

# Europäische Harmonisierung des Insolvenzrechts und deutsche Insolvenzantragspflicht

---

Vortrag beim zweiten  
Deutschen  
Restrukturierungs- und  
Insolvenzgerichtstag am  
28.&29.9.2023 in Erfurt

RAin Dr. Katrin Stohrer,  
Deutsche Bank AG

---

# Überblick

---

- I. Der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte
- II. Pflichten und Haftung der Unternehmensleitung, Art. 36, 37 RL-E
- III. Die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO
- IV. Die Insolvenzantragspflicht in der Coronapandemie
- V. Die Überschuldung – sinnvoll oder nicht?
- VI. Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung in Europa
- VII. Der shift of fiduciary duties
- VIII. Exkurs: Vereinfachtes Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen

# I. Der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte

---

## *Zielsetzung und Entstehung*

- Vorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts v. 7.12.2022, COM(2022) 702 final
- Bestrebungen der Kommission zur Eindämmung der aus divergierenden Insolvenzrechten entstehenden Hindernisse für europäische Kapitalmärkte
- Umfassende Einbindung von Experten im Bereich des Insolvenzrechts, Konsultation von Interessenträgern, Unterstützung der Europäischen Zentralbank
- Tatsächlicher Nutzen für Kapitalmärkte ist nicht belegt
- Adressiert werden drei Dimensionen des Insolvenzrechts: Verwertung von Vermögenswerten, Verfahrenseffizienz und Verteilungsgerechtigkeit

# I. Der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechte

---

## *Vereinheitlichung einzelner Themen des materiellen Insolvenzrechts*

Mindestharmonisierung in sieben Rechtsbereichen

- Insolvenzanfechtung, Art. 4-16 RL-E
- Asset Tracing, Art. 13-18 RL-E
- Pre-pack-Verfahren, Art. 19-35 RL-E
- Pflichten und Haftung der Unternehmensleitung, Art. 36-37 RL-E
- Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen, Art. 38-62 RL-E
- Gläubigerausschüsse, Art. 63-67 RL-E
- Merkblätter zu nationalen Insolvenzrechten, Art. 68 RL-E

## II. Pflichten und Haftung der Unternehmensleitung, Art. 36, 37 RL-E

---

### *Verspätete Insolvenzanmeldung als Ursache niedriger Verwertungserlöse*

#### Insolvenzantragspflicht, Art. 36 RL-E

- Mindestharmonisierung -> strengere nationale Vorgaben sind zulässig
- Insolvenzantragspflichtig sind Mitglieder der Unternehmensleitung von juristischen Personen
  - Erwägungsgrund 32: weite Auslegung des Begriffs der Unternehmensleitung, so dass alle Personen umfasst sind, die wichtige Entscheidungen in Bezug auf die Geschäftsführung fassen einschließlich faktischer Geschäftsführer
- Insolvenzantragsfrist beträgt **maximal drei Monate ab Kenntnis** von der Zahlungsunfähigkeit bzw. dem Zeitpunkt, zu dem die Kenntnis anzunehmen ist
- Insolvenzantragsgrund ist die **Zahlungsunfähigkeit** (englische Sprachfassung: „*insolvent*“)
  - RL-E macht keine Vorgaben hinsichtlich des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit, so dass abweichende Maßstäbe für deren Bestimmung in den Mitgliedstaaten möglich sind

## II. Pflichten und Haftung der Unternehmensleitung, Art. 36, 37 RL-E

---

### *Zivilrechtliche Haftung bei Pflichtverletzung*

#### Insolvenzverschleppungshaftung, Art. 37 RL-E

- Haftung der Unternehmensleiter für Schäden, die den Gläubigern infolge der Nichterfüllung der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags entstanden sind
- Haftung der Unternehmensleiter gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung)
- Strafrechtliche Konsequenzen der unterlassen Insolvenzantragstellung sind nicht vorgesehen

### III. Die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO

---

#### *Deutsche Regelungen zur Insolvenzantragspflicht genügen den Vorgaben des RL-E*

- Von der Insolvenzantragspflicht erfasst werden juristische Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, bei denen keine natürliche Person unbeschränkt haftet (insb. OHG, KG, GbR, GmbH & Co. KG sowie die mehrstöckige GmbH & Co. KG)
- Adressaten der Antragspflicht sind neben den Mitgliedern des Vertretungsorgans auch faktische Leitungsorgane (bei Führungslosigkeit einer AG oder Genossenschaft auch Antragspflicht des Aufsichtsrats bzw. bei einer GmbH Antragspflicht der Gesellschafter)
- Neben der Zahlungsunfähigkeit ist auch die Überschuldung Insolvenzantragsgrund
- Antragspflicht beginnt mit dem (objektiven) Eintritt des Insolvenzantragsgrundes
- Im Falle der Zahlungsunfähigkeit ist der Antrag spätestens drei Wochen nach deren Eintritt zu stellen, bei Überschuldung beträgt die Frist maximal sechs Wochen

### III. Die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO

---

#### *Gleiches gilt für die Regeln zur Insolvenzverschleppungshaftung*

- Die zivilrechtliche Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO sieht hinsichtlich Altgläubigern eine Haftung auf den Quotenschaden vor, hinsichtlich Neugläubigern ist auch ein über den Quotenschaden hinausgehender Vertrauensschaden zu ersetzen
- Der Insolvenzverwalter macht den Quotenschaden für die Masse geltend (§ 92 Satz 1 InsO)
- Strafrechtliche Sanktionen: Die Verletzung der Insolvenzantragspflicht ist nach § 15a Abs. 4-6 InsO strafbar
  - **Die deutschen Regelungen zu Insolvenzantragspflicht und Insolvenzverschleppungshaftung liegen im Rahmen der Vorgaben der Art. 36, 37 RL-E**



# IV. Die Insolvenzantragspflicht in der Coronapandemie

---

## *Status quo der deutschen Insolvenzantragspflicht*

- **Aussetzung der Insolvenzantragspflicht** für den Zeitraum vom **1.3.-30.9.2020** für Unternehmen, deren Insolvenzreife auf den Folgen der Coronapandemie beruht und bei denen Aussichten auf die Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit bestehen
- **1. Verlängerung** der Aussetzung für den Zeitraum **1.10.-31.12.2020** beschränkt auf die Überschuldung
- **2. Verlängerung** der Aussetzung für den Zeitraum **1.1.-31.1.2021** für Unternehmen, die Aussichten auf den Erhalt finanzieller Hilfeleistungen im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie haben (greift bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung)
- **3. Verlängerung** der Aussetzung für den Zeitraum **1.2.-30.4.2021** erneut im Kontext staatlicher Hilfsprogramme

## IV. Die Insolvenzantragspflicht in der Coronapandemie

---

*Hat sich die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht in der Coronapandemie bewährt?*

Bewertung:

- ✓ Effizientes Mittel zur Vermeidung coronabedingter Insolvenzen
- × Für Geschäftsleiter insbesondere kleinerer und mittlerer Unternehmen schwer überschaubare Rechtslage
- × Vertrauensschwund im Wirtschaftsverkehr
- ? Verschiebung von gebotenen Insolvenzen auf die Zeit nach der Coronapandemie („Bugwelle“)
- ? Zentrales Instrument zur Steuerung des Marktaustritts als disponibles Gut

→ Das System fester Insolvenzantragspflichten hat in der Coronapandemie **nur eine geringe Flexibilität** im Umgang mit dem Vorliegen besonderer Umstände gezeigt. Seine Berechtigung ist dadurch aber nicht in Frage gestellt.

# V. Die Überschuldung – sinnvoll oder nicht?

---

## *Status quo der Überschuldung im Kontext einer europäischen Vereinheitlichung*

- Kein deutsches Unikum, aber auch nicht in allen europäischen Insolvenzrechten bekannt (Äquivalente zur Überschuldung existieren z.B. in Österreich, England oder Polen, während Frankreich, Spanien, Italien die Überschuldung nicht kennen)
- Status quo: Wiederholte Verkürzung des Prognosezeitraums für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit der Fortführung im Rahmen des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO:
  - Regulärer Prognosezeitraum von zwölf Monaten in Fällen, in denen Insolvenzantrag ab dem 1.1.2021 gestellt wurde
  - Ausnahme: verkürzter Prognosezeitraum von vier Monaten im Zeitraum 1.1.-31.12.2021, wenn Überschuldung auf die Auswirkungen der Coronapandemie zurückgeht
  - Erneute Verkürzung auf vier Monate im Zeitraum 9.11.2022-31.12.2023 für alle Unternehmen anlässlich der Energie- und Versorgungskrise

# V. Die Überschuldung – sinnvoll oder nicht?

---

*Überschuldung: Vermeidung einer „Blindflugmentalität“ oder „praxisuntaugliches Ungetüm“?*

Argumente für die vollständige oder teilweise Abschaffung der Überschuldung:

- ? Nur geringe Zahl an Insolvenzanträgen wird auf Überschuldung gestützt
- ? Justitiabilität der Fortbestehensprognose bereitet Schwierigkeiten
- ? Überschneidung mit Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit
  - Weitgehend überholt durch die für Insolvenzanträge ab dem 1.1.2021 geltenden Prognosezeiträume für drohende Zahlungsunfähigkeit (in der Regel 24 Monate) und Überschuldung (12 Monate)
- ? Sanierungsfeindlichkeit
  - Dürfte durch die Verkürzung des Prognosezeitraums auf 12 Monate teilweise entkräftet sein
- ? Strafbarkeitssanktion ist mit Blick auf die prognostischen Elemente der Überschuldung unangemessen

## V. Die Überschuldung – sinnvoll oder nicht?

---

### *Beibehaltung der Überschuldung, aber Abschaffung der Strafbarkeitsandrohung*

- Berechtigung der Überschuldung im System des deutschen Insolvenzrechts besteht unverändert
- „Stumpfmachen“ der Überschuldung in den Krisen der letzten Jahre stellt ihren Geltungsanspruch bei den am Insolvenzgeschehen Beteiligten in Frage
- Strafbarkeitsandrohung erscheint mit Blick auf die zahlreichen Prognoseelemente des Überschuldungstatbestandes unangemessen
- Ergänzend zu einer (nur mit zivilrechtlicher Haftung sanktionierten) Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung ist eine gesetzlich geregelte Verpflichtung der Geschäftsleiter zur Mitberücksichtigung der Interessen der Gläubiger („*shift of fiduciary duties*“) sinnvoll

# VI. Insolvenzverschleppungshaftung in Europa

---

## *Insolvenzantragspflicht vs. wrongful trading*

- **Ökonomische Funktion der Insolvenzantragspflicht** ist die Regelung der Haftung des Geschäftsleiters für den insolvenzbedingt erforderlichen Marktaustritt („**Exit-Haftung**“)
- Das Modell einer haftungsbewehrten Insolvenzantragspflicht, welches z.B. in Deutschland, Österreich oder Spanien bekannt ist, ist in Europa nicht ohne Alternative
- Großbritannien und die Niederlande kennen keine haftungsbewehrte Insolvenzantragspflicht, während in anderen Jurisdiktionen eine solche Pflicht zwar besteht, aber im Rahmen des Haftungsregimes nicht die allein maßgebende Größe ist (z.B. Frankreich)
- Für eine europaweite Harmonisierung der Insolvenzverschleppungshaftung bietet sich als Alternative zu dem deutschen Modell auch das Konzept des „**wrongful trading**“ an. Hier knüpft die Haftung des Geschäftsleiters an die Verletzung seiner Pflicht an, bei Erkenntnis der nicht mehr abwendbaren Insolvenz die zu erwartenden Maßnahmen zur Reduzierung der Verluste der Gläubiger zu ergreifen

## VI. Insolvenzverschleppungshaftung in Europa

---

### *Das englische Modell als Prototyp des „wrongful trading“*

- *Fraudulent trading, s. 213 Insolvency Act 1986*: Haftung insb. der *directors* für Fortführung der Geschäfte einer insolventen Gesellschaft in betrügerischer Absicht (*“business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company”*); Haftung ist auf Zahlung eines Beitrags an den *liquidator* der Gesellschaft gerichtet
  - Nur geringe praktische Relevanz, da Nachweis der betrügerischen Absicht selten gelingt

## VI. Insolvenzverschleppungshaftung in Europa

---

### *Das englische Modell als Prototyp des „wrongful trading“*

- *Wrongful trading, s. 214 Insolvency Act 1986*: Haftung der *directors* bei Fortführung des Unternehmens bei unabwendbarer Insolvenz; hier besteht Gebot zur Minimierung der Verluste der Gläubiger der Gesellschaft
  - Director hätte bereits in einem Zeitpunkt vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens („*moment of truth*“) erkennen müssen, dass es keine vernünftigen Aussichten zur Abwendung der Insolvenz gibt („*no reasonable prospects of avoiding insolvent liquidation*“).
  - Entlastung durch Darlegung von Maßnahmen, die zur Insolvenzvermeidung ergriffen wurden
  - Haftung kann nur in einem Verfahren der insolvenzbedingten Liquidation geltend gemacht werden



## VI. Insolvenzverschleppungshaftung in Europa

---

### *Weiteres Vergleichsmodell Frankreich: „action en comblement du passif“*

- Das französische Recht kennt eine Insolvenzantragspflicht (Art. L 631-4 und 640-4 Code de commerce), wonach der Geschäftsleiter verpflichtet ist, 45 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag zu stellen
- Die Verschleppungshaftung der Geschäftsleiter knüpft aber nicht nur an die Verletzung der Insolvenzantragspflicht an. Maßgebend kann auch ein vor diesem Zeitpunkt liegendes Fehlverhalten der Geschäftsleiter in der Krise („*faute de gestion*“) nach Maßgabe von Art. L 651-2 Code de commerce sein
- Höhe der Haftung liegt im Ermessen des Gerichts und kann bis zur Höhe des Betrags einer bestehenden Überschuldung gehen

# VI. Insolvenzverschleppungshaftung in Europa

---

## *Insolvenzantragspflicht oder Pflichtenkatalog in der Krise als Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*

### – Argumente für und gegen „wrongful trading“

- ✓ Flexibilität der Geschäftsleiter
- × Erhebliche Nachweisprobleme bei Geltendmachung der Haftung erschweren ihre Durchsetzung
- ? Sanierungsfreundlichkeit
- ? Frühzeitige Verpflichtung auf das Gläubigerinteresse

### – Argumente für und gegen eine haftungsbewehrte Insolvenzantragspflicht

- ✓ Klar erkennbarer Pflichtenverstoß
- × Später Zeitpunkt für die Berücksichtigung von Gläubigerinteressen

## VI. Insolvenzverschleppungshaftung in Europa

---

### *Zwingende Argumente für nur ein europaweites Modell sind nicht erkennbar*

- Keine eindeutigen Belege vorhanden, dass eines der beiden Modelle die in der Insolvenz liegende Grenze des freien Wirtschaftens des Unternehmens effizienter verwirklichen würde
  - Verengung auf ein einziges europaweit geltendes Modell ist sachlich nicht geboten
- Zu begrüßen wäre demgegenüber die Einführung einer gesetzlichen Verpflichtung der Geschäftsleiter auf die stärkere Mitberücksichtigung der Interessen der Gläubiger bereits in einem Krisenstadium, welches vor der Absehbarkeit einer unabwendbaren Insolvenz liegt („*shift of fiduciary duties*“)

## VII. Der shift of fiduciary duties

---

### *Pflichten der Geschäftsleiter in der Krise der Kapitalgesellschaft*

- Der „*shift of fiduciary duties*“ bezeichnet die allgemeine Pflicht der Geschäftsleiter zur Wahrung der Interessen der Gläubiger bereits vor dem Zeitpunkt, in dem der Eintritt der Insolvenz nicht mehr abwendbar erscheint
- Aktuelle Rechtslage: Krisenverantwortung der Geschäftsleiter deutscher Kapitalgesellschaften folgt aus deren allgemeiner Sorgfaltspflicht nach § 43 GmbHG, § 93 AktG
  - Maßstab Unternehmensinteresse: hohe Relevanz des Interesses der Gesellschafter/der Aktionäre, aber auch Belange der Gläubiger sind zu berücksichtigen
  - Kaum praxisrelevant mangels expliziter und justitierbarer Regelung
- Krisenfrüherkennungs- und -reaktionspflichten der Geschäftsleiter haftungsbeschränkter Rechtsträger (§ 1 StaRUG, § 91 Abs. 2 AktG)

## VII. Der shift of fiduciary duties

---

### *Versuch einer gesetzlichen Regelung im Gesetzgebungsverfahren zum StaRUG*

Regierungsentwurf StaRUG vom 9.11.2020 (BT-Drucks. 19/24181):

*„§ 2 Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit*

*(1) Ist die juristische Person oder die Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit im Sinne von § 15a Absatz 1 Satz 3 und Absatz 2 der Insolvenzordnung **drohend zahlungsunfähig (§ 18 der Insolvenzordnung)**, wahren die Geschäftsleiter die **Interessen der Gesamtheit der Gläubiger**. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn der Geschäftsleiter vernünftigerweise davon ausgehen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen die Interessen der Gläubiger zu wahren.*

*(...)“*

→ Der im Regierungsentwurf enthaltene Vorschlag wurde nicht Gesetz

## VII. Der shift of fiduciary duties

---

### *Paradigmenwechsel zulasten der Gesellschafter oder sachgerechter Gläubigerschutz?*

- Integration in die Haftungsnormen nach § 43 GmbHG bzw. § 93 AktG
- Binnenverfassung der Kapitalgesellschaften: Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats bzw. Weisungsrechte der Gesellschafter müssen mit geändertem Pflichtenprogramm der Geschäftsleiter in Einklang gebracht werden
- Festlegung einer Rangfolge der Interessen der Gesellschafter und der Gläubiger zur Sicherstellung funktionierender Entscheidungsvorgänge in der Gesellschaft
- Zunehmende Gewichtung der Gläubigerinteresse mit Voranschreiten des Krisenstadiums und Risikoneigung der Maßnahme
  - Drohende Zahlungsunfähigkeit als Ansatzpunkt des *shift of fiduciary duties*
  - Entlastungsmöglichkeit der Geschäftsleiter über Restrukturierungskonzept nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung

# VIII. Exkurs: Vereinfachtes Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen

---

## *„Liquidationsverfahren light“ kann tiefgreifende Änderungen bedeuten*

- Art. 39 RL-E: Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für Kleinstunternehmen ein vereinfachtes Liquidationsverfahren i.d.R. als Verfahren unter Eigenverwaltung des Schuldners durchgeführt wird
- Kleinstunternehmen = Unternehmen mit neun oder weniger Mitarbeitern (Anhang Empfehlung 2003/361/EG der Kommission) und Umsatz oder Bilanzsumme pro Jahr bis EUR 2 Mio.; laut amtlicher Statistik betreffen **über 80% der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland Kleinstunternehmen**
- Bestellung eines Insolvenzverwalters nur auf Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers/einer Gruppe an Gläubigern, wobei Kosten bei nicht ausreichender Masse von Antragsteller zu tragen sind (Art. 39 RL-E); keine Verwalterbestellung auf Initiative des Gerichts!
- Falls Schuldner das Recht zur Verwaltung und Veräußerung seiner Vermögenswerte entzogen und kein Insolvenzverwalter bestellt wurde, liegen die diesbzgl. Entscheidungen beim Gericht oder werden vom Gericht einem Gläubiger übertragen (Art. 43 Abs. 4 RL-E)

## VIII. Exkurs: Vereinfachtes Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen

---

### *Verlagerung der Aufgaben des Insolvenzverwalters auf Schuldner, Gläubiger und Gerichte*

- Zugang zum Verfahren bei Zahlungsunfähigkeit; Abweisung mangels Masse ist unzulässig
- Tabellenführung liegt weitgehend beim Gericht; Fiktion des Nichtbestreitens einer vom Schuldner im Antrag auf Eröffnung des Verfahrens genannten Forderung (Art. 46 Abs. 3 RL-E); für bestrittene und nicht vom Schuldner genannte Forderungen liegt Feststellung beim Gericht („zuständige Stelle“ = Gericht), sofern kein Insolvenzverwalter bestellt ist
- Aktivlegitimation für Anfechtungsklagen liegt bei den Gläubigern (Art. 47 lit. a RL-E); Gericht hat bei bedeutenden Anfechtungsverfahren die Möglichkeit zur Anordnung eines normalen Insolvenzverfahrens (lit. c)
- Feststellung der Insolvenzmasse durch Gericht (Art. 48 RL-E)
- Verwertung der Vermögenswerte und Erlösverteilung bzw. Entscheidung über Abschluss ohne Verwertung erfolgt durch Gericht (Art. 49 RL-E); Verwertung im Wege elektronischer öffentlicher Auktion ist Regel



## VIII. Exkurs: Vereinfachtes Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen

---

*InsO bietet erprobtes und bewährtes Verfahren zur Abwicklung von Kleinstunternehmen*

Wesentliche Kritikpunkte am vereinfachten Liquidationsverfahren:

- Erhebliches Missbrauchspotential für Schuldner (keine Gewähr für ordnungsgemäße Abwicklung)
- Überforderung des Schuldners; Zugang allenfalls für redliche Schuldner mit ordnungsgemäßer Unternehmensorganisation (Zugangsvoraussetzungen für Eigenverwaltung erforderlich)
- Verlagerung von Aufgaben des Insolvenzverwalters („best fit“) ohne Not auf Schuldner, Gläubiger und Gericht
- Insolvenzgeldvorfinanzierung und Betriebsfortführung (etwa zur Ausproduktion) nicht möglich
- **Wahlrecht der Mitgliedstaaten hinsichtlich „Ob“ und „Wie“ des vereinfachten Liquidationsverfahrens ist wünschenswert**

Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!

---