

Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen

Ein Richtlinienvorschlag an der Realität von 90 % der Unternehmen vorbei.

Ein Gastbeitrag von PROF. DR. CHRISTOPH ALEXANDER JACOBI.

Disclaimer und Entwarnung: Bitte lesen oder überfliegen Sie nachfolgenden Text nur, wenn Sie gerade nichts anderes zu tun haben. Die Regelungen zum Richtlinienvorschlag COM(2022) 702 werden nach Einschätzung des Autors in der aktuellen Fassung aller Voraussicht nach so nicht verabschiedet, geschweige denn in deutsche Insolvenzregeln umgesetzt.

Ähnlich wie zur Restrukturierungsrichtlinie COM(2016) 723, die im StaRUG, mündete, entwickelt sich abermals eine Flut von Stellungnahmen und Beiträgen. Der Autor beschränkt sich daher aus seiner Perspektive der nahezu 20jährigen Erfahrung in der Restrukturierungsbranche, vor allem als Insolvenzverwalter und Sachwalter, auf einige skizzenhafte Kernaspekte, die ihn in besonderer Weise

dazu führten, sich aufgrund der auffälligen Realitätsferne von COM(2022) 702 verwundert die Augen zu reiben.

WO IST DIE EUROPÄISCHE GESETZGEBUNGSKOMPETENZ FÜR DAS INSOLVENZRECHT?

Ob der von der EU-Kommission vorgelegte Richtlinienvorschlag COM(2022) 702 des Europäischen Parlaments und des Rats „zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts“ vom 07.12.2022 (RL-V) von deren Regelungskompetenzen gedeckt ist, wird immer wieder hinterfragt, wie zuletzt von Smid und Wehdekind angedeutet (ZInsO 2023, 198). Dass eine solche Kompetenz für das Insolvenzrecht nicht besteht, wurde vom Autor bereits im Zusammenhang

mit der Restrukturierungsrichtlinie COM(2016) 723 ausgeführt (ZInsO 2018, 597, 598 f.). Denn die Kompetenz-Begründungs-These der europäisch divergierenden Insolvenzregeln als Hindernis für den freien Kapitalverkehr und damit als Hürde für mehr grenzüberschreitende Investitionen im Rahmen der Kapitalmarktunion wurde trotz vielfacher Erwähnung dieser These in zahlreichen EU-Dokumenten (Jacobi, aaO) nie belegt und muss daher als frei erfunden charakterisiert werden. Trotz fehlender Kompetenz werden diese Regelwerke also gleichwohl erlassen. Und sofern sie zu einer Verbesserung der insolvenzrechtlichen EU-Landschaft führen, sollte vielleicht nicht zu kleinkariert auf diesem Punkt herumgeritten werden.

Dennoch ist dieser Umstand der fehlenden Gesetzgebungskompetenz – nicht zuletzt aus Sicht eines rechtsstaatlichen Demokratieverständnisses heraus – immer wieder zu erwähnen, da er anderenfalls zu immer weiteren kompetenzlosen Eingriffen in die nationalstaatlichen Gesetzgebungszuständigkeiten führen wird. Klar positioniert sich derzeit neben der WKO Wirtschaftskammer Österreich (Stellungnahme v. 30.01.2023 zu COM(2022) 702, S. 2 f.) die Deutsche Kreditwirtschaft in ihrer Stellungnahme v. 27.02.2023 zu COM(2022) 702:

Vor allem hinsichtlich der Regelungen zu Titel VI zur Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen „zeigt sich besonders deutlich die [...] fehlende Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Kommission: Denn es ist offensichtlich, dass diese Sonderregelungen für Kleinstunternehmen in keinsten Weise geeignet sind, die angestrebte Kapitalmarktunion zu fördern.“

Klar und deutlich auch die Wirtschaftskammer Österreich (Stellungnahme, aaO):

„Schon formal fällt auf, dass die Union wieder einmal einen Rechtsakt anstrebt, für den sie zumindest teilweise nicht zuständig ist. Denn das jeweilige Verfahrensrecht, einschließlich des Insolvenzrechts, fällt in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Bedauerlicherweise versucht die Kommission wieder einmal, diese Tatsache zu ignorieren.“

„Formal stützt sich der Richtlinienvorschlag auf Artikel 114 AEUV. Die Tatsache, dass unterschiedliche Insolvenzregeln den freien Kapitalverkehr im Binnenmarkt behindern können (darüber besteht kein Konsens), ist keine Besonderheit dieser Regeln. Die Auffassung, dass diese Unterschiede erhebliche Hindernisse darstellen, wird nicht geteilt.“

„Der von der Kommission gewählte Ansatz würde - schlüssig weitergedacht - bedeuten, dass nicht nur das Insolvenzrecht (als Querschnittsmaterie des Zivilrechts), sondern (mindestens) das gesamte Zivilrecht harmonisiert werden müsste.“

„Unstrittig dürfte auch sein, dass Unternehmen nicht über das Insolvenzrecht in Konkurrenz zueinander treten.“

„Die Zahlen belegen, dass Anleger offenbar keineswegs davon abgehalten werden, grenzüberschreitend zu investieren, wenn sie mit dem jeweiligen Insolvenzrecht weniger vertraut sind. Das beweist auch, dass der Binnenmarkt funktioniert.“

„Kleinstunternehmen werden kaum ein attraktives Ziel für grenzüberschreitende Investoren sein, jedenfalls nicht in einem Ausmaß, das ein Tätigwerden der Kommission in der geplanten Weise rechtfertigen würde.“

ZIELSTELLUNG DES RICHTLINIENENTWURFS: FÖRDERUNG DER KAPITALMARKTUNION

In der Insolvenz- und Restrukturierungsbranche wird ferner vielfach gesehen, dass die Regelungen von COM(2022) 702 nicht einmal annähernd oder maximal ansatzweise geeignet sind, tatsächlich die Kapitalmarktunion und damit die offizielle Zielsetzung des Kommission zu befördern (bspw. Sämisch, ZRI 2023, 93, 101 „nur ansatzweise“). Und dennoch: Sollten sich in den nun bevorstehenden Verhandlungen zur Richtlinie europaweite Verbesserungen herbeiführen lassen, sind wahrscheinlich die meisten Marktteilnehmer offen für derlei Regelungen. Das Demokratiedefizit, welches mit kompetenzlosen Regelungen verbunden ist, sollte gleichwohl nicht aus den Augen verloren werden.

IM VISIER DER KOMMISSION: DER GESAMTE UNTERE MITTELSTAND

Die Angaben, welche Unternehmen vom Richtlinienentwurf Titel VI zur Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen betroffen sind, schwanken zwischen 80 % (Stellungnahme BAKInso zu COM(2022) 702 v. 24.02.2023, S. 17) und mehr als 90 % (Stellungnahme NIVD zu COM(2022) 702 v. 28.02.2023, S. 2). Die übrigen rund 10 % der verbleibenden Unternehmen des oberen Mittelstandes sind vom Regelungsbereich des Richtlinienentwurfs Titel VI nicht betroffen. In Europa sind nach vorliegenden Daten diese Unternehmensstrukturen in der Verteilung in „unteren“ und „oberen“ Mittelstand durchgehend ähnlich (Stellungnahme Die Deutsche Kreditwirtschaft, aaO, S. 10).

Es handelt sich bei dem Richtlinienentwurf Titel VI zur Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen damit um ein neues Regelverfahren, das in rund 80-90 % aller Unternehmensinsolvenzfälle zur Anwendung käme. Wegen dieser nahezu flächendeckenden Relevanz des Richtlinienvorschlags zu Kleinstunternehmen wird darauf hingewiesen, dass besondere gesetzgeberische Sorgfalt bei der Prüfung der vorgeschlagenen Regelungen angezeigt ist (Stellungnahme NIVD, aaO, S. 2).

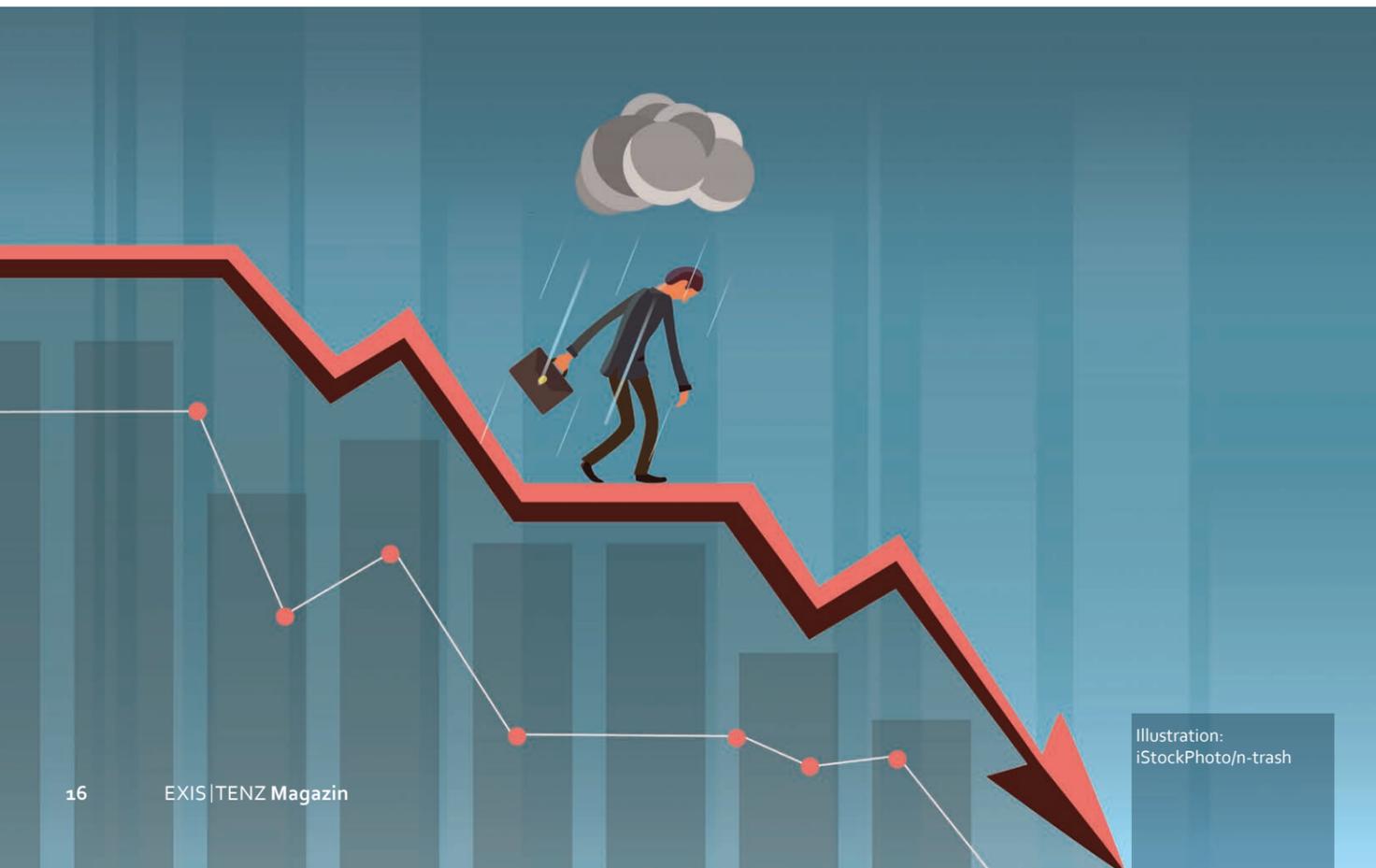


Illustration:
iStockPhoto/n-trash

WURDEN DIE GRUNDANNAHMEN DES RICHTLINIENVORSCHLAGS COM(2022) 702 EUROPaweIT ÜBERPRÜFT?

Eine Grundannahme von COM(2022) 702 im Zusammenhang mit dem neuen Insolvenzverfahren für Kleinunternehmen ist die Kostenintensität dieser Verfahren. Aus diesem Grund sollen die Verfahren für Kleinunternehmen künftig ohne Verwalter durch den Schuldner geführt werden. In Deutschland liegen die Kosten für ein Insolvenzverfahren juristischer oder natürlicher Personen im untersten Bereich, von Kleinstverfahren bei einem regelmäßigen Betrag, der 5.000 EUR kaum übersteigt. Bei diesen Beträgen kann nicht von Kostenintensität gesprochen werden, da ein professionelles Verfahren, in dem auch alle öffentlich-rechtlichen Pflichten wahrgenommen werden, nicht kostengünstiger umsetzbar ist.

Bei Insolvenzmassen, die nicht einmal diesen Betrag decken, ist alsdann die Abweisung mangels Masse der erfahrungsgemäß günstigste, effektivste und schnellste Weg, das Unternehmen zu liquidieren, indem die praktisch nicht vorhandenen Vermögenswerte nur noch unter der Obhut des Registergerichts gegebenenfalls verwertet werden – in keinem Fall aber für die Gläubiger noch Vorteile aus derlei Verfahren bzw. Vermögenssituationen gezogen werden können, insbesondere nachdem zuvor von einem gerichtlich beauftragten Gutachter auch mögliche Anfechtungs- und Haftungsansprüche abschlägig geprüft wurden.

Eine Datenerhebung der EU-Kommission im Vorfeld zur Vorbereitung des Richtlinienvorschlags zu den Kosten von Kleininsolvenzverfahren ist nicht bekannt (Stellungnahme NIVD, aaO, S. 4). Der Vorschlag zu COM(2022) 702 erfolgte also offenbar ohne Kenntnis der tatsächlichen Situation in den Mitgliedstaaten, mehr aus dem Bauch heraus, mithin letztlich „ins Blaue hinein“.

Für die Entwicklung der deutschen Insolvenzordnung wurden 20 Jahre benötigt, worauf Sämisich (aaO, 101) im aktuellen Kontext hinweist. Das mag bei einer optimalen Gesetzgebungssituation sicherlich auch schneller gehen, aber dieser Hinweis sollte doch in Erinnerung rufen, um welche Kernthemen und letztlich Grundrechte der Bürger es bei diesem insolvenzrechtlichen Thema geht, so dass anstelle übereilter Stellungnahmefristen von Seiten der Kommission ein wenig mehr Achtsamkeit angebracht wäre.

KERNPUNKTE DES LIQUIDATIONSVERFAHRENS FÜR KLEINSTUNTERNEHMEN NACH TITEL VI VON COM(2022) 702

Die wesentlichen Parameter des Liquidationsverfahrens für Kleinunternehmen lassen sich schnell in Titel VI von COM(2022) 723 in den Artikeln 38 bis 57 RL-V nachlesen und ergänzend in aktuellen Veröffentlichungen zum Richtlinienvorschlag (Bergner/Bierbach/Hänel,

Regelungen des RL-V zu Titel VI	Auswirkungen
Der Anwendungsbereich erfasst Kleinunternehmen juristischer und natürlicher Personen gemäß Art. 2 j) RL-V i. V. m. Art. 2 Nr. 3 Kommissionsempfehlung v. 06.05.2003/361/EC: „Innerhalb der Kategorie der KMU wird ein Kleinunternehmen als ein Unternehmen definiert, das weniger als 10 Personen beschäftigt und dessen Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 2 Mio. EUR nicht überschreitet.“	Wie aufgeführt betrifft dies 80 bis 90 % der europäischen Unternehmen . Es wird bemessen an der Anzahl der betroffenen Unternehmen also ein neues Regelverfahren entworfen.
Art. 38 Abs. 2 RL-V formuliert als Zugang den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit (nicht: Überschuldung) und überlässt den Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung einen weiten Spielraum.	Der weite Spielraum steht dem offiziellen Kommissionsziel der Harmonisierung zwecks Kapitalmarktunion entgegen. Mangels Regelung zur Überschuldung (für juristische Personen) droht deren Abschaffung und damit der Verlust von Gläubigerschutz.
Nach Art. 42 Abs. 1 und 41 Abs. 7 RL-V ist zwingend spätestens zwei Wochen nach dem (Schuldner- oder Gläubiger-) Antrag über die Verfahrenseröffnung zu entscheiden. Abgelehnt werden kann der Antrag nur aus den Gründen: kein Kleinunternehmen, keine Zahlungsunfähigkeit, keine Zuständigkeit.	Nach diesem Modell wird es im neuen Regelverfahren keine Insolvenzgeldvorfinanzierung mehr geben, keinen vorläufigen Verwalter und keine Eröffnungsphase, in der eine Restrukturierung vorbereitet werden kann oder überhaupt Informationen ermittelt werden könnten.
Gemäß Art. 39 und 43 RL-V führt der Schuldner das Verfahren grundsätzlich in Eigenverwaltung ohne Sachwalter/Insolvenzverwalter , es sei denn, der Schuldner oder Gläubiger beantragen dies, vorausgesetzt die Kosten sind aus der Masse gedeckt oder werden vom Gläubiger übernommen.	Die Bestellung eines Verwalters soll gemäß RL-V zum Ausnahmefall werden. Die Gerichte müssen teilweise die Verwalteraufgaben übernehmen. Beratung im Vorfeld und im Verfahren werden notwendig. Wechsel zum Verwalterverfahren sind zudem häufig absehbar. Folglich werden die Verfahren teurer und langwieriger . Öffentlich-rechtliche Pflichten werden nicht mehr erfüllt werden, wie Steuererklärungen und vor allem Insolvenzgeldbescheinigungen. Die Arbeitnehmer werden die Hauptgruppe sein, die von diesen Verfahren benachteiligt wird.
Nach Art. 38 Abs. 3 RL-V ist das Verfahren zwingend zu eröffnen , auch wenn die Kosten nicht aus der Masse oder durch einen Gläubiger gedeckt sind.	Es gibt keine Abweisung mangels Masse mehr . Das Verfahren ist dann auf Staatskosten, auch bei juristischen Personen, zu eröffnen.
Gemäß Art. 47 a ist die Verfolgung und Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen nicht zwingend , sondern liegt im Ermessen der Gläubiger oder ggf. des Verwalters.	In der Regel wird – allein schon mangels Ermittlung im Vorfeld – keine Insolvenzanfechtung mehr stattfinden . Finanzämter, Family & Friends werden davon profitieren.
Nach Art. 46 RL-V gelten die Insolvenzforderungen als angemeldet , wenn sie der Schuldner in seinen Verzeichnissen angab. Zudem können Gläubiger Forderungen binnen 30 Tagen nach Eröffnung anmelden. Die Feststellung erfolgt ohne Weiteres nach Fristablauf, wenn kein anderer Gläubiger Einwände erhebt.	Eine Tabellenprüfung , wie bislang durch die Verwalter vorgenommen, entfällt . Family & Friends werden davon profitieren. Sofern Gläubiger von dem Verfahren wissen, können sie anmelden, falls der Schuldner sie vergessen hat.
Die Verwertung der Insolvenzmasse , inklusive Unternehmensverkauf (asset deal/übertragende Sanierung), erfolgt gemäß Art. 50 ff. RL-V vollständig über eine elektronische Auktion .	Wer keine Information über das Verfahren hat, ist ausgeschlossen; anderes als im klassischen M&A-Prozess, in dem potentielle Interessenten gezielt angesprochen werden.



Prof. Dr. Christoph Alexander Jacobi
Foto: Kanzlei

INDat 2023, 74 ff.; Frind, ZInsO 2023, 419 ff.; Loszynski, EXIS|TENZ, #38/2023, S. 49 ff.; Sämisch, ZRI 2023, 93 ff.; Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198 ff.; Tashiro, EXIS|TENZ, #38/2023, S. 43 ff.; Thole, ZIP 2023, 389 ff.). Die Kernpunkte zum Liquidationsverfahren für Kleinunternehmen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

DER REALE FALL DER PRAXIS

Was ist die Realität jener kleinen Insolvenzverfahren? Die Stellungnahme des BAKinso (aaO, S. 8) fasst dies prägnant zusammen:

„Bei den Unternehmens-Kleinstverfahren verzeichnen die Insolvenzgerichte die Insolvenzverschleppung trotz strafbewehrter Antragspflicht (§ 15a InsO) nach wie vor als Regelfall. Diese Verfahren werden regelmäßig durch Gläubigerantrag institutioneller Gläubiger eingeleitet. Die jeweiligen Geschäftsleiter sind nicht kooperationsbereit, nicht auskunftswillig (§§ 20 Abs. 1 S. 2, 97 Abs. 1 InsO) und die Eröffnungsverfahren gestalten sich häufig als langwierige Ermittlungsverfahren mit – dann jeweils gestufter – Anwendung insolvenzgerichtlicher Zwangsmittel vom Vorführbefehl über den Haftbefehl, von der Postsperrung bis zum Durchsuchungsbeschluss und Zwangsabfragen nach § 98 Abs. 1a InsO, zwischenzeitlichen Antragserledigungen wegen Teilzahlungen und kurze Zeit später neuer Antragstellung durch andere Gläubiger, und dem ‚An- und Abschalten‘ vorläufiger Insolvenzverwaltungen.“

Diese Verfahren sollen also nach der Vorstellung der verantwortlichen Mitarbeiter*innen der EU-Kommission als Eigenverwaltungsverfahren geführt werden, in denen nicht einmal mehr ein Sachwalter bestellt wird?

DIE KOSTEN WERDEN STEIGEN

Der Richtlinienvorschlag zu Liquidationsverfahren für Kleinunternehmen geht an der Realität von Staaten mit modernen Insolvenzordnungen vollständig vorbei, wie erwähnt auch in den Fällen, in denen mangels Masse kein Verfahren eröffnet wird. Das im Erwägungsgrund 35 genannte Ziel der schnelleren, einfacheren und erschwinglicheren Verfahren in den Kleinstverfahren wird nicht dadurch erreicht, dass Gerichte oder Verwaltungsbehörden anstelle eines Verwalters handeln. Dies bewirkt allenfalls eine Verschiebung der Kosten von der Gläubigergemeinschaft auf den Staat, mithin die Gesamtheit der steuerzahlenden Bürger.

Im Gegenteil noch werden wie aufgeführt im – oft nur zunächst – verwalterlosen Verfahren die Kosten höher sein, die Durchführung der Verfahren länger dauern und vor allem werden die zahlreichen Pflichten im Rahmen dieser Verfahren – wird tatsächlich kein Verwalter bestellt – regelmäßig gar nicht mehr erfüllt werden, wenn dies kein professioneller Verwalter übernimmt (ausführlich dazu die Stellungnahme des VID zu COM(2022) 702 v.

09.03.2023, S. 82 ff.). Dies betrifft insbesondere die Rechte der Arbeitnehmer, für die bspw. Lohn- und Insolvenzgeldbescheinigungen auszustellen sind, was sich auch negativ auf die späteren Altersrentenansprüche der Arbeitnehmer auswirkt, wenn diese Bescheinigungen nicht mehr, unvollständig oder falsch ausgestellt werden. Die Arbeitnehmer werden die Hauptgruppe sein, welche die Nachteile eines verwalterlosen Verfahrens zu tragen hat.

KEINE INSOLVENZANFECHTUNG: WIDERSPRUCH ZUM WELTBANKPAPIER 2021 – FORDERUNGS-AUSFALLSCHÄDEN NEHMEN ZU

Ohne Insolvenzverwalter und ohne Anfechtung wird sich in einer großen Zahl von Fällen die Gefahr verwirklichen, dass Vermögensgegenstände, die (gezielt) dem Zugriff der Gläubigergemeinschaft entzogen wurden, nicht wie im Verfahren mit Verwalter mit Insolvenzanfechtung wieder der Insolvenzmasse zugunsten der Gläubigergemeinschaft zugeführt werden. Damit widerspricht der Richtlinienvorschlag diametral dem Weltbankpapier 2021 „Grundsätze für wirksame Insolvenz- und Gläubiger-/Schuldner-Regelungen“ (Pkt. C 18, S. 34), wonach explizit auch für Kleinunternehmen solche Schutzvorschriften für die Gläubiger einzuführen oder beizubehalten sind.

Der regelmäßige Verzicht auf Insolvenzanfechtung wird sich langfristig dahingehend auswirken, dass sich die wirtschaftlich Agierenden in diesem Bereich verständlicherweise darauf einstellen und Vermögensverschiebungen dort vornehmen, wo es noch nicht strafbar, aber wirtschaftlich für den Unternehmer und dessen Family & Friends hilfreich ist. Dies wird schon nach einigen Jahren zur neuen häufigen Praxis werden, da nun gesetzlich praktisch erlaubt, da kaum sanktioniert. Die Folge ist: Alle anderen Gläubiger fallen häufiger und mit höheren Beträgen aus; weniger weil die geringen Quoten der bisherigen Verfahren mit Insolvenzanfechtung fehlen, sondern infolge dieser Änderung der Praxis, in der fortan nun legalisiert im eigenen Interesse die Wirtschaftsteilnehmer vor der Insolvenz Vermögen sichern, wo es möglich ist.

Der Forderungsausfallschaden bei der Mehrheit der Gläubiger nimmt erfahrungsgemäß zu, wird die Insolvenzanfechtung (nahezu) abgeschafft. Dies zeigen Erfahrungen aus Österreich aus einer Zeit, in der vorübergehend der Versuch unternommen wurde, auf Anfechtungstatbestände ganz zu verzichten (Stellungnahme Die Deutsche Kreditwirtschaft, aaO, S. 12).

EIGENANTRAG ZUM VEREINFACHTEN LIQUIDATIONSVERFAHREN OHNE ANFECHTUNG = ANFANGSVERDACHT FÜR §§ 283, 283C STGB

Bei weitem nicht jeder Anfechtungstatbestand erfüllt eine Straftat. Gleichwohl ist der Grat, auf dem ein Unternehmer dabei wandert, schmal. Die Tatbestände Bankrott (§ 283 StGB) und Gläubigerbegünstigung (§

283c StGB) lauern am Rande des Weges und drohen den Unternehmer in die Tiefe zu reißen, wenn er – aus seiner Sicht im praktisch anfechtungsfreien Verfahren nach Titel VI von COM(2022) 723 zurecht – versucht, für sich und seine Familie zu retten, was zu retten ist. Sein anwaltlicher Berater wird versuchen, ihn zu begleiten, was bedeutet, er wird und muss ihm im Fall einer unausweichlichen Insolvenz raten, ohne Berührung zu Strafrecht und Schadensersatzhaftung diesen Weg im Eigeninteresse zu gehen, mithin: (1.) Vermögensgegenstände sichern, (2.) Antrag ohne Verwalter stellen, (3.) Entschuldung.

Jener schmal Grat bedeutet im strafrechtlichen Ergebnis aber auch, dass praktisch mit jedem Antrag auf Einleitung eines verwalterlosen Kleinstinsolvenzverfahrens ohne Anfechtung der Anfangsverdacht (§§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO) zu einer Straftat vor allem nach §§ 283, 283c StGB und damit fast schon eine Art Selbstanzeige vorliegt, die das Tätigwerden der Staatsanwaltschaft erfordert.

ÜBERANTWORTUNG AUF JUSTIZBEHÖRDE – TREUHANDANSTALT 2.0?

Der Richtlinienentwurf spricht allenthalben von der zuständigen Behörde, welche das Liquidationsverfahren nach Titel VI von COM(2022) 702 durchführt. Dies hat lediglich begriffliche Gründe (Art. 2 b RL-V). Dennoch fühlt sich der eine oder andere vielleicht an die Treuhandanstalt erinnert, wenn nun die Idee der Kommission darin besteht, den Justizbehörden das Verfahren inklusive Verwertung, also auch Unternehmensverkauf, zu überantworten.

Die Treuhandanstalt, kurz Treuhand, war eine in der Spätphase der DDR gegründete Anstalt des öffentlichen Rechts mit der Aufgabe, die Volkseigenen Betriebe, VEB, der DDR nach den Grundsätzen der Sozialen Marktwirtschaft zu privatisieren, sprich zu verkaufen.

AUSVERKAUF DES UNTEREN MITTELSTANDES?

Wer werden die Käufer sein, die über die im Richtlinienentwurf vorgesehene online-Versteigerung kleine Unternehmen oder deren Vermögensgegenstände erwerben? Andere Kleinstunternehmer, Verbraucher, der übrige Mittelstand? Oder werden vor allem große mittelständische Unternehmen sowie Konzerne und Finanzspekulanten über eigene KI-gesteuerte Softwarelösungen die öffentlich-elektronischen Versteigerungen dieser Verfahren systematisch durchkämmen und dadurch die für sie interessanten Unternehmen aus der Kategorie „Kleinstunternehmen“ übernehmen? Dies würde an manch aktuelle Tendenz erinnern, etwa an den massenhaften Kauf von Arztpraxen durch große Finanzinvestoren, die das deutsche Gesundheitsministerium zwischenzeitlich über ein Verbot entsprechender Aktionen von Finanzkonzernen nachdenken lässt und seit Ende 2022 ein Gesetz gegen „Heuschrecken“ in Planung ist.

Die betreffenden Unternehmen der Kategorie Kleinstunternehmen werden vor allem auch durch die fehlende Insolvenzgeldvorfinanzierung dahingehend geschwächt, dass sie sich kaum noch aus eigener Kraft aus der Krise retten können. Die Unternehmen sind infolge des ausbleibenden Insolvenzgeldeffekts finanziell unflexibel, stehen unter Druck, haben kaum noch Optionen und haben auch im eröffneten Verfahren nur noch ein knappes Zeitfenster, sich mit eigener Energie ohne Unterstützung eines Verwalters neu zu orientieren und zu restrukturieren. Umso leichter ist es, sie in einer solchen Situation in der elektronischen Arena der Art. 50 ff. RL-V „an die Löwen zu verfüttern“.

Soll also ein Ausverkauf des unteren Mittelstandes stattfinden? So schlimm wird es nicht kommen; allein schon deswegen nicht, weil der Anteil an jährlich insolventen Unternehmen, einschließlich (ehemals) Selbstständiger, gerade einmal knapp unter einem Prozent am Gesamtanteil der Unternehmen liegt (3,4 Mio. Unternehmen 2021 in Deutschland, d. h. Einzelunternehmen, Personengesellschaften und juristische Personen, Quelle: destatis). Der deutsche Gesetzgeber wird dem Richtlinienentwurf COM(2022) 702 zudem mit einer durchdachten Umsetzung entgegenzutreten wissen, sollte der Entwurf in der aktuellen oder einer ähnlichen Fassung tatsächlich verabschiedet werden.

VERBANDSSTELLUNGNAHMEN ZU COM (2022) 702

Die bislang vorliegenden Verbandsstellungnahmen positionieren sich in seltener Grundsätzlichkeit gegen die Einführung eines verwalterlosen Liquidationsverfahrens für Kleinstunternehmen nach Titel VI von COM(2022) 702:

- Die Deutsche Kreditwirtschaft (aaO, S. 10 ff.)
- BAKinso Bundesarbeitskreis Insolvenz- und Restrukturierungsgerichte (aaO, S. 7 ff.)
- DAV Deutscher Anwaltverein (v. 02/2023 Nr. 13/2023, S. 31 ff.)
- GDV Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (v. 22.02.2023, S. 6 f.)
- ZDH Zentralverband des Deutschen Handwerks (v. 23.02.2023, S. 4)
- Distressed Ladies Woman in Restructuring (v. 28.02.2023, S. 7 ff.)
- NIVD Neue Insolvenzrechtsvereinigung Deutschlands (aaO, S. 3 ff.)
- Gravenbrucher Kreis (v. 13.02.2023, S. 6 f.)
- VID Verband Insolvenzverwalter und Sachwalter Deutschlands (aaO, S. 75-142)
- WKO Wirtschaftskammer Österreich (aaO, S. 9 ff.)

Des Weiteren wird von diesen Interessenverbänden sowohl grundsätzliche als auch spezifische Kritik an folgenden Inhalten des Richtlinienentwurfs geübt:

- Anfechtungsrecht: Die Mindeststandards des RL-V sind deutlich zu weit und führen zu keiner wesentlichen europäischen Vereinheitlichung.
- Pre Pack-Verfahren: Überflüssig, da im Rahmen der vorläufigen Verwaltung und übertragender Sanierung bestens etabliert.

Insolvenzantragspflicht/Geschäftsleiterhaftung: Die Mindeststandards des RL-V (bis zu drei Monaten) sind deutlich zu weit und führen zu keiner wesentlichen europäischen Vereinheitlichung.

- Gläubigerausschüsse: Die Gläubiger werden nicht hinreichend, deutlich unterhalb der Standards in Deutschland, in die Verfahren einbezogen.

Es gibt nicht nur Kritik. Der Deutsche Richterbund „begrüßt“, so die dortige Formulierung, im Wesentlichen alle Regelungen des RL-V (Stellungnahme 02/2023, S. 1-5), insbesondere das neue Regelverfahren nach Titel VI zur Liquidation von Kleinstunternehmen.

COM(2022) 723 WIRD KEINE VEREINHEITLICHUNG IM INSOLVENZRECHT BEWIRKEN

Die durchgehende Ermöglichung des Richtlinienvorschlags deutlich weniger strenger Vorschriften zur Anfechtung, Antragstellung oder Geschäftsleiterhaftung als in Deutschland oder Staaten mit ähnlichen Vorschriften steht dem Kernziel der Kommission zu diesem Richtlinienvorschlag entgegen, wonach es „ein Schlüsselprojekt für die weitere finanzielle und wirtschaftliche Integration innerhalb der Europäischen Union [ist, die] Kapitalmarktunion voranzubringen“ (Eingangssatz zu COM (2022) 702). Es bedürfte daher möglichst einheitlich strenger Vorschriften zur Anfechtung, Antragspflicht, Geschäftsführerhaftung oder der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit und Beibehaltung der Überschuldung.

Die EU-Kommission behauptet seit Jahren, die Kapitalmarktunion erfordere europäisch einheitliche Insolvenzregeln. Allein aus diesem Erfordernis leitet sie ihre ungeschriebene Gesetzgebungskompetenz für das Insolvenzrecht ab. Der Richtlinienvorschlag COM(2022) 702 lässt den Mitgliedstaaten bereits jetzt so viel Spielraum (bspw. Insolvenzantragspflicht bis zu drei Monaten), dass einheitliche Regeln nach einer Umsetzung nicht gegeben sein werden. Umso weniger wird Einheitlichkeit zu verzeichnen sein, wenn im Laufe der Verhandlungen, wie bereits zur Restrukturierungsrichtlinie COM(2016) 723, immer mehr Öffnungsklauseln – was prinzipiell zu befürworten ist – implementiert werden. Und mit jedem Spielraum und jeder Öffnungsklausel wird die These der Kompetenzgrundlage brüchiger, so dass sie bei seriöser Betrachtung kaum mehr geeignet ist, ein europaweites Regelwerk zu tragen, das immer auch als Stützpfeiler für das Rechtsvertrauen und Demokratieverständnis zu errichten ist, damit das Land

Europa langfristig gemeinsam mit der Bevölkerung zur Förderung der freiheitlichen Wertevorstellungen gestaltet wird.

WELCHEN MITGLIEDSTAAT HAT DIE EU-KOMMISSION IM BLICK?

Die häufig zu hörende Aussage, es wäre nicht spezifisch die deutsche Insolvenzrechtslandschaft im Visier der Kommission, sollte immer wieder die Frage aufwerfen: Welche Staaten genau hat denn die Kommission in den Blick genommen? – wenn Entwürfe wie der vorliegende zu COM(2022) 702 derart deutlich an der Realität des deutschen Rechts und der deutschen Wirtschaft vorbeigehen und dies nach dem, was aus Fachgesprächen bekannt ist, auch für viele andere europäische Staaten gilt, etwa Frankreich, Österreich, Niederlande oder Polen. Anhand offengelegter Vorstellungen der Mitarbeiter*innen der EU-Kommission und einer darauf bezogenen Analyse könnten konstruktive Vorschläge zu den Verbesserungs- und Vereinheitlichungsbestrebungen der europäischen Institutionen erarbeitet werden. Bislang bleiben derlei Überlegungen auf Europaebene in aller Regel außerhalb der veröffentlichten Dokumente.

FAZIT

Die EU-Kommission hat wie ausgeführt keine Gesetzgebungskompetenz für die Materie des Insolvenzrechts und damit insbesondere nicht für Titel VI des Richtlinienvorschlags zur Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen. Warum eine Regelungskompetenz der EU für das Insolvenzrecht von den ursprünglichen Verfassern der europäischen Verträge nicht vorgesehen war und nach wie vor nicht gegeben ist, zeigt sich an diesem Richtlinienvorschlag geradezu paradigmatisch. Denn ein tiefgehender Regelungseingriff in die staatlichen Gesetzgebungskompetenzen nach der Zielvorgabe von COM(2022) 702 final zerstört die einzelstaatlich fein ausjustierten Regelwerke, wie es die Insolvenzordnung ist, führt zu einem zersplitterten Kosmos an EU-weiten Insolvenzvorschriften und verfehlt damit das offizielle Ziel der Harmonisierung zwecks Förderung der Kapitalmarktunion um Lichtjahre.

Die zuständigen Lobbyverbände werden versuchen, die Umsetzung des Richtlinienvorschlags COM(2022) 702 (in dieser Fassung) zu verhindern, zumindest aber die Hinzufügung großzügiger Öffnungsklauseln, vor allem in den Bereichen der Pre Pack-Verfahren und der Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen, zu erreichen.

Unser Gastautor Prof. Dr. C. Alexander Jacobi ist als Sachwalter und Insolvenzverwalter der Kanzlei STAPPER JACOBI SCHÄDLICH RECHTSANWÄLTE PartG tätig, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenz- und Sanierungsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht und Honorarprofessor für Unternehmensrestrukturierung an der Universität Leipzig.