 43 Abs. 4 lit. a) oder Verwertungsbefugnis für einen Gläubiger (Art. 43 Abs. 4 lit. b)
 - Insolvenzverwalter nur auf Antrag des Schuldners, eines Gläubigers oder einer Gläubigergruppe und nur bei Kostendeckung (Art. 39)
 - Kompetenzen legt das Gericht fest (Art. 43 Abs. 2)
 - elektronische Kommunikation (Art. 40)
 - Vollstreckungsverbot als Regelfall (Art. 44)

Liquidation von Kleinstunternehmen, Art. 38-57

- Vermögensverwertung und -verteilung (Art. 48-54)
 - Insolvenzmasse umfasst Neuerwerb (Art. 48 Abs. 2)
 - Verwertung durch das Gericht (Ausn.: keine oder nur geringwertige Vermögenswerte, Art. 49)
 - Verwertung nach Ermessen des Gerichts, vorzugsweise im Wege elektronischer Auktion (Art. 50-54)
 - Erlösverteilung durch das Gericht (Art. 49 Abs. 1 lit. a)

Liquidation von Kleinstunternehmen, Art. 38-57

- Anfechtungsklagen (Art. 47)
 - Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen liegt im Ermessen des Insolvenzverwalters oder der Gläubiger
 - Bei erheblichen Anfechtungsansprüchen ist Umwandlung in ein reguläres Insolvenzverfahren möglich.

Liquidation von Kleinstunternehmen, Art. 38-57

- Vereinfachte Forderungsfeststellung (Art. 46)
 - vom Schuldner angegebene Forderungen gelten als angemeldet
 - und unbestritten, wenn nicht innerhalb von 30 Tagen bestritten
 - sonst Anmeldung innerhalb dieser 30 Tage
 - mit bestrittenen Forderungen befasst sich unverzüglich ein Gericht
 - Gericht kann Feststellung auch ohne Bestreiten (*ex officio*) verweigern
 - Liquidationsverfahren kann währenddessen fortgesetzt werden

Liquidation von Kleinstunternehmen, Art. 38-57

- Abschluss des Verfahrens (Art. 55-57)
 - umgehend, wenn keine oder nur geringwertige Vermögenswerte (Art. 49 Abs. 2)
 - sonst Abschlussentscheidung des Gerichts nach Erlösverteilung (Art. 55)
 - Restschuldbefreiung für natürliche Personen (Gründer, Eigentümer, Gesellschafter) nach Maßgabe der Richtlinie 2019/1023 (Art. 55 Abs. 2, 56)
 - Koordination (?) mit Insolvenzverfahren für Gründer, Eigentümer, Gesellschafter und Familienmitglieder, die gesetzlich oder aus Bürgschaft persönlich für die Schulden des Kleinstunternehmens haften (Art. 57)

Liquidation von Kleinstunternehmen, Art. 38-57

- Kritik
 - Anwendungsbereich zu groß („Kleinstunternehmen“ sind gar nicht so klein...)
 - Verzicht auf Sachwalter und Insolvenzverwalter ist kontraproduktiv (*asset tracing*, Anfechtung)
 - Idee: Verwalter nur, wo benötigt (Antrag) und finanzierbar; setzt aber Information voraus
 - Betriebsfortführung/-abwicklung ohne Verwalter kaum vorstellbar
 - Schuldner wird häufig überfordert sein
 - Schuldnerberatung bleibt wichtig

Liquidation von Kleinstunternehmen, Art. 38-57

- Kritik
 - Sinn eines mangels Masse sofort wieder aufzuhebenden (Art. 49 Abs. 2) Insolvenzverfahrens auf Staatskosten (Art. 38 Abs. 3 und 4)?
 - Vorlauf für Digitalisierung (z. B. Art. 50 ff.)

Liquidation von Kleinstunternehmen, Art. 38-57

- Kritik
 - Erhebliche Belastung der Gerichte (neue Aufgaben, hohe Fallzahlen; Rechtspfleger?)
 - online-Auktion durch das Gericht; wer sichtet und fotografiert die Vermögensgegenstände? Wer informiert die Gläubiger (Art. 54 Abs. 2)?
 - Wer prüft die Kostendeckung (Art. 39 lit. b)?
 - Verfahrenseröffnung „im Blindflug“? (Beweislast für die in Art. 42 Abs. 2 genannten Voraussetzungen?)

Liquidation von Kleinstunternehmen, Art. 38-57

- Kritik
 - Anfechtungsrecht weitgehend obsolet
 - Missbrauch durch Beiseiteschaffen von *assets* wahrscheinlich
 - Wer berücksichtigt Arbeits- und Steuerrecht? (Beraterkosten konterkarieren das Verfahrensziel)
 - kein Insolvenzplan



Ausblick

Desiderata

- Definition der Insolvenz
- Harmonisierung der Rangordnung

Ausblick

Nächste Schritte

- Frist zur Stellungnahme durch Verbände etc.: 17.3.2023
- Kritische Stellungnahme des *European Economic and Social Committee* (23.3.2023)
- Beratung im Europäischen Rat (seit 18.1.2023)
- Beratung im Europäischen Parlament
- Trilog
- Abschließende Entscheidung ca. Ende 2024
- Umsetzung spätestens zwei Jahre nach Inkrafttreten (Art. 71 Abs. 2)



**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!**

bork@uni-hamburg.de