

Rechtsanwalt Marc van Zanten\*

## Auswirkungen des Estro-Urteils des EuGH auf die niederländische Pre-pack-Praxis

Die Rechte der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen können bei Vereinbarung eines „Pre-packs“ infolge eines Konkurses anwendbar sein. Dies hat der EuGH mit Urteil vom 22.6.2017 entschieden (EuGH, Urt. v. 22.6.2017 – C-126/16, BeckRS 2017, 113943 – Estro). Ein Konkurs, der im Rahmen eines Pre-packs eröffnet wurde, das die Übertragung eines Unternehmens vorbereiten soll, um einen schnellen Neustart bestandsfähiger Einheiten dieses Unternehmens nach der Konkurseröffnung zu ermöglichen, erfülle gegebenenfalls nicht alle im Unionsrecht aufgestellten Voraussetzungen, heißt es dort weiter. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit den Auswirkungen dieses EuGH-Urteils auf die niederländische Pre-pack-Praxis.

### I. Einleitung

#### 1. Pre-pack-Praxis in den Niederlanden

Das derzeitige System der sofortigen Insolvenzeröffnung führt dazu, dass der Insolvenzverwalter unmittelbar und gänzlich unvorbereitet mit seiner Tätigkeit beginnen muss. Dieses System funktioniert nur mangelhaft gerade in komplizierten und sehr dringenden Fällen, in denen es einer sorgfältigen Vorbereitung bedarf, damit der Insolvenzverwalter gleich beim Erlass des Insolvenzurteils seine Arbeit aufnehmen kann. Probleme ergeben sich zum Beispiel, wenn der Insolvenzverwalter eine Vielzahl von betrieblichen und geschäftspolitischen Entscheidungen zu treffen hat. Dabei benötigt er Spielraum, um auch solche Maßnahmen zu treffen, die zwecks Erhaltung der Vermögenswerte wichtig sind oder in Fällen von besonderem gesellschaftlichen Interesse.

Zudem hat sich in der Praxis herausgestellt, dass der Verkauf der schuldnerischen Vermögenswerte an einen Investor, der damit die Betriebsaktivitäten fortsetzt und einen (Groß-)Teil der entlassenen Mitarbeiter nach der Insolvenz weiter beschäftigt (so genannter *doorstart* = „übertragende Sanierung“) manchmal von insolvenzbedingtem „Chaos“ bedroht wird. Lieferanten stellen sofort nach der Insolvenz die für die Fortführung des Unternehmens notwendigen Lieferungen ein. Kunden des Schuldners bemühen sich um einen anderen Lieferanten, um letztendlich der Gefährdung des eigenen Unternehmens vorzubeugen. Gläubiger versuchen, durch Rückgriffsansprüche oder Eigentumsvorbehalte dem Insolvenzverwalter gegenüber eine starke Position einzunehmen. Dies führt dazu, dass die Möglichkeiten einer Unternehmensfortführung immer geringer werden.

Um solche Risiken zu reduzieren und – sofern die Situation dies erfordert – die sorgfältige Vorbereitung der Insolvenz sowie der Unternehmensfortführung zu ermöglichen, hat sich in den Niederlanden für einen Schuldner, bei dem eine Insolvenz oder Gewährung des gerichtlichen Zahlungsaufschubs (*surseance van betaling*) absehbar ist, an acht der elf Bezirksgerichte (*rechtbanken*) die Möglichkeit etabliert, das Gericht zu ersuchen ihm im Voraus mitzuteilen, wer im Falle der Verfahrenseinleitung als Vermögensverwalter (= *bewindvoerder* im Verfahren des Zahlungsaufschubs) oder als Insolvenzverwalter bestellt werden wird. Der zu ernennende Verwalter kann dann schon im Vorfeld der Antragstellung

\* Der Autor ist Partner im Insolvenzrecht bei CMS Amsterdam. Er wird regelmäßig als (vorgesehener) Insolvenzverwalter bestellt und promoviert derzeit zum Thema Pre-pack an der Universität Groningen, Niederlande. – Zugleich Besprechung von EuGH, Urt. v. 22.6.2017 – C-126/16, BeckRS 2017, 113943 – Estro.

„still“ das Insolvenzverfahren vorbereiten und die Möglichkeit des Verkaufs an einen Investor überprüfen. In dieser stillen Vorbereitungsphase hat der Insolvenzverwalter bereits die gemeinsamen Interessen der Gläubiger zu berücksichtigen. Er ist unparteiisch und kein Berater des Unternehmens. Zudem ernennt das Gericht den vorgesehenen Insolvenzrichter, mit dem sich der Insolvenzverwalter bereits beraten kann. Die Befugnisse des vorgesehenen Insolvenzverwalters sowie des vorgesehenen Insolvenzrichters sind hingegen (jedenfalls derzeit noch) nicht gesetzlich festgelegt. Da beide Personen jedoch sofort nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens tätig werden, besitzen sie in der vorbereitenden Phase eine gewisse informelle Befugnis, durch die der Verlauf des Unternehmensübergangs beeinflusst werden kann.

Obwohl der Begriff „Pre-pack“ aus dem Vereinigten Königreich übernommen wurde, ist die niederländische Variante in vielerlei Hinsicht anders. So ist es in den Niederlanden nicht möglich, dass der Schuldner oder der Pfandgläubiger ganz ohne Einmischung des Gerichts und eines designierten Insolvenzverwalters einen Pre-pack durchführt.

Eine in den Niederlanden kürzlich vom Verfasser durchgeführte Untersuchung hat gezeigt, dass im Zeitraum 2012 bis Juli 2017 in mindestens 83 Insolvenzen zuerst ein Pre-pack durchgeführt wurde. Überdies wurden noch sechs Pre-packs festgestellt, die nicht zur Insolvenz geführt haben. In 73 Fällen (88 Prozent) wurde das Unternehmen nach der Insolvenz (beschränkt oder vollständig) fortgeführt. Insgesamt wurden etwa 46.000 Arbeitnehmer in allen Insolvenzen, in denen von einer stillen vorinsolvenzlichen Vorbereitungsphase die Rede war, entlassen. Insgesamt konnten etwa 33.500 dieser entlassenen Arbeitnehmer (ca. 73 Prozent), nachdem sie vom Insolvenzverwalter entlassen worden waren, ihre Stelle behalten, indem sie beim fortführenden Unternehmen beschäftigt wurden. Daraus wird deutlich, dass die Pre-pack-Praxis in den Niederlanden zur Erhaltung von Arbeitsplätzen beigetragen hat. Im selben Zeitraum wurden in den Niederlanden 32.632 Unternehmen insolvent erklärt. Dies bedeutet, dass nur in 0,25 Prozent der Insolvenzen der Insolvenzeröffnung eine stille Vorbereitungsphase voranging.

Es gab jedoch auch insbesondere arbeitsrechtliche Bedenken zur Pre-pack-Praxis. Manche Kollegen monierten mangelhafte Transparenz, was zur mangelhaften Preisbildung im Falle einer Fortführung und zum Missbrauchsrisiko führen könne. Zudem wurde gefordert, dass die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften beim Unternehmensübergang auch Anwendung finden im Falle eines im Stillen vorbereiteten *doorstart*, wenn dieser erst nach Insolvenzeröffnung umgesetzt wird. Schließlich wurde auch noch auf das unzureichende Mitspracherecht der Arbeitnehmer während der stillen Vorbereitungsphase verwiesen.

## 2. Gesetzesinitiative zum WCO I

Während einer Fragestunde in der *Zweiten Kammer* des niederländischen Parlaments am 18.6.2013 wurde der niederländische Minister für Sicherheit und Justiz aufgefordert, eine gesetzliche Grundlage für die Pre-pack-Praxis festzulegen. Anschließend hat der Minister dann eine Vorlage des niederländischen Gesetzes über die Kontinuität von Unternehmen (*Wet continuïteit ondernemingen I*, nachstehend kurz „WCO I“ genannt) zur Beratung eingereicht.<sup>1</sup> Aufgrund der bei diesen Beratungen vorgebrachten Erwägungen wurde die Gesetzesvorlage angepasst. Nachdem auch die Kritik des niederländischen Staatsrates (*Raad van State*) zu dieser Gesetzesvorlage verarbeitet worden war, wurde das

Gesetz am 4.6.2015 bei der Zweiten Kammer des niederländischen Parlaments eingebracht. Mit diesem Gesetz erhält die Anwendung der Pre-pack-Praxis in den Niederlanden eine gesetzliche Grundlage. Dadurch werden die Möglichkeiten zur sorgfältigen Insolvenzvorbereitung verbessert. Zweck der stillen Insolvenzvorbereitung ist die Einschränkung des Schadens, der sich für die Gläubiger (zu denen auch die Arbeitnehmer gehören) und andere Beteiligte aus der Insolvenz ergibt, wenn wirtschaftlich rentablen Teile des Unternehmens veräußert werden, was zu einem maximalen Ertrag und dem Erhalt möglichst vieler Arbeitsplätze führen kann.<sup>2</sup> Dem vorgesehenen Insolvenzverwalter obliegt eine große Verantwortung, denn er muss diese Vorbereitung kritisch im Auge behalten. Den Beteiligten selbst ist es schließlich nicht möglich, ihre Interessen zu wahren, da sie über die bevorstehende Insolvenz und die stille vorinsolvenzliche Vorbereitungsphase nicht im Bilde sind. Der vorgesehene Insolvenzrichter ist für die Aufsicht über die Tätigkeiten des vorgesehenen Insolvenzverwalters zuständig.<sup>3</sup> Das niederländische Gesetz WCO I wurde am 21.6.2016 einstimmig von der *Zweiten Kammer* verabschiedet, anschließend bei der *Ersten Kammer* des niederländischen Parlaments eingereicht und ist dort bislang noch anhängig.

## 3. Pre-pack Estro

Währenddessen haben der Pre-pack und die anschließende Insolvenz mit Fortführung der Kinderbetreuungseinrichtung *Estro* im Sommer des Jahres 2014 zu großen Diskussionen in den Niederlanden geführt. Dabei wurde Dank der zur Insolvenzeröffnung bekannt gegebenen Fortführung des Unternehmens durch *Smallsteps* 2.600 der 3.600 Arbeitnehmer eine Stelle angeboten. Jedoch gab es auch kritische Stimmen angesichts der hier gegebenen Fortführung durch ein verbundenes Unternehmen, zumal diese Fortführung im Stillen vorbereitet worden war. Daher hatten vielleicht nicht alle externe Interessenten die Möglichkeit, ein (besseres) Angebot einzureichen. Dabei wurde auch auf die Regelungen über den Unternehmensübergang hingewiesen, die, so meinten Gewerkschaft und einige Arbeitnehmer, auch auf diesen Fall zuträfen. Danach hätten sämtliche ehemaligen *Estro*-Arbeitnehmer von Rechts wegen bei dem fortführenden Unternehmen beschäftigt werden müssen. Mit dem von der Gewerkschaft *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (nachstehend „FNV“) und vier ehemaligen Arbeitnehmern eingeleiteten Verfahren befasst sich dieser Beitrag.

## 4. Regelungen über den Unternehmensübergang in den Niederlanden

Auch nach niederländischem Recht gehen die Rechte und Pflichten von Arbeitnehmern bei einem Unternehmensübergang auf den neuen Arbeitgeber über. Der Unternehmensübergang bildet grundsätzlich keinen Entlassungsgrund. Dem ist jedoch nicht so, wenn über das Vermögen des Arbeitgebers ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde und das Unternehmen Bestandteil der Insolvenzmasse ist (vgl. Art. 666 Buch 7 des *Burgerlijk Wetboek*, nachstehend „BW“). Zur Auslegung dieser aus einer europäischen Richtlinie hervorgehenden Regel wurde viel nationale und auch europäische Rechtsprechung veröffentlicht, und zwar insbesondere vor der letzten Fassung der Richtlinie aus dem Jahre 2001. Diese Schutzvorschriften finden zwar, wie gesagt, nicht auf die Insolvenz, wohl aber auf den gericht-

1 Die Beratung über die Gesetzesvorlage erfolgte in der Zeit vom 22.10.2013 bis 21.1.2014.

2 Art. 363 I Niederländisches Insolvenzgesetz nF.

3 Art. 365 II Niederländisches Insolvenzgesetz nF.

lichen Zahlungsaufschub (*surcéance van betaling*) Anwendung. Dies führt dazu, dass sich ein gerichtlicher Zahlungsaufschub häufig nicht für eine übertragende Sanierung eignet. Denn nur im Fall eines Insolvenzverfahrens kann der Insolvenzverwalter alle Arbeitnehmer entlassen und das übernehmende Unternehmen hat die freie Wahl, welche Arbeitnehmer nach der Insolvenz erneut beschäftigt werden. Da das niederländische Kündigungsrecht verglichen mit dem Kündigungsrecht einiger Nachbarländer ansonsten als eher arbeitnehmerfreundlich gilt, erweist sich eine Insolvenz oft als zur Durchführung einer Reorganisation notwendig.<sup>4</sup>

### 5. Kern des Rechtsstreits in der *Estro*-Sache (FNV c. s./ Smallsteps)

In der Insolvenz von *Estro* stellte sich die Frage, inwiefern die Vorschriften nach Artikel 666 Buch 7 BW auf eine „Pre-pack Insolvenz“ in der oben geschilderten Art Anwendung finden. In einem Verfahren, das beim AG (*kantongerecht*) *Almere* von der Gewerkschaft FNV sowie von vier nicht weiter beschäftigten Arbeitnehmern anhängig gemacht wurde, hat das Gericht beim *EuGH* vier präjudizielle Fragen eingereicht. Am 18.1.2017 fand die mündliche Verhandlung statt. Der Generalanwalt am *EuGH* (nachstehend „GA“) gelangte am 29.3.2017 zu dem Schluss, dass die Vorschriften über den Arbeitnehmerschutz bei einem Unternehmensübergang auf die niederländische Pre-pack-Praxis Anwendung finden.

Übrigens hatte das AG *Almelo* in einer anderen Sache (*Heiploeg*) in einem Urteil vom 28.7.2015<sup>5</sup> zum gleichen Thema noch zum Nachteil der Arbeitnehmer geurteilt.

Aufgrund des *Estro*-Verfahrens wurde das laufende Gesetzgebungsverfahren verzögert. Das WCO I ist weiterhin in der *Ersten Kammer* des niederländischen Parlaments anhängig, obwohl die Gesetzesvorlage eigentlich in der Sitzung vom 4.4.2017 ohne Diskussion genehmigt werden sollte.

## II. Hintergründe

*Estro* war die größte Kinderbetreuungseinrichtung in den Niederlanden mit etwa 380 Niederlassungen und 3.600 Angestellten und wurde von insgesamt etwa 30.000 Kindern besucht. Im November 2013 wurde absehbar, dass die *Estro* Gruppe ohne zusätzliche Finanzierung im Sommer 2014 ihre finanziellen Verpflichtungen nicht mehr erfüllen können. Daher wurde schließlich von *Estro* ein anderer Plan ausgearbeitet, nach dem ein wichtiger Teil der Gruppe nach einem Pre-pack fortgeführt werden sollte. Diese Fortführung sollte folgende Eckpunkte haben: (1) eine Fortführung von 243 der insgesamt 380 Zentren; (2) die Erhaltung von 2.500 der insgesamt 3.600 Arbeitsplätze und (3) Kontinuität der Dienstleistung im Juli 2014.

Am 10.6.2014 wurde *Wouter Jongepier* zum „vorgesehenen“ Insolvenzverwalter benannt. 25 Tage später am 5.7.2014 wurde das Insolvenzverfahren über *Estro* und ihre Tochterunternehmen eröffnet und gleichzeitig auch die Unternehmensübertragung auf einen neuen Investor realisiert. Am 5.7.2014 wurden auch alle Arbeitnehmer mit Genehmigung des Insolvenzrichters in mündlicher Form entlassen.

Dadurch, dass vom Gericht zunächst ein „vorgesehener“ Insolvenzverwalter benannt wurde, war dieser in die Lage versetzt worden, sich bereits vor der Verfahrenseröffnung ein Bild von der Unternehmensfortführung zu machen und – wie von der Geschäftsführung mit den (wichtigsten) Kreditgebern der Insolvenzschildnerin abgestimmt – eine Fortfüh-

rung vorzugsweise schon am Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens realisiert werden könnte. Das Gericht hat diesem Antrag zwar nicht stattgegeben. Jedoch hat es erkennen lassen, den „vorgesehenen“ Insolvenzverwalter/Vermögensverwalter im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu bestellen. Der vorgesehene Insolvenzverwalter könne dann in der stillen Vorbereitungsphase über die Situation des Unternehmens informiert werden, ohne jedoch eine Stellungnahme zur beabsichtigten Fortführung abzugeben. So sei er, nach der Insolvenzeröffnung besser vorbereitet als wenn das Gericht sich erst am Tage der Insolvenz an ihn wenden würde.

Am 5.7.2014, also noch am Tag der Insolvenzeröffnung, wurde ein Abkommen über die Unternehmensfortführung zwischen dem Insolvenzverwalter und *Smallsteps* unterzeichnet. *Smallsteps*, die mit dem größten Gesellschafter in *Estro* (*Bayside Capital*) unternehmerisch verbunden ist, hatte anschließend etwa 2.600 Arbeitnehmern einen neuen Arbeitsvertrag angeboten.

## III. Verfahren beim AG Almere

Nach dem Vorlagebeschluss des AG *Almere*<sup>6</sup> findet die Einschränkung der Regeln über den Betriebsübergang in der Insolvenz nicht auf die Pre-pack-Praxis Anwendung. Die Unternehmensfortführung erfolge im Grunde bereits vor der Insolvenz. Der Insolvenzrichter habe die Genehmigung bereits vor der Insolvenz erteilt. Diese Vorgehensweise werde während der Insolvenz lediglich formalisiert. Von einer gesetzlich geregelten (formellen) Aufsicht zurzeit der faktischen Durchführung der Unternehmensfortführung könne daher keine Rede sein. Der Amtsrichter erläuterte, dass es sich bei den Vorschriften nach Art. 662 bis 666 Buch 7 BW bezüglich des Unternehmensübergangs um eine Umsetzung einer europäischen Richtlinie handle. Allerdings enthalte Art. 5 der Richtlinie<sup>7</sup> die Bestimmung, dass die beschriebenen Regelungen über den Schutz der Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang im Falle eines Insolvenzverfahrens unter Aufsicht einer Behörde und unter Einbeziehung eines behördlich eingesetzten Insolvenzverwalters keine Anwendung finden, wenn dies nicht im betreffenden Mitgliedsstaat anders bestimmt ist.

Art. 666 Buch 7 BW wiederum besagt, dass die beschriebenen Regelungen nicht auf einen Unternehmensübergang Anwendung finden, wenn über den Arbeitgeber das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und das Unternehmen Bestandteil der Insolvenzmasse ist. Bei einer „normalen“ übertragenden Sanierung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der fortführende Unternehmer daher frei entscheiden, ob und wenn ja, welchen Arbeitnehmern des insolventen Unternehmens er einen neuen Arbeitsvertrag anbietet und zu welchen Bedingungen.

<sup>4</sup> Nach Art. 40 des niederländischen Insolvenzgesetzes kündigt der Insolvenzverwalter mit Genehmigung des Insolvenzrichters alle Arbeitsverträge unter Einhaltung einer maximalen Kündigungsfrist von sechs Wochen. Außerhalb der Insolvenz gelten die Kündigungsverbote nicht. Die Arbeitnehmer haben auch keinen Anspruch auf eine Entschädigung, die ihnen außerhalb der Insolvenz wohl zukommt.

<sup>5</sup> ECLI:NL:RBOVE:2015:3589. Diese Unternehmensfortführung wurde auf andere Art und Weise während der stillen Vorbereitungsphase vorbereitet als bei *Estro*. Das Berufungsverfahren wurde in Erwartung der Entscheidung in der *Estro*-Sache ausgesetzt.

<sup>6</sup> Amtsrichter für die mittleren Niederlande, Geschäftsstelle Almere, 24.2.2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954.

<sup>7</sup> Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (ABL 2001, L 82, S. 16), fortan: „Richtlinie“.

Das AG hat sich beim *EuGH* danach erkundigt, ob die Regeln bezüglich des Unternehmensübergangs auch dann keine Anwendung finden, wenn eine Insolvenz „zur Reorganisation mittels eines Pre-packs“ eingesetzt wird. Es erläutert in seinem Vorlagebeschluss, der *EuGH* habe seinem Urteil vom 12.3.1998<sup>8</sup> geurteilt, dass bei der Beantwortung der Frage, ob ein Verfahren der Richtlinie unterliegt, der Zweck des Verfahrens (Liquidation des Unternehmens oder Fortführung) sowie die entsprechenden Modalitäten entscheidend seien. Wenn der Betrieb des Unternehmens fortgesetzt werden soll, so dürfe den Arbeitnehmern beim Unternehmensübergang aus sozial-wirtschaftlichen Gründen die ihnen nach der Richtlinie zukommenden Rechte nicht entzogen werden.

#### IV. Schlussfolgerung des Generalanwalts vom 29.3.2017

Wie in vielen Fällen vor dem *EuGH* kommt den Ausführungen des Generalanwalts (GA) eine besondere Bedeutung für das Verständnis der anschließend ergehenden gerichtlichen Entscheidung zu, da dieser sich ausführlicher mit der Sach- und Rechtslage befasst. Daher wird zunächst auf die Stellungnahme des GA und dessen Argumentation eingegangen, danach auf die Entscheidung des *EuGH*.<sup>9</sup>

##### 1. Zusammenfassung der Erwägungen des GA

Der GA macht in seiner Stellungnahme auf die jüngste Entwicklung des Pre-packs in den USA und dem Vereinigten Königreich aufmerksam, die in diversen Ländern (Deutschland, Frankreich und den Niederlanden) anschließend auf andere Art umgesetzt wurde. Er folgert insbesondere: „[...] der Erfolg des Pre-packs geht aus einer zunehmenden Tendenz im aktuellen Insolvenzrecht hervor, nach welcher Methoden, die anders als bei der herkömmlichen, auf die Liquidation des gefährdeten Unternehmens gerichteten Vorgehensweise, die Rettung des Unternehmens oder jedenfalls die Erhaltung der wirtschaftlich noch lebensfähigen Bereiche des gefährdeten Unternehmens bezwecken.“

Der GA erläutert, dass der *EuGH* in dieser Sache erstmalig über die Ausnahme der Anwendung der Richtlinie in Art. 5 Abs. 1 urteilen müsse. Dabei müsse ein Gleichgewicht gefunden werden zwischen dem Erfordernis etwa einen Pre-pack zum „lobenswerten“ Zweck, wirtschaftlich noch lebensfähige Bereiche eines mit Insolvenz bedrohten Unternehmens zu retten einzusetzen, aber dabei sicherzustellen, dass der den Arbeitnehmern kraft Unionsrechts garantierte Schutz nicht umgangen wird.

In seiner Stellungnahme setzt der GA sich weiterhin mit dem oben bereits angesprochenen Art. 5 I der Richtlinie, wonach für Insolvenzverfahren (oder vergleichbare Verfahren) eine Ausnahme von den Regelungen möglich ist, wovon das niederländische Recht in Art. 662 bis 666 Buch 7 BW) Gebrauch gemacht hat.

Der GA analysiert in der Folge die Rechtsprechung, die zum Teil aus der Zeit der früheren Fassung der Richtlinie<sup>10</sup> stammt.<sup>11</sup> In den zum Thema ergangenen Entscheidungen hatte der *EuGH* geurteilt, dass die Richtlinie 77/187/EEG auf den Übergang von Unternehmen im Rahmen einer Insolvenz, die der Abwicklung des Vermögens des Veräußerers unter der Aufsicht der zuständigen Gerichtsstanz dient, keine Anwendung finde und dass es den Mitgliedstaaten erlaubt sei, die Grundlagen der Richtlinie nach eigener Wahl ausschließlich aufgrund ihrer nationalen Gesetze ganz oder teilweise anzuwenden. Der *EuGH* urteilte, dass die Richtlinie auch auf einen gerichtlichen Zahlungsaufschub Anwendung findet, da es sich dabei um ein Verfahren vor der Insolvenz und mit beschränkter gerichtlicher Aufsicht handele. Als entscheidendes Kriterium gelte die „die Abwicklung des Vermögens des Schuldners zwecks Leistung an die Gesamtgläubiger“. Wenn es sich hingegen um ein Verfahren zum Zwecke der Fortsetzung der Unternehmensstätigkeiten unter der Leitung eines Insolvenzrichters handele, dann diene dieses Verfahren primär dem Zweck, die Unternehmensstätigkeiten für die Zukunft sicherzustellen. In einem solchen Fall sei eine Aufhebung des Schutzes der Arbeitnehmer nicht gerechtfertigt. Auch fallen Verfahren, die zwar auf die Abwicklung gerichtet, aber

nicht unter Aufsicht eines gerichtlich bestellten Insolvenzverwalters stehen, nicht unter die Ausnahme der Regelungen zum Betriebsübergang.<sup>12</sup> Ob die Voraussetzungen für eine solche Ausnahme vorliegen, soll nach Auffassung des GA im Lichte der zurückliegenden Rechtsprechung des *EuGH* interpretiert werden.

Der GA erörtert weiter, dass ein Unterschied gemacht werden müsse zwischen Verfahren, die die Liquidation des Vermögens des Unternehmens bezwecken, und solchen, welche die Kontinuität des Betriebs des Unternehmens zum Ziel haben. Im letzteren Fall sei es nicht gerechtfertigt, den Arbeitnehmern beim Unternehmensübergang ihre Rechte zu entziehen. Auch die Kommission habe darauf hingewiesen, dass sich diese Unterscheidung weniger aus der Rechtsprechung, als vielmehr aus dem Wortlaut von Art. 5 der Richtlinie ergebe, welche ebenfalls unterscheidet zwischen „einerseits Insolvenzverfahren, die genau wie beim Konkurs, die Liquidation des Vermögens des Veräußerers bezwecken und andererseits Insolvenzverfahren die, da sie nicht zwecks der Liquidation des Vermögens des Veräußerers eingeleitet werden, zur Fortsetzung des Unternehmens führen.“

Es sei von einem Unternehmensübergang im Rahmen eines Verfahrens zwecks Unternehmensfortführung die Rede, wenn dieses Verfahren explizit darauf angelegt ist, den betriebsmäßigen Charakter des Unternehmens (oder die wirtschaftlich lebensfähigen Bereiche davon) sicherzustellen, damit der Wert, der sich aus der kontinuierlichen Fortsetzung des Betriebs ergibt, erhalten bleibt. Verfahren, die die Liquidation des Vermögens bezwecken, wurden jedoch nicht spezifisch zu diesem Zweck eingeführt, sondern einzig zwecks einer höchstmöglichen Leistung an die Gesamtgläubiger. Er gelangt jedoch auch zu dem Schluss, dass bei einer Unternehmensfortführung der Wert für die Gläubiger höher sein kann. Er deutet dies dann jedoch auf eine ganz eigene Weise: Im Fortführungsverfahren bilde die Erhaltung des Unternehmens „[...] jedoch das zentrale Element, den letztendlichen Zweck des Verfahrens als solches oder die Anwendung davon in concreto. In Verfahren, die die Liquidation bezwecken, dient diese Erhaltung hingegen einzig der Leistung an die Gläubiger.“

Der GA bringt noch vor, dass die Ausnahme einschränkend auszulegen sei, da damit vom Hauptziel der Richtlinie abgewichen werde.

Zudem führt der GA aus, dass Art. 5 I, II der Richtlinie den Mitgliedstaaten viel Freiraum bei der Auslegung des Geltungsbereichs der darin genannten Ausnahmen biete. Durch andere Bestimmungen können Art. 3 und 4 der Richtlinie dennoch teilweise auf einen Konkurs oder ähnliche Verfahren angewandt werden. Zudem bietet Art. 5 II der Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Art. 3 und 4 der Richtlinie auf den Übergang während eines Insolvenzverfahrens, das über den Veräußerer eröffnet wurde, anzupassen und zwar ungeachtet davon, ob das Verfahren zwecks Liquidation seines Vermögens eröffnet wurde oder nicht. Also: Die Mitgliedstaaten können die Arbeitnehmer besser schützen. Nach Einschätzung des GA haben die Niederlande diesen Spielraum nicht genutzt. Dann gelangt der GA zur Beantwortung der Hauptfrage, nämlich ob Art. 3 und 4 der Richtlinie auf den Unternehmensübergang im Rahmen eines Pre-packs Anwendung finden.

Im Weiteren befasst sich der GA mit dem Zweck des Pre-pack-Verfahrens. Es handle sich ohne Weiteres um ein Verfahren, das auf den (teilweisen) Unternehmensübergang gerichtet sei, damit eine Unternehmensfortführung ohne Unterbrechung und sofort nach Insolvenzeröffnung möglich ist. Zweck sei die Sicherstellung der Unternehmensfortführung, indem der Mehrwert, der aus der Fortsetzung des Betriebs des Unternehmens erlangt werden kann, erhalten bleibt.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> *EuGH*, NZI 1998, 75 – Dethier Équipement.

<sup>9</sup> GA, Schlussantrag v. 29.3.2017 – C-126/16, ECLI:EU:C:2017:241 = BeckRS 2017, 113689.

<sup>10</sup> RL 77/187/EEG, ABL EG 1977, L 061/26-28.

<sup>11</sup> *EuGH*, Entsch. v. 7.2.1985 – 135/83, ECLI:EU:C:1985:55 = BeckRS 2004, 71563 – Abels; Urt. v. 25.7.1991 – C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 = BeckRS 2004, 76748 – d'Urso ua; Urt. v. 7.12.1995 – C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 = BeckRS 2004, 77414 – Spano ua.

<sup>12</sup> *EuGH*, NZI 1998, 75 – Dethier Équipement.

<sup>13</sup> Eine bemerkenswerte Verwendung des (auch im niederländischen WCO I verwendeten) Begriffs „Mehrwert“. Denn nach dem WCO I ist eine Anordnung in erster Linie dann möglich, wenn die stille Vorbereitungsphase einen Mehrwert in dem Sinne hat, dass die Aussichten auf den Verkauf der profitablen Teile des Unternehmens zum höchstmöglichen Verkaufspreis und mit Erhaltung möglichst vieler Arbeitsplätze verbessert werden.

Der GA meint, dass das Insolvenzverfahren bei einem Pre-pack in erster Linie eingesetzt werde, um die Unternehmensfortführung zu ermöglichen. Es handele sich daher nicht um eine „echte“ sondern um eine „technische“ Insolvenz. Es bestehe daher auch die Möglichkeit, dass ein Pre-pack gar nicht zur Insolvenz führt. Zudem werde das Pre-pack in der Praxis oft zu Reorganisationszwecken eingesetzt, und nicht mit der Intention, die Liquidation des Unternehmens durchzuführen.

Der GA gelangt zu dem Schluss, dass obwohl die Pre-pack-Praxis teilweise im Rahmen eines Insolvenzverfahrens erfolgen kann, dieses zweifelsohne nicht als herkömmliches Verfahren zwecks Liquidation des Unternehmens bezeichnet werden kann. Vorsichtig verweist er hierzu auf das niederländische WCO I. Der GA betont, dass der Zweck des Pre-packs, nämlich die Fortsetzung des Betriebs der wirtschaftlich lebensfähigen Unternehmensbereiche mit gleichzeitiger Vorbeugung eines Wertverlustes infolge einer plötzlichen Einstellung der Unternehmenstätigkeiten, gewiss lobenswert sei. Dabei werde jedoch vor allem die Perspektive des Schuldners beachtet, während (wie auch nach dem WCO I) die Interessen sämtlicher Beteiligter, also auch der Arbeitnehmer, berücksichtigt werden sollten.

Dabei sollten die konkreten Modalitäten des Pre-pack-Verfahrens berücksichtigt werden, welche sich zugegebenermaßen in mehrfacher Hinsicht vom herkömmlichen Insolvenzverfahren unterscheiden. Die Vorphase einer Insolvenz ist gewiss kein Insolvenzverfahren, es gibt in der Tat Unterschiede:

- die Einleitung des Pre-pack erfolgt auf Initiative der Gesellschaft, während ein Insolvenzverfahren auch von den Gläubigern eingeleitet werden kann;
- die vorbereitende Phase ist informell, obwohl dort alle Einzelheiten festgelegt werden. Die Geschäftsführung verhandelt über den Verkauf und trifft die Verkaufsentscheidungen;<sup>14</sup>
- der vorgesehene Insolvenzverwalter und der vorgesehene Insolvenzrichter besitzen formal keine Befugnisse. Es gebe noch keine Verwaltung und kein formelles Verfahren zur Feststellung der Verbindlichkeiten. Der Insolvenzrichter müsse jedoch nach Ansicht des GA – wie während des formellen Insolvenzverfahrens – vollständig informiert sein, was in der Vorbereitungsphase nicht der Fall sei.

Der GA gelangt in letzlich zu dem Schluss, „dass ein Verfahren [...], das zum Abschluss eines Pre-packs führt, unter Berücksichtigung des beabsichtigten Zwecks sowie der Art und Weise, wie dieses Verfahren durchgeführt wird und obwohl dieses teilweise im Rahmen eines Insolvenzverfahrens erfolgen kann, nicht als ein Insolvenzverfahren oder als ein ähnliches Verfahren zwecks Liquidation des Vermögens des Veräußerers unter der Aufsicht einer dementsprechend zuständigen Behörde nach Art. 5 I der Richtlinie 2001/23 bezeichnet werden kann.“

Somit sei nicht von einer Ausnahme dieser Bestimmung die Rede und Art. 3 und 4 der Richtlinie finden Anwendung: „Die Tatsache, dass der Betrieb des Unternehmens oder der wirtschaftlich lebensfähigen Bereiche des Unternehmens nach diesem Übergang fortgeführt werden, führt immerhin dazu, dass weder erklärt, noch gerechtfertigt werden kann, dass den Arbeitnehmern dieses Unternehmens oder der übertragenen Unternehmensbereiche die Rechte, die ihnen nach dieser Richtlinie zuerkannt werden, entzogen werden.“ Hieran ändere auch nichts, dass die potenziellen Erwerber dadurch davon abgehalten werden könnten, ein in Schwierigkeiten geratenes Unternehmen zu erwerben, nämlich nach einer Insolvenz, die in einer stillen Vorbereitungsphase vorbereitet wurde. Denn der *EuGH* hat ein solches Argument wiederholt zurückgewiesen (in den Entscheidungen „d’Urso“ und „Spano“).

Beiläufig weist der GA noch daraufhin, dass die Richtlinie sich nicht der Möglichkeit widersetzt, „Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die zu Änderungen in der Beschäftigung führen, zu entlassen“. Nur haben diese Entlassungen unter Einhaltung aller Garantien, so wie diese in den sachdienlichen nationalen gesetzlichen Bestimmungen festgelegt sind, zu erfolgen.

## 2. Eigene Stellungnahme

Der vorstehenden Argumentation des GA kann Folgendes entgegeng gehalten werden:

Schon dem Ansatz des GA ist zu widersprechen. Es stellt sich bereits die Frage, ob es sich bei der Vorbereitung eines Pre-pack überhaupt um ein „Verfahren“ im Sinne der Richtlinie

handelt. Vielmehr geht es dabei doch um die Vorbereitung einer (ansonsten unvermeidlichen) Insolvenz. Wären die wirtschaftlichen Aktivitäten des Schuldners vor und während eines Insolvenzverfahrens fortgesetzt worden und hätte dann eine übertragende Sanierung stattgefunden, hätte die Schutzvorschriften des Betriebsüberganges keine Anwendung gefunden.

Der GA spricht von einer Reorganisation und von einer Rettung von bestimmten Bereichen des Unternehmens. Eine Unternehmensübertragung nach einer Insolvenz ist jedoch etwas anderes. Bei einer Unternehmensübertragung handelt es sich um einen Verkauf von Vermögenswerten nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zum bestmöglichen Preis, wobei Arbeitnehmer weiterhin beschäftigt bleiben können. Ein Insolvenzverwalter kann sich nach Eröffnung der Insolvenz auch für die sonstige Verwertung der diversen Vermögenswerte entscheiden. Wenn nach der Eröffnung der Insolvenz ein Dritter vom Insolvenzverwalter kauft, kann nur schwerlich von einer „Fortführung“ die Rede sein. Die veräußernde Gesellschaft ist insolvent. Die Vermögenswerte werden im Wege eines Asset Deals verkauft, und der neue Eigentümer bemüht sich, Verträge etc. zu übernehmen. Dabei handelt es sich wohl nicht in erster Linie um die Rettung wirtschaftlich lebensfähiger Bereiche des insolventen Unternehmens, sondern vielmehr um den Verkauf der Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter zum bestmöglichen Preis.

Auch überzeugt der Verweis des GA auf die ältere Rechtsprechung des *EuGH* nicht. Die Vorgänger-Richtlinie spricht von Konkursverfahren einerseits und Nicht-Konkursverfahren, die auch die Liquidation bezwecken andererseits. Der GA macht die Unterscheidung somit komplizierter als sie in Wirklichkeit ist. „Konkurs“ bedeutet grundsätzlich: kein Schutz für die bestehenden Rechtsbeziehungen. Ein „Nicht-Konkursverfahren“, das aber ein anderes (zB Reorganisations-)Insolvenzverfahren ist, kann auch zu einer Ausnahme von den Schutzbestimmungen führen. Durch die Verwendung des Begriffs „Insolvenzverfahren“ macht der GA aber gerade eine unzulässige Unterscheidung, die zwar zu dem von ihm präferierten Ergebnis passt, die jedoch nicht korrekt ist. Ein Konkursverfahren bezweckt immer die Liquidation. Somit macht der GA eine Unterscheidung, wo dies nicht zulässig, aber auch nicht notwendig ist.

Dem GA ist zuzustimmen, dass bei einem Asset Deal über den profitablen Teil des Unternehmens aus der Insolvenz ein höherer Preis für die Gläubiger erzielt werden kann. Dies ist nach meiner Auffassung aber gerade auch bei einem Pre-pack der Fall. Denn dann geht der Verkaufserlös nach der Insolvenz, anschließend an den Pre-pack, auch an die Gesamtgläubiger. Die Vermögenswerte werden nach der Insolvenz von einem Insolvenzverwalter verkauft, nachdem dieser Verkauf (sei es in einzelnen Vermögenswerten oder im Ganzen) während der stillen Vorbereitungsphase vorbereitet wurde. Das Pre-pack kennt zwei Phasen: Eine vorbereitende Phase vor der Insolvenzeröffnung und eine zweite Phase gleichzeitig oder unmittelbar nach der Insolvenzeröffnung. Meiner Meinung nach ist auf die letztere Insolvenzphase entscheidend abzustellen.

Der Pre-pack selbst findet in der vorbereitenden Phase gerade nicht statt: vielmehr erfolgt der Verkauf erst nach Insolvenzeröffnung (anders als etwa in England, wo ein Pre-pack

<sup>14</sup> Dies ist jedoch unzutreffend, denn letztendlich trifft bereits der Insolvenzverwalter die Entscheidung. Der GA stellt hier zu stark auf die die englische Variante eine Pre-pack ab.

auch außergerichtlich und mit dem „administrator“ möglich ist). In den Niederlanden handelt es sich beim Pre-pack somit einzig um eine Vorbereitung und um einen „üblichen“ Verkauf der Assets des Unternehmens durch den Insolvenzverwalter mit richterlicher Erlaubnis. Dabei handelt es sich also um eine (vorbereitete) Liquidation im Insolvenzverfahren, auch wenn (Teil der) Geschäftstätigkeiten von einem neuen Eigentümer fortgesetzt werden, weshalb somit die Ausnahmeposition nach Art. 5 I der Richtlinie zutrifft.

Dem vom GA unterstellten zweckwidrigen Einsatz eines Insolvenzverfahrens kann mit der Lehre vom Insolvenzmissbrauch begegnet werden. Eine Insolvenz, die ausschließlich dazu beantragt wurde, den Arbeitnehmern deren arbeitsrechtlichen Schutz zu entziehen, kann rechtsmissbräuchlich sein.<sup>15</sup> Dies wiederum kann zur Aufhebung der Insolvenz und zur Geschäftsführerhaftung führen. Wenn ein Unternehmen jedoch materiell insolvent ist, dann darf eine übertragende Sanierung mittels eines Insolvenzverfahrens erfolgen, und es liegt keine Sanierung zum Nachteil der Arbeitnehmer vor. Des Weiteren handelt es sich wie erläutert gerade nicht um eine Sanierung des Rechtsträgers, sondern um einen Verkauf (von Teilen) des Geschäftsbetriebs aus der Insolvenz zur Erzielung eines höheren Preises als mittels Veräußerung der einzelnen Vermögenswerte.

Soweit sich der GA auf die Stellungnahme des verweisenden Richters bezieht, wonach das Insolvenzverfahren in der Praxis oftmals zur Reorganisation und nicht zur Liquidation des Unternehmens eingesetzt wird, ist dies unzutreffend und hat offenbar dazu beigetragen, dass die Sache letztendlich auch vom *EuGH* nicht zutreffend entschieden wurde. Denn wenn nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Insolvenzverwalter ernannt wird, hat dieser die Aufgabe, die Vermögenswerte des Insolventschuldners zugunsten der Gesamtgläubiger zu verwerten. Wenn er dann die Vermögenswerte einem fortführenden Unternehmer verkauft, der anschließend die Geschäftstätigkeiten des Insolventschuldners fortsetzt, handelt es sich noch immer um eine Liquidation der (zur Maximierung des Kaufpreises einheitlich veräußerten) Vermögenswerte.

Zahlreiche Unterscheide also und jedenfalls weniger Einfluss seitens des Insolvenzverwalters und des Gerichts. Durch den Einfluss des vorgesehenen Insolvenzverwalters und des beabsichtigten Insolvenzrichters darf jedoch auch dies bezweifelt werden. Dies führt dazu, dass in solchen Fällen keine Unternehmensfortführung möglich ist und die Arbeitslosigkeit zunimmt. Aus der Perspektive der Arbeitnehmer heraus betrachtet ist das sehr schade. Denn es gibt die Alternative der Insolvenz oder der Insolvenz mit stiller Vorbereitung. Weshalb ist letztere dann nicht erlaubt? Tatsächlich wird hier eine Vorgehensweise, die im Grunde (dank der Mehrwertprüfung) im Interesse der Beschäftigung sein sollte, für den Fall des Missbrauches zurückgewiesen, denn eine Insolvenz war nicht erforderlich und das Ganze hätte über eine Reorganisation außerhalb Insolvenz abgehandelt werden müssen.

### 3. Antwort des Generalanwalts auf die Vorlagefragen

Die Beantwortung der vier vorgelegten Fragen durch den GA<sup>16</sup> war angesichts des Vorstehenden dann auch wenig überraschend:

a) *Frage 1.* Sofern das niederländische Insolvenzverfahren, so wie dieses von gewissen Gerichten im Falle eines Unternehmensübergangs im Rahmen eines Pre-packs, nicht auch beinhaltet, dass den Arbeitnehmern des übertragenen Unternehmens der Schutz nach Artikel 3 und 4

der Richtlinie geboten wird, ist dieses Verfahren nicht im Einklang mit dieser Richtlinie.

Der verweisende Richter kann nach eigenem Ermessen unter Einhaltung aller nationalen gesetzlichen Bestimmungen sowie unter Anwendung der darin anerkannten Auslegungsmethoden, zu einem Urteil gelangen, das dem von der Richtlinie beabsichtigten Zweck entspricht und auf diese Weise bewirken, dass bei einer Unternehmensübertragung oder bei der Übertragung gewisser Bereiche eines Unternehmens im Rahmen eines Pre-packs den Arbeitnehmern der übertragenen Unternehmensbereiche der Schutz, der ihnen die Richtlinie bietet, gewährleistet wird (Rn. 90 der Antwort des GA).

b) *Frage 2.* Ein Verfahren, das zum Abschluss eines Pre-packs führt, obwohl dieses teilweise im Rahmen eines Insolvenzverfahrens erfolgen kann, bildet keine Ausnahme nach Art. 5 I der Richtlinie, somit findet der Schutz nach Art. 3 und 4 der Richtlinie auf den Übergang eines Unternehmens oder eines Teils davon im Rahmen eines solchen Pre-packs Anwendung.

c) *Frage 3.* Da der Pre-pack die Fortsetzung des Unternehmens (oder die Fortsetzung der übertragenen Unternehmensbereiche) bezweckt, kann die Tatsache, dass die Anwendung dieses Verfahrens auch die Maximalisierung der Leistung an die Gläubiger ermöglicht, nicht dazu führen, dass der Schutz, den die Richtlinie den Arbeitnehmern bietet, nicht auf die Übertragung im Rahmen eines Pre-packs Anwendung findet.

d) *Frage 4.* Dabei bleibt allerdings die eigentlich zentrale Frage 4 unbeantwortet. Diese befasst sich mit dem Zeitpunkt der Unternehmensübertragung, wozu der *EuGH* sich bereits im Urteil *Celtec*<sup>17</sup> geäußert hatte. Dort gelangte der *EuGH* zu der Auffassung, dass der Zeitpunkt der Unternehmensübertragung dem Zeitpunkt entspricht, an dem die Eigenschaft des verkaufenden Unternehmers auf den Erwerber übertragen wird. Dies ist grundsätzlich nach der Insolvenz. Dies könnte nun gerade zu dem Schluss führen, dass die Ausnahme auf die Schutzbestimmungen im Falle einer Unternehmensübertragung Anwendung findet. Und gerade was diese Frage angeht, bringt der GA vor, er brauche aufgrund der Beantwortung der Fragen 1, 2 und 3 diese Frage nicht weiter zu beantworten!

### V. *EuGH*-Urteil vom 22.6.2017

Der *EuGH* gelangt in seinem anschließenden Urteil zu der Schlussfolgerung, das Pre-pack-Verfahren sei zwar vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorbereitet, jedoch erst danach ausgeführt worden.<sup>18</sup> Nach Meinung des *EuGH* könne ein solches Geschäft, das tatsächlich die Insolvenz beinhaltet, also als „Insolvenzverfahren“ im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet werden. Der *EuGH* meint, wenn auch ohne nähere Begründung, dass Art. 5 I der Richtlinie eng auszulegen sei. Nur wenn allen nachgenannten Kriterien genügt wird, sei eine Verletzung des arbeitsrechtlichen Schutzes der Arbeitnehmer bei einem Unternehmensübergang zulässig:

- der Veräußerer befindet sich in einem Insolvenzverfahren,
- dieses Verfahren wurde zwecks Liquidation des Vermögens des Veräußerers eingeleitet; und
- dieses Verfahren unterliegt der Aufsicht einer zuständigen Behörde (dies kann auch ein Insolvenzverwalter sein).

Der *EuGH* urteilt, dass – vorbehaltlich der weiteren Aufklärung durch das vorlegende Gericht – die Transaktion in

<sup>15</sup> *Gericht Den Haag*, 15.10.2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:14948; *Hoge Raad* (niederländischer Oberster Gerichtshof), 29.6.2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2388 – *Mutli Terminals Waalhaven/FNV*.

<sup>16</sup> Generalanwalt beim *EuGH*, Schllkussantrag v. 29.3.2017 – C-126/16, BeckRS 2017, 113689.

<sup>17</sup> *EuGH*, NZA 2005, 681.

<sup>18</sup> *EuGH*, Urt. v. 22.6.2017 – C-126/16, BeckRS 2017, 113943 – *Estro*.

Sachen *Estro* entgegen dem Erfordernis in der Richtlinie letztendlich nicht die Auflösung des Unternehmens bezweckt habe. Deshalb kann der wirtschaftliche und soziale Zweck der Unternehmensveräußerung weder erklären noch rechtfertigen, dass bei einem vollständigen oder teilweisen Übergang des Unternehmens dessen Arbeitnehmern die ihnen von der Richtlinie zuerkannten Rechte entzogen werden sollen. Die bloße Tatsache, dass das Pre-pack-Verfahren auch die höchstmögliche Leistung an die Gläubiger bezwecken könnte, kann, so der *EuGH*, nicht dazu führen, dass es als ein Verfahren betrachtet wird, dass der Liquidation des Vermögens des Veräußerers im Sinne der Richtlinie dient.

Was das Erfordernis der Verfahrensaufsicht durch eine Behörde anbelangt, so gelangt der *EuGH* zu dem Schluss, dass die Phase, die einem Pre-pack vor der Insolvenzeröffnung vorangeht, keine gesetzliche Grundlage habe. Die Transaktion werde somit nach Meinung des *EuGH* nicht unter der Aufsicht des Gerichts, sondern von der Geschäftsführung des Unternehmens durchgeführt. Die Verhandlungen und Beschlussfassung zur Vorbereitung des Verkaufs des insolventen Unternehmens werden von der Geschäftsführung geführt bzw. gefasst. Beim Pre-pack-Verfahren ergibt sich nach Meinung des *EuGH* die Gefahr, dass eine Aufsicht über das Insolvenzverfahren durch eine zuständige Behörde weitgehend und entgegen den Vorgaben der Richtlinie ausgehöhlt wird.

Der *EuGH* gelangt daher zu dem Schluss, dass ein Pre-pack wie im vorliegenden Falle bei *Estro*, nicht allen Voraussetzungen der Richtlinie genügt und dass somit eine Abweichung der in dieser Richtlinie enthaltenen Schutzbestimmungen nicht zulässig ist.

## VI. Stellungnahme und WCO I

Der *EuGH* gelangt zu Unrecht und auf der Grundlage einer unrichtigen Darstellung der niederländischen Pre-pack-Praxis zu der Schlussfolgerung, dass das im Fall *Estro* angewandte Verfahren die europäische Gesetzgebung verletze, und es nicht gerechtfertigt sei, den Schutz der Arbeitnehmer im Falle eines solchen Unternehmensübergangs aufzuheben. Entgegen der Auffassung des *EuGH* wird bei der aktuellen Pre-pack-Praxis den Bedingungen der Richtlinie und der bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* sehr wohl Genüge getan. Dies geht schon aus dem hervor, was vorstehend zu den Ausführungen des GA, auf die der *EuGH* sein Urteil stützt, vorgebracht wurde. Um dies noch weiter zu unterstützen, sollte mit der Einführung des WCO I eigentlich jeglicher diesbezüglich noch bestehender Zweifel ausgeschlossen sein.

Das Urteil des *EuGH* scheint nämlich eher ein politisch erwünschtes, als ein juristisch korrektes Urteil zu sein. Schon in der „Abels“-Entscheidung ging der *EuGH* davon aus, dass dort die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Übertragung des Unternehmens „aus der Insolvenz“ nicht vorlagen, da sonst negative Konsequenzen für die Beschäftigung nicht auszuschließen waren. Dabei handelte es sich jedoch um einen gerichtlichen Zahlungsaufschub, der im Gegensatz zum Insolvenzverfahren nicht die Liquidation, sondern die Fortsetzung des Unternehmens bezweckt. Eine grundsätzliche Beschränkung der Rechte der Arbeitnehmer im Insolvenzverfahren wurde vom *EuGH* also schon mehr als dreißig Jahre lang akzeptiert.

Der *EuGH* betrachtet die Pre-pack-Praxis zu Unrecht als ein Verfahren mit zwei Phasen. Tatsächlich wird während des Pre-packs die Insolvenz (sowie eine eventuelle Unternehmensfortführung) vorbereitet und wird diese Unternehmens-

fortführung anschließend in einem Insolvenzverfahren vom Insolvenzverwalter realisiert. Zu Unrecht und – vielleicht sogar gezielt – völlig im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 5 I der Richtlinie, gelangt der *EuGH* zu dem Schluss, dass die Liquidation des Unternehmens letztendlich nicht das Ziel des Pre-packs sei.

Die aktuelle Pre-pack-Praxis entspricht vielmehr den vom *EuGH* genannten Bedingungen. Es handelt sich um ein Insolvenzverfahren mit Liquidation des (gesamten) Vermögens des Veräußerers unter Aufsicht eines Insolvenzverwalters, der der Aufsicht eines Insolvenzrichters untersteht. Zudem ist deutlich, dass im Falle einer Unternehmensfortführung nach der Insolvenz alles im Interesse der Gesamtgläubiger erfolgen muss und nicht im Interesse der Gesellschafter/Geschäftsführer/der insolventen Gesellschaft. Der Verkaufserlös kommt der Insolvenzmasse und damit den Gesamtgläubigern zu.

Die Verabschiedung des WCO I wird schließlich jeden europarechtlichen Zweifel über das Pre-pack ausschließen. Nach dem in das Insolvenzgesetz einzuführenden Art. 363 (Bestandteil des WCO I) ist es erst möglich, einen vorgesehenen Insolvenzverwalter zu ernennen, wenn das Unternehmen fast insolvent ist und zwar in Vorbereitung auf die bevorstehende Insolvenz. Der Antrag wird bei der Insolvenzgeschäftsstelle des Gerichts (*faillissementsgriffie*) eingereicht. Zudem wird sich der vorgesehene Insolvenzverwalter nicht mit der Fortsetzung befassen, damit beispielsweise der aktuelle Gesellschafter eine Reorganisation durchführen kann, sondern wird er das Unternehmen ausschließlich fortsetzen, damit ein guter Käufer gefunden werden kann, der den bestmöglichen Preis an die Gesamtgläubiger zahlt.

Schließlich wird auch der Bedingung der Behördenaufsicht genügt. Denn das Gericht entscheidet darüber, ob ein vorgesehener Insolvenzverwalter ernannt wird. Das Gericht setzt zudem die Bedingungen und die Frist für die Ernennung des vorgesehenen Insolvenzverwalters fest. Auch obliegt dem vorgesehenen Insolvenzrichter die Aufsicht über das Vorgehen des vorgesehenen Insolvenzverwalters.

Wenn das WCO I nicht verabschiedet werden sollte, so führt dies zu der nachteiligen Konsequenz, dass durch dieses Urteil in den Niederlanden wahrscheinlich weniger Pre-packs abgeschlossen werden. Dadurch verringert sich dann auch die Möglichkeit auf Erhaltung möglichst vieler Arbeitsplätze nach der Insolvenz. Dann bleibt den Unternehmen, die sich in Schwierigkeiten befinden, einzig die Möglichkeit, unvorbereitet die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen und zu hoffen, dass es vielleicht dennoch eine Unternehmensfortführung geben wird, trotz der Hektik, durch die sich in manchen Branchen die Aussicht auf eine Unternehmensfortführung jede Stunde verringert (beispielsweise im Falle eines Krankenhauses oder eines Unternehmens, das mit verderblicher Ware handelt).

Zudem ist zu befürchten, dass das Urteil des *EuGH* sich auch auf die Unternehmensfortführung nach einer „normalen“ Insolvenz ohne vorhergehende stille Vorbereitungsphase auswirkt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass man sich in der Praxis zurückhaltend verhalten wird und dass die Anzahl Insolvenzen, in denen eine Unternehmensfortführung in keiner Weise vorbereitet wurde, zunehmen wird. Damit wird dann auch die Anzahl fehlgeschlagener Unternehmensfortführungen nach Insolvenz in den Niederlanden zunehmen und somit die Anzahl der Arbeitslosen infolge von Insolvenzen.

Es stellt sich mithin die Frage, ob diese Unternehmensfortführungen möglich sind, wenn das fortführende Unternehmen die gesamte Belegschaft des insolventen Unternehmens nach der Unternehmensfortführung zu den gleichen Arbeitsbedingungen beschäftigen muss. Daher könnte sich der Sieg der Gewerkschaft am *EuGH* in der *Estro*-Sache vielleicht als ein Pyrrhussieg herausstellen, wenn das WCO I in den Niederlanden nicht verabschiedet werden sollte. Denn dann wird das Pre-pack wahrscheinlich nicht mehr angewendet und gibt es somit in zahlreichen Insolvenzfällen keine Aussicht mehr auf eine sorgfältig vorbereitete Unternehmensfortführung mit Erhaltung der Arbeitsplätze. Dies wäre für die betroffenen Arbeitnehmer von großem Nachteil und hätte weitgehende Konsequenzen.

Zurzeit beraten sich die diversen Beteiligten mit den niederländischen Ministerien für Sicherheit & Justiz und Soziales & Arbeit (*Veiligheid & Justitie/Soziale Zaken & Werkgelegenheid*) über einen Ausweg aus der infolge des Urteils ent-

standenen Pattstellung. Vielleicht erweist sich außer der Verabschiedung des WCO I auch eine Anpassung im Bereich des Arbeitsrechts nach Insolvenz für erforderlich, damit in der Praxis Klarheit herrscht. Zudem könnte man sich die Führung eines Musterprozesses in einer anderen Sache überlegen, in dem dann – und nun mit der richtigen Fragestellung und mit einer richtigen Beschreibung der Pre-pack-Praxis – der *EuGH* zu einer korrekten Beantwortung gelangt. Am 21.12.2017 teilte die Gewerkschaft FNV mit, dass mit dem Investor Smallsteps ein Vergleich erzielt wurde, wonach für den rd. 700 Arbeitnehmern für den Verlust ihres Arbeitsplatzes ein Betrag von elf Mio. Euro zur Verfügung gestellt wurde.

Zu hoffen ist daher, auch mit Blick auf die von einer Insolvenz betroffenen Arbeitnehmer, dass die *Erste Kammer* des niederländischen Parlaments das WCO I verabschieden wird, wonach die Niederlande dann über die nun noch fehlende gesetzliche Grundlage für die Insolvenzvorbereitung verfügen werden. ■