

# INDAT REPORT

Fachmagazin für Restrukturierung,  
Sanierung und Insolvenz

»Zur Neuausrichtung der Vorsatzanfechtung durch den IX. Zivilsenat des BGH

## Notwendige Korrektur einer aus dem Ruder gelaufenen Rechtsentwicklung?

»Im Gespräch mit Bundesjustizminister Marco Buschmann (FDP)

### **Diskussion zu schlüssigem Gesamtkonzept des RL-Vorschlags ist noch unterentwickelt**

»Vier Standpunkte zum RL-Vorschlag COM(2022) 702 final – 2022/0408(COD)

### **Viel Kritik und ein wenig Lob**

»RA/Dipl.-Kfm. Torsten Gutmann und  
RA Dr. Christian Kaufmann (PLUTA) im Porträt

### **Kaufmännisch rechnen steht vor den Paragrafen**

»StaRUG 2022: Erhebung der RES- und SAN-Sachen

### **Sprechen die Zahlen für sich?**

**impro**  
immobilien | professionell

impro.de

# Harmonisierung des Insolvenzrechts in Europa ist gut, aber nicht jeder Harmonisierungsvorschlag passt

von Rechtsanwalt Frank Grell und Rechtsanwalt Dr. Marvin Knapp, Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e. V.\*

Als Zusammenschluss von Restrukturierungsexperten renommierter Banken, Wirtschaftsprüfungs- und Unternehmensberatungsgesellschaften, Insolvenzverwaltersozietäten sowie Anwaltskanzleien spricht sich die Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e. V. (die »TMA«) schon seit langer Zeit für eine Angleichung der europäischen Insolvenzrechtsordnungen aus. Die TMA begrüßt daher auch die Bestrebungen des Kommissionsvorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts (COM(2022) 702 final), das Insolvenzrecht der Mitgliedstaaten weiter zu harmonisieren. Dabei muss es aber gerade für Jurisdiktionen wie unsere mit ihrem weit entwickelten Insolvenz- und Restrukturierungsrecht Öffnungsklauseln geben, um nicht etablierte und gut funktionierende Vorgehensweisen ohne Grund über Bord zu werfen. So passen insbesondere bei den Vorgaben zu Pre-pack-Verfahren und vereinfachten Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen eine Reihe von Punkten nicht und würden die avisierte Effizienzsteigerung infrage stellen.

## I. Pre-pack-Verfahren

Es ist ein legitimes Ziel, durch die Einführung des Pre-pack-Verfahrens den Verkauf von fortgeführten Unternehmen in der Insolvenz zu fördern, auch wenn ein solches Verfahren in Konkurrenz zu anderen etablierten Verfahren tritt. Unbestreitbar wird beim Verkauf als fortgeführtes Unternehmen ein höherer Wert erzielt als durch die stückweise Liquidation.

Die Suche eines geeigneten Käufers in der Vorbereitungsphase entspricht in Deutschland gängiger Praxis. So wird üblicherweise ein M&A-Prozess im Eröffnungsverfahren eingeleitet, der dann nach Verfahrenseröffnung zum Abschluss kommt. Die Ziele der Wettbewerbsorientiertheit, Transparenz und Fairness des Verkaufsprozesses werden bislang durch die Überwachung durch den Gläubigerausschuss ausreichend verfolgt. Das neue Pre-pack-Verfahren änderte daran noch nichts, außer dass der Gläubigerausschuss nach dem Richtlinienentwurf zukünftig weniger und das Gericht mehr Einfluss hätte. Da das Verfahren im Gläu-

bigerinteresse erfolgt, erscheint dieser Aspekt nicht logisch. Hier sollte zumindest eine Öffnungsklausel aufgenommen werden für Jurisdiktionen, die – wie unsere – einen Verkaufsprozess bereits kennen.

Es ist naheliegend, dass der in der Vorbereitungsphase einzuleitende M&A-Prozess im Rahmen des Eröffnungsverfahrens stattfindet. Denn außerhalb einer Insolvenz dürfte ein Gesellschafter in der Regel keinen Anreiz haben, ein Pre-pack-Verfahren einzuleiten, und mangels eines vorinsolvenzlichen *shift of fiduciary duties* besteht auch keine entsprechende Verpflichtung zur Einleitung eines solchen Prozesses im Gläubigerinteresse. Sofern der M&A-Prozess im Rahmen des Eröffnungsverfahrens stattfindet, ist die Überwachung durch den vorläufigen Gläubigerausschuss gewährleistet. Sofern der M&A-Prozess im Rahmen eines Pre-pack-Verfahrens entgegen der Erwartung vor Insolvenzantragstellung stattfindet, muss sichergestellt werden, dass dieser Prozess jedenfalls bei Vorliegen einer Überschuldung im Interesse der Gläubiger durchgeführt wird.

Die übertragende Sanierung im Wege des vorgesehenen Pre-pack-Verfahrens würde insbesondere durch die Möglichkeit der Vertragsübernahme ohne Zustimmung des anderen Teils gegenüber einer Sanierung im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens wesentlich an Attraktivität gewinnen, denn die Möglichkeit der Vertragsübernahme ist ein wesentliches Argument für die Durchführung der Sanierung im Wege eines oftmals aufwendigeren, rechtsträgererhaltenden Insolvenzplanverfahrens. Dabei stellt die im Richtlinienentwurf vorgesehene Vertragsübernahmemöglichkeit einen über das bisher bekannte Maß hinausgehenden Eingriff in die Vertragsautonomie dar; diese im deutschen Recht verfassungskonform auszugestalten, wird besondere Beachtung erhalten müssen. Die im Richtlinienentwurf vorgesehene Möglichkeit der Vertragskündigung durch Gerichte ist praktisch schwierig; vorzugswürdig erscheint ein Kündigungs- oder Wahlrecht des Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters.

Der im Richtlinienentwurf vorgesehene schuldenfreie Erwerb von Unternehmen stößt in Konzernsachverhalten an seine Grenzen, in denen beispielsweise Beteiligungen an Tochtergesellschaften im Rahmen der übertragenden Sanierung veräußert werden und diese Tochtergesellschaften eigene Verbindlichkei-

\* Frank Grell (Latham & Watkins) ist Mitglied des erweiterten TMA-Vorstands. Er und Dr. Marvin Knapp (Freshfields Bruckhaus Deringer) leiten zusammen mit Dr. Patrick Schulz (Sidley Austin) den TMA-Facharbeitskreis Restrukturierungsrecht.



Rechtsanwalt Frank Grell



Rechtsanwalt Dr. Marvin Knapp

ten aufweisen. Wünschenswert wäre eine Regelung – dem Vorbild von § 223a InsO folgend –, die eine Freigabe von Drittsicherheiten ermöglicht. Dies würde einen wertmaximierenden Verkauf ermöglichen, der wiederum sämtlichen Gläubigern des Schuldners zugutekommt.

Eine wesentliche Bedeutung bei übertragenden Sanierungen hat der Übergang der Arbeitsverhältnisse nach § 613 a BGB. Aufgrund des bei Sanierungen oftmals notwendigen Personalabbaus wäre die Einführung einer Opt-out-Möglichkeit wünschenswert, wonach ein Erwerber die Wahl hat, den generellen Übergang von Arbeitsverhältnissen zu verhindern, was im Einzelfall vorzugswürdig sein kann.

## II. Vereinfachte Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen (Art. 38–57)

Das im Richtlinienentwurf vorgesehene Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen mag für andere europäische Jurisdiktionen einen großen Vorteil bringen, für Deutschland sollte es auf Fälle beschränkt werden, in denen ansonsten mangels für eine Verfahrenseröffnung ausreichender Masse kein zu einer Restschuldbefreiung führendes Verfahren gegeben ist.

Ohne eine solche Beschränkung würden nahezu 90% der Regelinsolvenzen in Deutschland diesem neuen Verfahren unterworfen sein. Das wäre problematisch, da die notwendige Fachexpertise für bestimmte Aufgaben innerhalb des Insolvenzverfahrens bei schuldnerischen Kleinstunternehmen in der Regel nicht gegeben sein wird. Die Insolvenzgerichte sind personell und organisatorisch nicht dafür aufgestellt, diese Lücke zu füllen. Ein so weitgehender Verzicht auf Insolvenzverwalter oder Sachwalter dürfte aufgrund der fehlenden Ordnungs- und Befriedungsfunktion zu schlechteren Ergebnissen für die beteiligten Stakeholder bei gleichen oder höheren gesamtwirtschaftlichen Kosten führen. Gleichzeitig erhöht sich die Gefahr von durch den Schuldner missbräuchlich eingeleiteten Verfahren zum Zwecke der eigenen Entschuldung. Hier sollte eine Opt-out-Option für die Mitgliedstaaten vorgesehen werden.

Sollte Deutschland das neue Verfahren einführen, dann ist die Vereinfachung von Forderungsanmeldung und -feststellung im Ansatz für Kleinstunternehmen zu begrüßen, es muss aus der



Foto: Genevieve Engel/EU

Perspektive des Gläubigerschutzes jedoch darauf geachtet werden, dass die Widerspruchslösung bei nicht unternehmerischen Gläubigern oder Kleingläubigern nicht zu Nachteilen führt, wenn sie den Beginn der Frist verpassen.

## III. Weitere Themenbereiche

Hinsichtlich der weiteren Themenbereiche dürften die Vorschläge zur Insolvenzanfechtung oder zu Gläubigerausschüssen für das deutsche Recht keinen Änderungsbedarf auslösen, das gilt auch für die Vorgabe zur Geschäftsleiterhaftung; inwieweit die Insolvenzantragspflichten im deutschen Recht überarbeitet und verändert werden sollten, dürfte – insbesondere auch im Hinblick auf die europäische Harmonisierung – noch einmal diskutiert werden. Die vorgeschlagenen Regeln zur Nachverfolgung von Vermögenswerten, dem *Asset Tracing*, sind sinnvoll, werden aber keine wesentliche Verbesserung bringen.

## IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend gilt, dass eine weitere Harmonisierung des Insolvenzrechts der Mitgliedstaaten begrüßenswert ist. Deutschland sollte als Jurisdiktion mit einem weit entwickelten Insolvenz- und Restrukturierungsrecht Öffnungsklauseln fordern, um nicht etablierte und gut funktionierende Vorgehensweisen ohne Grund über Bord zu werfen, das gilt insbesondere für die Vorschläge zu Pre-pack-Verfahren und vereinfachten Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen. <<