

Berlin, 29. August 2017

**Herausgeber:**

Bundesverband Großhandel,  
Außenhandel, Dienstleistungen e.V.

Am Weidendamm 1A  
10117 Berlin

Telefon 030 590099-581

Telefax 030 590099-519

www.bga.de info@bga.de

**Autor:**

Syndikusrechtsanwalt

**Alexander Kolodzik**

Geschäftsführer

Abteilungsleiter

Arbeit, Recht und Dienstleistungen

alexander.kolodzik@bga.de

## EU-RICHTLINIENVORSCHLAG ZU UNTERNEHMENSINSOLVENZEN

### 1. Einleitung

#### 1.1. Zielsetzung des Richtlinienvorschlags

#### 1.2. BGA – Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen

#### 1.3. BGA-Stellungnahme

### 2. Allgemeine Bestimmungen, Titel I

#### 2.1. Definition des überschuldeten Unternehmens, Art. 2 Nr. 13

#### 2.2. Frühwarnung, Art. 3

### 3. Präventive Restrukturierungsmaßnahmen, Titel II

#### 3.1. Verfügbarkeit präventiver Restrukturierungsmaßnahmen, Art. 4

#### 3.2. Schuldner in Eigenverwaltung, Art. 5

#### 3.3. Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen, Art. 6

#### 3.4. Befreiung von der Antragspflicht, Art. 7 Abs. 1

#### 3.5. Einschränkung vertraglicher Freiheiten, Art. 7 Abs. 4

#### 3.6. Restrukturierungspläne, Art. 8 bis 15

#### 3.7. Schutz für Transaktionen bei der Restrukturierung, Art. 16 und 17

### 4. Zweite Chance für Unternehmer

### 5. Gesprächsangebot

## 1. Einleitung

### 1.1. Zielsetzung des Richtlinienvorschlags

Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU<sup>1</sup> hat zum Ziel, die Effektivität und Effizienz der nationalen Regime zur Bewältigung von Unternehmenskrisen und -insolvenzen zu stärken.

Dazu sollen die wichtigsten Hindernisse für den freien Kapitalverkehr, die sich aus unterschiedlichen Restrukturierungs- und Insolvenzrahmen in den Mitgliedstaaten ergeben, eingedämmt werden. Es soll sichergestellt werden, dass rentable Unternehmen und Unternehmer in finanziellen Schwierigkeiten Zugang zu wirksamen präventiven Restrukturierungsverfahren und Verfahren

---

<sup>1</sup> COM(2016) 723 final)

der zweiten Chance erhalten. Dabei sollen zugleich die berechtigten Interessen der Gläubiger geschützt 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 69 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. BGA-Stellungnahme**

---

Der BGA begrüßt die Bestrebungen der Europäischen Kommission im Grundsatz, die Regelung zur Restrukturierung und Insolvenz zu harmonisieren sowie die Insolvenzverfahren in der EU zu optimieren. Das mit dem Richtlinienvorschlag verfolgte Ziel, Hindernisse zu beseitigen, die auf Unterschiede zwischen nationalen Vorschriften und Verfahren für die präventive Restrukturierung, die Insolvenz und die zweite Chance zurückzuführen sind, ist grundsätzlich zu begrüßen. Ob Effektivität und Effizienz der nationalen Regime zur Bewältigung von Unternehmenskrisen und -insolvenzen mit den vorgeschlagenen Regelungen gestärkt werden können, erscheint jedoch sehr zweifelhaft.

Der BGA nimmt zum Richtlinienvorschlag wie folgt Stellung:

## **2. Allgemeine Bestimmungen, Titel I**

### **2.1. Definition des überschuldeten Unternehmens, Art. 2 Nr. 13**

---

Nach dem Richtlinienentwurf wird ein überschuldeter Unternehmer als eine natürliche Person definiert, die eine gewerbliche, geschäftliche, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt und die nicht nur vorübergehend nicht in der Lage ist, ihre Schulden bei Fälligkeit zu begleichen.

Diese Definition deckt sich nicht mit dem Verständnis von Überschuldung, welches der deutschen Insolvenzordnung zugrunde liegt. Danach beschränkt sie die Überschuldung auf juristische Personen und beschreibt einen bilanziellen Insolvenzgrund<sup>2</sup>. Um Rechtsunsicherheit zu vermeiden, sollte eine weitere Klarstellung des Begriffs erfolgen. Vorgeschlagen wird eine Orientierung am § 17 Abs. 2 InsO.

### **2.2. Frühwarnung, Art. 3**

---

Die Mitgliedstaaten sollen verpflichtet werden, Frühwarnsysteme einzurichten, die eine Verschlechterung der Geschäftsentwicklung erkennen können und

---

<sup>2</sup> § 19 Insolvenzordnung

den Schuldner alarmieren, dass dringend gehandelt werden muss. Die Frühwarnung soll gerade kleinen und mittleren Unternehmen zugutekommen, die häufig nicht die Mittel haben, um professionelle Beratung in Anspruch zu nehmen, die für Schuldner einen Anreiz bieten, bei beginnenden finanziellen Schwierigkeiten frühzeitig zu handeln.

Das Ziel, Gläubigern größere Transparenz über die frühzeitige Kenntnis und Inanspruchnahme von Restrukturierungsmaßnahmen zu verschaffen, ist grundsätzlich zu unterstützen. Die Transparenz kann dazu beitragen, die Verringerung der Insolvenzmasse und eine Benachteiligung von Gläubigern zu vermeiden. Der Regelungsvorschlag lässt jedoch weitgehend offen, wie dies geschehen soll.

Lediglich in den Erwägungsgründen<sup>3</sup> wird ausgeführt, dass zu den Frühwarnmechanismen auch Buchführungs- und Überwachungspflichten des Schuldners oder der Geschäftsleitung des Schuldners sowie Berichtspflichten im Rahmen von Kreditverträgen gehören sollten. Auch könnten für Dritte, die über relevante Informationen verfügen, zum Beispiel Wirtschaftsprüfer, Steuerbehörden oder Sozialversicherungsträger, nach nationalem Recht Anreize oder Pflichten geschaffen werden, auf negative Entwicklungen aufmerksam zu machen.

Hier ist eine weitere Konkretisierung erforderlich.

### **3. Präventive Restrukturierungsmaßnahmen, Titel II**

#### **3.1. Verfügbarkeit präventiver Restrukturierungsmaßnahmen, Art. 4**

---

Die Mitgliedstaaten sollen sicherstellen, dass Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten bei einer drohenden Insolvenz Zugang zu einem wirksamen präventiven Restrukturierungsverfahren haben. Weder der Begriff der Insolvenz noch das Stadium der drohenden Insolvenz wird näher festgelegt.

Die Formulierungen sind zu unbestimmt und gerade mit Blick auf die negativen Folgen des Restrukturierungsverfahrens für den Gläubiger höchst bedenklich. Insbesondere erscheint es problematisch, dass bereits der Zeitpunkt der drohenden Insolvenz ausreichend sein soll, um den Einsatz von Restrukturierungsmaßnahmen auszulösen. Es besteht die Gefahr, dass von Schuldnerseite eine drohende Insolvenz vorgeschoben werden könnte, um die Vorteile eines Restrukturierungsverfahrens in Anspruch zu nehmen und sich dem Zugriff von Gläubigern zu entziehen. In diesem Stadium der wirtschaftlichen Entwicklung des Schuldners sollte es bei der Eröffnung eines ordentlichen Insolvenzverfahrens, wie sie das deutsche Recht vorsieht, bleiben. Es sieht die Möglichkeit von Sanierungsmaßnahmen zugunsten des Schuldners vor, ohne die Interessen der Gläubiger zu kurz kommen zu lassen.

#### **3.2. Schuldner in Eigenverwaltung, Art. 5**

---

Die Mitgliedstaaten sollen sicherstellen, dass Schuldner, die präventive Restrukturierungsverfahren in Anspruch nehmen, ganz oder zumindest

---

<sup>3</sup> Erwägungsgrund 16

# RECHT UND WETTBEWERB

## EU-RICHTLINIENVORSCHLAG

### UNTERNEHMENSINSOLVENZEN



teilweise die Kontrolle über ihre Vermögenswerte und den täglichen Betrieb des Unternehmens behalten. Die Regelung begegnet Bedenken und sollte als sog. Kann-Bestimmung ausgestaltet werden.

Der Richtlinienvorschlag sieht ferner vor, dass die Bestellung eines Restrukturierungsverwalters durch eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde nicht in jedem Falle zwingend sein soll. Damit würde die Eigenverwaltung gänzlich der Kontrolle und dem Einfluss der Gerichte entzogen. Der BGA lehnt die Regelung ab, da sie elementar dem Interesse der Gläubiger an einem geordneten Verfahren widerspricht. Die Unterstützung und qualifizierte Beratung des Schuldners durch ein Gericht oder einen Insolvenzverwalter ist im Interesse des Schuldners wie der Gläubiger als auch zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Laufes des Verfahrens unerlässlich und ist in den Regelungsentwurf aufzunehmen.

Die Mitgliedstaaten sollen schließlich vorschreiben können, dass ein Restrukturierungsverwalter bestellt wird, wenn dem Schuldner eine allgemeine Aussetzung bestimmter Durchsetzungsmaßnahmen gewährt wird oder wenn der Restrukturierungsplan von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde im Wege eines klassenübergreifenden Cram-downs bestätigt werden muss.

Die Regelung wird abgelehnt. Es widerspricht den Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung, wenn im Falle von „Cram-downs“ auf jedwede Kontrolle von Gerichten verzichtet werden kann. Im Interesse der Gläubiger ist die Bestätigung eines Gerichtes absolut zwingend und unverzichtbar.

### **3.3. Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen, Art. 6**

---

Schuldner, die einen Restrukturierungsplan mit ihren Gläubigern aushandeln, sollen für einen Zeitraum bis zu vier Monaten von Durchsetzungsmaßnahmen der Gläubiger geschützt werden<sup>4</sup>. Die Aussetzung kann die Durchsetzungsmaßnahmen aller oder einzelner Gläubiger betreffen<sup>5</sup>.

Es muss verhindert werden, dass das Insolvenzverfahren für Sanierungen ausgehebelt werden kann, die offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg haben, etwa weil sie keine Unterstützung durch die Gläubigermehrheit erfahren oder weil die betroffenen Unternehmen bereits insolvent sind. Insbesondere dürfen die Aussetzungsmaßnahmen nicht dazu führen, dass wichtige Zeit verloren wird und Vermögen beiseite geschafft wird.

Zweck des Moratoriums ist es, das Gelingen eines Sanierungsverfahrens nicht durch mutwillige Behinderungen sogenannter Akkordstörer zu gefährden. Hierfür ist ein so weiterreichender Eingriff in die Rechte der Gläubiger nicht erforderlich. Schließlich sollen die betroffenen Gläubiger an ihre vertraglichen Pflichten, etwa zur Warenlieferung gebunden bleiben, obwohl sie auf die Leistung des Schuldners verzichten müssen und keine Vollstreckungsmaßnahmen durchführen dürfen<sup>6</sup>.

Mit Blick auf die Rechte der Gläubiger ist deshalb der Anwendungsbereich des Moratoriums auf Einzelfälle zu beschränken und eine kürzere Dauer als vier Monate vorzusehen.

---

<sup>4</sup> Art. 6 Abs. 1 und 4

<sup>5</sup> Art. 6 Abs. 2

<sup>6</sup> Art. 7 Abs. 5

### **3.4. Befreiung von der Antragspflicht, Art. 7 Abs. 1**

---

Als Folge des Moratoriums sieht der Richtlinienentwurf vor, dass eine nach nationalem Recht bestehende Verpflichtung des Schuldners, einen Insolvenzantrag zu stellen, ruht<sup>7</sup>. Mit der Vorschrift würde sich das bereits verbreitete Problem, dass Insolvenzanträge bewusst oder unbewusst zu spät gestellt werden, verstärken. Die deutschen Bestimmungen zur Insolvenzantragspflicht dienen der Klarheit über die tatsächliche wirtschaftliche Situation des Schuldners. Diese wichtige Ordnungsfunktion für das Insolvenzrecht darf nicht durch überbordenden Schuldnerschutz beeinträchtigt werden.

Zudem erhielten die Gläubiger nicht mehr die notwendigen wirtschaftlichen Informationen über das Verfahren, da ihnen in der Regel unbekannt bleibt, wann der Schuldner noch von Zahlungsunfähigkeit bedroht und wann bereits ein zwingender Insolvenzgrund vorliegt. Damit bleibt nicht nur der Gläubigerschutz auf der Strecke, sondern auch der Wille des Gesetzgebers, durch Insolvenzantragspflichten gerade die „kranken“ Unternehmen vom Markt zu nehmen oder diese jedenfalls einem geordneten Verfahren zuzuführen. Die Problematik spitzt sich noch durch den Umstand zu, dass in den Art. 20 und 21 eine erhebliche Haftungserleichterung gegenüber geltendem Recht vorgesehen ist, die es Unternehmern erleichtert, sich ihrer Verantwortung zu entziehen.

Insgesamt ergeben sich erheblichen Gefahren für die gesamte deutsche und europäische Wirtschaft, da durch die Neuregelungen fragwürdige Geschäftsmodelle gefördert werden.

### **3.5. Einschränkung vertraglicher Freiheiten, Art. 7 Abs. 4**

---

Während eines Moratoriums sollen Gläubiger das Recht verlieren, bestehende Verträge mit dem Schuldner zu dessen Lasten zu ändern oder zu kündigen. Eine Beschränkung auf wesentliche Verträge, die für die Fortsetzung des täglichen Betriebs des Unternehmens erforderlich ist, kann durch den nationalen Gesetzgeber vorgesehen werden. Zudem sind Lösungsklauseln, die allein auf der Eröffnung des Restrukturierungsverfahrens bzw. der Aussetzung basieren, unzulässig<sup>8</sup>.

Würde dem Gläubiger die Möglichkeit genommen, Verträgen mit dem Schuldner anzupassen, liefe er Gefahr, dass sich beim Scheitern einer Restrukturierungsmaßnahme bis zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens weitere Verbindlichkeiten anhäufen, deren Entwicklung er kaum kalkulieren könnte und auf deren Ausmaß er keinen Einfluss hätte. Gerade für Groß- und Außenhändler, die gegenüber den Abnehmern ihrer Ware in Vorleistung treten und ihnen oft weitreichende Zahlungsziele einräumen, könnten durch die vorgesehene Einschränkung der Vertragsfreiheit unverhältnismäßig stark benachteiligt werden. Sie liefen in dem Fall, dass ein Abnehmer die Aussetzung der Durchsetzungsmaßnahmen im Rahmen eines Restrukturierungsverfahrens in Anspruch nimmt, Gefahr, nicht als ein wesentlicher Vertragspartner angesehen zu werden.

Mit der Ausgabe von Warenkrediten leisten die Groß- und Außenhandelsunternehmen einen volkswirtschaftlich bedeutenden Beitrag. Ihre Funktion als

---

<sup>7</sup> Art. 7 Abs. 1

<sup>8</sup> Art. 7 Abs. 5

Bank des Mittelsands würde durch weitgehende Einschränkung der Vertragsfreiheit unverhältnismäßig beeinträchtigt.

#### **3.6. Restrukturierungspläne, Art. 8 bis 15**

---

Die Gläubiger sollen das Recht haben, über die Annahme eines Restrukturierungsplans abzustimmen<sup>9</sup>. Dazu sollen Gläubigerklassen gebildet werden<sup>10</sup>. Stimmt in jeder Gläubigerklasse eine Mehrheit dem Restrukturierungsplan zu, gilt er als angenommen<sup>11</sup>. Die erforderlichen Mehrheiten sollen auf nationaler Ebene festgelegt werden können, wobei eine Höchstgrenze bei 75 Prozent der betroffenen Forderungen vorgesehen ist<sup>12</sup>.

Der Schwellenwert von 50 Prozent der betroffenen Forderungen ist zu niedrig angesetzt. Mit Rücksicht auf die Eigentumsrechte der überstimmten Gläubiger sollte ein Restrukturierungsplan nur dann Bestandskraft entwickeln dürfen, wenn die den Plan unterstützenden Gläubiger mindestens 75 Prozent der Forderungen repräsentieren. Außerdem sollte ein Gericht das Erreichen des Quorums festgestellt haben, damit der Restrukturierungsplan verbindlich wird.

Der Richtlinienentwurf sieht vor, dass ein Restrukturierungsplan unter gewissen Voraussetzungen auch dann verbindlich werden kann, wenn er nicht von jeder betroffenen Klasse genehmigt worden ist<sup>13</sup>. Dieser klassenübergreifende Cram-down würde die Dominanz einer Minderheit ermöglichen. Durch das Fehlen einer Forderungsfeststellung würde das Missbrauchsrisiko im Rahmen des Restrukturierungsverfahrens deutlich erhöht. Käme es etwa zu einem klassenübergreifenden Cram-down mit einer Klasse von Gläubigern, die mit dem Schuldner privat verbunden sind und als einzige für den Restrukturierungsplan votiert, könnte das Gericht den Plan bestätigen, ohne die geltend gemachten Forderungen geprüft zu haben. Die Regelung zum klassenübergreifenden Cram-down sollte gestrichen werden.

#### **3.7. Schutz für Transaktionen bei der Restrukturierung, Art. 16 und 17**

---

Neue Finanzmittel, Zwischenfinanzierungen und sonstige Transaktionen sollen geschützt werden, indem sie nicht als eine die Gläubiger benachteiligende Handlung eingestuft werden sollen.

Der sehr weitreichende Schutz der im Zusammenhang mit der Restrukturierung stehenden Transaktionen ist weder erforderlich noch angemessen. Mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Belastbarkeit und Ernsthaftigkeit von Sanierungsversuchen besteht bereits eine belastbare Grundlage zur Sicherung von Sanierungsfinanzierungen. Darüber hinausgehende Schutzmechanismen würden das Risiko einer gezielten Ausdünnung der wirtschaftlichen Ressourcen von Unternehmen erhöhen, da sie in erster Linie Beratern, nicht aber den angeschlagenen Unternehmen zu Gute kämen und zudem den Wettbewerb beeinträchtigen. Dieser kennt eine solche Privilegierung gegenüber gesunden Firmen nicht.

---

<sup>9</sup> Art. 9 Abs. 1

<sup>10</sup> Art. 9 Abs. 2

<sup>11</sup> Art. 9 Abs. 4

<sup>12</sup> Art. 9 Abs. 4

<sup>13</sup> Art. 11

#### **4. Zweite Chance für Unternehmer**

Überschuldete Unternehmen sollen nach einem Zeitraum von höchstens drei Jahren in vollem Umfang entschuldet werden können<sup>14</sup>. Für Verbraucher können die Mitgliedsstaaten diese Möglichkeit eröffnen. Längere Fristen für eine Restschuldbefreiung sollen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein<sup>15</sup>.

Mit der Entschuldungsfrist soll zum einen Forum Shopping die Grundlage entzogen werden, welches die innerhalb der EU bestehenden unterschiedlichen Regelungen zur Entschuldung ermöglichen<sup>16</sup>. Die Einführung einer Höchstgrenze wird diesem Ziel jedoch nicht gerecht. Vielmehr müsste auch eine Mindestgrenze eingeführt werden.

Eine Entschuldungsfrist von unter drei Jahren würde die Gläubige unverhältnismäßig benachteiligen. Ihre ohnehin geringen Befriedigungschancen würden infolge der bedingungslosen Absenkung der Restschuldbefreiungsfrist auf drei Jahre weiter reduziert. Dies würde sich gerade für kleine und mittlere Unternehmen, die aufgrund ihrer finanziellen Situation darauf angewiesen sind, nicht selbst in eine wirtschaftliche Schieflage zu geraten, besonders nachteilig auswirken. Die in Deutschland geltende Frist für eine vollständige Restschuldbefreiung von mindestens drei Jahren ist deshalb beizubehalten.

Als weiterer Beweggrund für die Einführung der Entschuldungsfrist wird angeführt, dass negative Anreize für Unternehmen, die ein Unternehmen gründen oder eine zweite Chance erhalten wollen, verringert werden sollen<sup>17</sup>. Die Modalitäten einer Restschuldbefreiung im Falle eines wirtschaftlichen Scheiterns sind aber keinesfalls ausschlaggebend für die Entscheidung zugunsten einer unternehmerischen Tätigkeit. Maßgeblich hierfür ist vielmehr, wie hoch die Sicherheit, gerade im Gründungsstadium vor Forderungsausfällen geschützt zu sein.

#### **5. 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.

---

<sup>14</sup> Art. 20

<sup>15</sup> Art. 22

<sup>16</sup> Erwägungsgrund 37

<sup>17</sup> Erwägungsgrund 37