

**Stellungnahme des
VID - Verband Insolvenzverwalter und Sachwalter Deutschlands
zum Vorschlag für eine
RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES
zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts**

vorgelegt am 07.12.2022 - COM (2022) 702 final

Teil A formuliert eine zusammenfassende Bewertung des Vorschlags. In Teil B folgt eine ausführliche Analyse der vorgeschlagenen Einzelregelungen. Zur Verbesserung der Orientierung und Lesbarkeit sind in Teil B zunächst der Text des jeweils vorgeschlagenen Artikels (eingerahmt), danach die zugeordneten Erwägungsgründe (kursiv) und die Bewertung des Vorschlags hintereinander aufgeführt. Konkrete Änderungsvorschläge (blau) bilden den Abschluss. Wo dies sinnvoll erschien, wurden einzelnen Abschnitten Einleitungen oder Überschriften vorangestellt. Soweit im Text Artikel ohne weiteren erklärenden Zusatz zitiert werden, handelt es sich immer um Artikel des Vorschlags.

Inhalt

Teil A.....	3
I. Vorbemerkung.....	3
II. Grundsätzliche Einschätzung.....	4
III. Zusammenfassende Anmerkungen zu den wesentlichen Regelungsvorschlägen	8
1. Anfechtungsrecht, Titel II	8
2. Asset-tracing, Titel III	9
3. Pre-pack proceedings, Titel IV	9
4. Insolvenzantragspflichten, Titel V	12
5. Regelung für Kleinunternehmen, Titel VI	13
6. Regelung zu Gläubigerausschüssen, Titel VII	17
7. Transparenz des nationalen Insolvenzrechts, Titel VIII	19
Teil B	19
1. Einleitung.....	19
a) Vorgeschichte des Vorschlags	19

b) Ziel des Vorschlags	20
c) Effizienz als Regelungsziel.....	24
d) Die wichtigsten Effizienzfaktoren im Insolvenzverfahren.....	26
2. Anfechtungsklagen (Titel II).....	28
a) Einführung	28
b) Kapitel 1 – Allgemeine Bestimmungen über Anfechtungsklagen (Art. 4-5)	29
c) Kapitel 2 – Besondere Voraussetzungen für Anfechtungsklagen (Art. 6-8)	31
d) Kapitel 3 – Folgen von Anfechtungsklagen (Art. 9-12).....	36
3. Aufspürung von zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögenswerten (Titel III)	40
a) Kapitel 1 – Zugriff auf Bankkontoinformationen durch benannte Gerichte (Art. 13-16).....	40
b) Kapitel 2 – Zugang der Insolvenzverwalter zu Angaben zum wirtschaftlichen Eigentümer (Art. 17).....	44
c) Kapitel 3 – Zugang der Insolvenzverwalter zu nationalen Vermögensregistern (Art. 18).....	46
4. Pre-pack-Verfahren (Titel IV).....	48
a) Kapitel 1 – Allgemeine Bestimmungen (Art. 19-21).....	48
b) Kapitel 2 – Vorbereitungsphase (Art. 22-24).....	51
c) Kapitel 3 – Liquidationsphase (Art. 25-29)	59
d) Kapitel 4 – Für beide Phasen des Pre-pack-Verfahrens geltende Bestimmungen (Art. 30-35)	64
5. Pflicht der Unternehmensleitung, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen, und zivilrechtliche Haftung (Titel V)	73
a) Art. 36 – Pflicht zur Beantragung eines Insolvenzverfahrens.....	73
b) Art. 37 - Zivilrechtliche Haftung der Unternehmensleitung.....	74
6. Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen (Titel VI).....	75
a) Kapitel 1 – Allgemeine Bestimmungen (Art. 38-40).....	76
b) Kapitel 2 – Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens (Art. 41-45)	89
c) Kapitel 3 – Forderungsverzeichnis und Feststellung der Insolvenzmasse (Art. 46-48)	115
d) Kapitel 4 – Verwertung der Vermögenswerte und Verteilung des Erlöses (Art. 49-55)	124
e) Kapitel 5 – Entschuldung von Unternehmen im vereinfachten Liquidationsverfahren (Art. 56-57).....	138
7. Gläubigerausschuss (Titel VII).....	142
a) Kapitel 1 – Einsetzung und Mitglieder des Gläubigerausschusses (Art. 58-62)	142
b) Kapitel 2 – Arbeitsmethoden und Aufgabe des Gläubigerausschusses (Art. 63-67).....	149
8. Maßnahmen zur Erhöhung der Transparenz des nationalen Insolvenzrechts (Titel VIII)	156

Art. 68 – Merkblatt mit wesentlichen Informationen	156
9. Schlussbestimmungen (Titel IX).....	158
Art. 69 – Ausschuss.....	158
Art. 70 – Überprüfung	158
Art. 71 – Umsetzung.....	158
Art. 72 – Inkrafttreten	159
Art. 73 – Adressaten.....	159

Teil A

I. Vorbemerkung

Der vorliegende Richtlinienentwurf soll an die RICHTLINIE (EU) 2019/1023 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 – Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz, nachfolgend kurz „Restrukturierungsrichtlinie“ genannt, anknüpfen. Diese diene im Wesentlichen der Einführung bzw. Harmonisierung eines Rahmens zur vorinsolvenzlichen Restrukturierung und zur nachinsolvenzlichen Schuldbefreiung unternehmerisch tätiger natürlicher Personen.

In einem weiteren Schritt soll der nun vorgelegte Vorschlag erstmals zentrale Aspekte des materiellen Insolvenzrechts für Unternehmen vereinheitlichen. Das Ziel dieses Vorschlags ist nach den Worten seiner ErwGe. 1 und 2:

(1) Ziel dieser Richtlinie ist es, zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beizutragen und Hindernisse für die Ausübung der Grundfreiheiten, etwa des freien Kapitalverkehrs oder der Niederlassungsfreiheit, zu beseitigen, die auf Unterschiede zwischen den nationalen Vorschriften und Verfahren im Bereich der Insolvenz zurückzuführen sind.

(2) Durch die in der Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates anerkannten großen Unterschiede im materiellen Insolvenzrecht entstehen Hindernisse für den Binnenmarkt, da sie die Attraktivität grenzübergreifender Investitionen mindern und so den grenzüberschreitenden Kapitalverkehr in der Union sowie von und nach Drittländern beeinträchtigen.

In der Begründung des Vorschlags (Seite 3) wird dazu weiter ausgeführt:

„Die unzureichende Konvergenz der Insolvenzregelungen wird dazu führen, dass der Umfang der grenzübergreifenden Investitionen und der grenzübergreifenden Geschäftsbeziehungen sein Potenzial nicht erreicht. Maßnahmen auf EU-Ebene sind erforderlich, um die Fragmentierung der

Insolvenzregelungen wesentlich zu verringern. Sie würden die Annäherung bestimmter Aspekte der mitgliedstaatlichen Insolvenzvorschriften fördern und für gemeinsame Standards in allen Mitgliedstaaten sorgen und so Investitionen über die Grenzen hinweg erleichtern. Maßnahmen auf EU-Ebene würden gleiche Wettbewerbsbedingungen sicherstellen und Verzerrungen bei Entscheidungen über grenzübergreifende Investitionen vermeiden, die auf mangelnde Informationen über die Insolvenzregelungen und die unterschiedliche Ausgestaltung dieser Regelungen zurückzuführen sind. Dies würde dazu beitragen, grenzübergreifende Investitionen und den Wettbewerb zu erleichtern, und zugleich dem Schutz des ordnungsgemäßen Funktionierens des Binnenmarktes dienen. Da die Unterschiede zwischen den Insolvenzregelungen ein Haupthindernis für grenzübergreifende Investitionen darstellen, ist die Beseitigung dieses Hindernisses von entscheidender Bedeutung für die Verwirklichung eines Binnenmarktes für Kapital in der EU.“

Diese Herleitung eines Reformbedarfs aus der Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes überzeugt nicht. Niemand investiert in einen bestimmten Wirtschaftsraum, weil er dort Verluste oder eine Insolvenz erleiden will. Steuerliche, arbeits- und sozialrechtliche Rahmenbedingungen haben dafür weitaus größere Bedeutung. Die relativen Vor- und Nachteile einer stärkeren Orientierung an Gläubigerrechten oder Schuldnerinteressen ergeben ebenfalls keine klare Indikation für Reformen. Sie werden auch in der Literatur nicht als einheitliches Signal für eine bestimmte Gestaltung nationaler bzw. europäischer Insolvenzregeln gewertet.

Relevant wird das Insolvenzrecht für Investoren aber dann, wenn in notleidende Forderungen (NPL) investiert werden soll, bei denen sich das Verlustrisiko zumindest teilweise bereits in einer Wertminderung der Forderung materialisiert hat. Im Maß dieser Materialisierung wird das Interesse an einer möglichst vollständigen Befriedigung der Forderung durch das Interesse an einer möglichst zügigen Realisierung ihres verbleibenden Restwerts verdrängt.

Es drängt sich deshalb der Eindruck auf, dass diese besondere Form der Investition erneut – wie schon im Rahmen der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz – im Vordergrund der angesprochenen Überlegungen zur Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes steht, ohne dass dies in der Begründung offengelegt wird.

II. Grundsätzliche Einschätzung

Wenngleich ein Zusammenrücken innerhalb der Europäischen Union und im Konkreten die weitere Harmonisierung im Insolvenzrecht zu begrüßen ist, sind jedoch Anlass und Ausgestaltung des Richtlinienvorschlags sehr kritisch zu hinterfragen. Dies gilt vor allem insoweit, als der Richtlinienvorschlag mit wesentlichen Grundprinzipien der erst im Jahr 2019 verabschiedeten Restrukturierungsrichtlinie bricht, allen voran mit Regelungen zum Arbeitnehmerschutz, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zum gerichtsfernen Verfahrensablauf. Die Restrukturierungsrichtlinie wurde in der überwiegenden Zahl der Mitgliedsstaaten zwischenzeitlich umgesetzt und somit das nationale Insolvenzrecht im Sinne der Restrukturierungsrichtlinie angepasst. Der jetzige Richtlinienvorschlag stellt diese gerade erst gemeinschaftsrechtlich veranlasste Neuausrichtung des Insolvenz- und Sanierungsrechts in Frage.

- Die Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern werden in keinem der 73 Artikel des Richtlinienvorschlags auch nur ansatzweise angesprochen. Anders als noch in der Restrukturierungsrichtlinie, bei der gemäß Art. 13 ein Eingriff in die Arbeitnehmerrechte ausdrücklich ausgeschlossen ist, werden nunmehr weitgehende Eingriffe in Arbeitnehmerrechte zugelassen. Hierzu gehören u.a. die uneingeschränkte Beendigung von Arbeitsverträgen beim Pre-pack-Verfahren, die fehlende administrative und rechtliche Betreuung der Arbeitnehmer im Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen und die fehlende Mitwirkung im Gläubigerausschuss. Gerade in Kleinstverfahren fehlt den von der Insolvenz ihres Arbeitgebers betroffenen Arbeitnehmern die notwendige Unterstützung durch einen Betriebsrat oder die Gewerkschaft. Nach dem jetzigen Regelungsvorschlag wären die Arbeitnehmer gehalten, sich auf eigene Kosten anwaltliche Hilfe zu suchen, da die über die Insolvenzmasse vergütete Unterstützung durch den Insolvenzverwalter fehlt.
- Gleichermaßen wird in die Rechte der Gläubiger insoweit eingegriffen, als bei der Anmeldung von Insolvenzforderungen kurze Ausschlussfristen gesetzt, die Mitwirkung und die Ausübung von Rechtsmitteln beschränkt bzw. ausgeschlossen oder aber die frühzeitige Beteiligung in Gläubigerausschüssen nicht zwingend vorausgesetzt werden. Zudem müssen Gläubiger befürchten, ohne eigene Einflussmöglichkeit einen Wechsel des insolventen Vertragspartners hinnehmen zu müssen. Man kann sich nicht des Eindrucks erwehren, dass in Bezug auf die Rolle und die Rechtsposition der Gläubiger ein Paradigmenwechsel vollzogen werden soll: Der Gläubiger wird vom Mitgestalter des Verfahrens zum Statisten degradiert, zu Lasten der in vielen jüngeren Reformen ausgebauten Gläubigerautonomie.
- Gerade in Bezug auf das verwalterlose Verfahren für Kleinstunternehmen und das Pre-pack-Verfahren ist, wenn es bei den Vorschlägen bleibt, eine deutliche Störung des Rechtsfriedens zu erwarten. Die Durchführung eines Insolvenzverfahrens unter Beteiligung eines sachkundigen und unabhängigen Verwalters führt bei den beteiligten Gläubigern, zu denen auch eine etwaige Arbeitnehmerschaft zählt, auch jenseits einer Quotenzahlung zu einer Befriedung, weil der Verwalter die Überprüfung gewährleistet, dass der Schuldner nicht unrechtmäßig den Gläubigern Vermögen vorenthält. Bei einer rein bürokratischen Abwicklung des Insolvenzverfahrens entstünde zukünftig der Argwohn der Gläubiger, dass in Schieflage befindliche Kleinstunternehmen sich auf Kosten der beteiligten Gläubiger problemlos entschulden können. Nicht ohne Grund hat der deutsche Gesetzgeber schon bei der Gesetzesbegründung der Insolvenzordnung auf den Aspekt des Rechtsfriedens hingewiesen: *„Die Ordnungsaufgabe des Insolvenzrechts in der sozialen Marktwirtschaft Insolvenzrecht soll, wie alles Recht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, einen gerechten Ausgleich schaffen, den Schwächeren schützen und Frieden stiften. (...)“* (Gesetzesbegründung zur InsO, BT- Drs. 12/2443 vom 15.04.1992, Seite 75).

- Nach dem jüngsten CEPEJ-Report für die Jahre 2020-2022 (<https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279>) sind die europäischen Gerichte, allen voran in Italien und Frankreich, mit durchschnittlichen Verfahrensdauern in erstinstanzlichen Zivilverfahren von über 600 Tagen schon heute in ihrer Kapazität überfordert. Selbst Mitgliedsstaaten, die, wie etwa Deutschland und Österreich, mit rund 240 Tagen Verfahrensdauer bei mittleren Werten liegen, sind noch weit zurück gegenüber anderen europäischen Ländern, wie etwa der Schweiz mit nur 126 Tagen Verfahrensdauer in erstinstanzlichen Verfahren. Neben der schon heute bestehenden Überlastung der Gerichte wird auch der demografische Wandel zukünftig die personelle Ausstattung der Gerichte in den Mitgliedsstaaten noch weiter schwächen. Vor diesem Hintergrund die Betreuung verwalterloser Verfahren den Gerichten aufzuerlegen, ist sowohl im Sinne der betroffenen Schuldner, aber auch vor allem im Sinne der betroffenen Gläubiger und Arbeitnehmer kontraproduktiv und dient weder der Verfahrenseffizienz noch der Verfahrensbeschleunigung.
- Mit dem für Kleinstunternehmen vorgesehenen verwalterlosen Verfahren werden die betroffenen Unternehmer in der Regel mit ihren Sorgen und Nöten alleingelassen. Der Richtlinienentwurf führt in seiner Begründung zutreffend aus, dass diese in der Regel Insolvenzanträge zu spät stellen und nur über eine unzureichende Dokumentation verfügen. Gerade diese Kleinstunternehmen bedürfen nach Auffassung der Weltbank (Principles for effective Insolvency and Creditor/debtor Regimes – revised edition 2021) einer besonderen Betreuung und sollten diese auch erhalten. Dies gilt umso mehr, als gerade bei der Abwicklung konkurrierender Drittrechte, der ordnungsgemäßen Beendigung von Arbeitsverhältnissen und sonstigen Verträgen oder der richtigen Handhabung von Lizenzrechten in der Phase der insolvenzbedingten Liquidation erhebliche Haftungsrisiken für den Unternehmer bestehen. Hingegen werden heute in vielen Staaten selbst Kleinstverfahren mit Pauschalvergütungen der Verwalter und des Insolvenzgerichts abgewickelt, sozusagen als Flatrate. In Deutschland liegen die Gerichts- und Verwalterkosten bei masselosen Verfahren mit überschaubarer Gläubigerzahl bei rund 3.000,00 €. Hierfür werden nicht nur alle anstehenden Arbeiten durch den Insolvenzverwalter erledigt, sondern auch der Schuldner vollumfänglich von Steuererklärungs-pflichten, Pflichten gegenüber Arbeitnehmern und Sozialversicherungsträgern, der Beurteilung komplexer rechtlicher Fragen, wie etwa Aus- und Absonderungsrechte, Vorrechten von Leasinggebern und Vermietern befreit. Ein echter Fullservice ohne zusätzliche Haftungsrisiken für den betroffenen Unternehmer.
- Gerade das für Gläubiger nicht kalkulierbare Pre-pack-Verfahren, aber vor allem auch das verwalterlose Verfahren und die mit beiden Instituten verbundene Beeinträchtigung des Rechtsfriedens durch eine nicht mehr ordnungsgemäße bzw. transparente Abwicklung schuldnerischer Unternehmen, wird nach Einschätzung von Wirtschaftsverbänden und führenden Verbänden der Kreditwirtschaft sowohl zu einer Verteuerung

der Kreditkonditionen für alle Unternehmen führen, unabhängig von ihrer Solvenz, aber auch zu einem Risikozuschlag bei Lieferanten, insbesondere Großhändlern, bis hin zur deutlichen Kürzung von Zahlungszielen oder sogar dem Verlangen nach Vorkassezahlungen. Eine damit verbundene Preissteigerung ist vor dem Hintergrund der aktuellen Inflationssituation und mit dem Hinweis auf die Stärkung der Kapitalmarktunion kaum vertretbar.

- Im Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Richtlinienvorschlag unverständlicherweise tiefgreifend in Arbeitnehmer- und Gläubigerrechte eingreift, die bereits heute in vielen Mitgliedsstaaten überlastete Justiz zusätzlich in Anspruch nimmt, den Rechtsfrieden gefährdet, Zins- und Preissteigerungen sowohl bei Banken als auch auf Lieferantenseite erwarten lässt und schließlich den betroffenen Kleinstunternehmer ohne adäquate Unterstützung zurücklässt.
- Hingegen sind die im Richtlinienvorschlag vorgesehenen Regelungen zum Anfechtungsrecht, zum Asset-tracing und zur Transparenz grundsätzlich zu begrüßen. Das mit der Richtlinie verfolgte Interesse nach mehr Effizienz und Transparenz von Insolvenzverfahren innerhalb der Union könnte deutlich verbessert werden, wenn die Digitalisierung der Insolvenz- und Sanierungsverfahren deutlich hervorgehoben wird, vor allem verpflichtend für Forderungsanmeldungen, die Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten oder die Einsichtsrechte über ein digitales Gläubigerinformationssystem.
- Dem Anspruch des Richtlinienvorschlags nach vereinfachten Verfahren für Kleinstunternehmen oder Insolvenzverfahren ohne Masse sollte keinesfalls durch den Verzicht auf einen Verwalter entsprochen werden, sondern durch eine Vereinfachung der Abwicklungsregeln selbst. Hierzu könnte vor allem der Verzicht auf Forderungsprüfungen bei festgestellter Masselosigkeit bzw. Massearmut, der Verzicht auf handelsrechtliche und steuerrechtliche Erklärungspflichten für den Verwalter oder auch die vereinfachte Verfahrensbeendigung sowie Mindestbeträge für eine Verteilung gehören. Hierdurch würde die Abwicklung der Insolvenzverfahren deutlich beschleunigt, ohne die betroffenen Kleinstunternehmen mit den zentralen und für sie größtenteils unüberschaubaren Fragestellungen komplexer Rechtsgebiete, wie dem Steuerrecht, Arbeitsrecht, Lizenzrecht oder sogar internationaler rechtlicher Beziehungen, alleingelassen werden.
- Über eine heute schon in vielen Mitgliedsstaaten bestehende Regelung zur Verfahrenskostenfinanzierung, in Deutschland etwa über eine Anpassung des bislang wirkungslosen § 26 Abs. 4 InsO, könnten die vorstehenden Vereinfachungsansätze auch für masselose, dann aber nicht verwalterlose Verfahren zur Anwendung gelangen. Über eine zeitnahe Liquidation und Löschung im Handelsregister ist dann auch dafür Sorge getragen, dass diese Unternehmen nicht mehr am Markt auftauchen.

III. Zusammenfassende Anmerkungen zu den wesentlichen Regelungsvorschlägen

Die Mitglieder des zuständigen Ausschusses unseres Berufsverbandes haben sich in den letzten Wochen intensiv mit dem Richtlinienvorschlag auseinandergesetzt und dabei ihr Fachwissen einfließen lassen. Die nachstehende Zusammenfassung ist nur das Extrakt dieser Arbeit. Als Handreichung für den nationalen und europäischen Gesetzgeber wollen wir das Gesamtergebnis der Fachöffentlichkeit nicht vorenthalten und fügen es als gesonderten und gleichzeitig ergänzenden **Teil B** bei.

Zu den Richtlinienvorschlägen im Einzelnen lässt sich unsere Analyse wie folgt zusammenfassen:

1. Anfechtungsrecht, Titel II

Der Richtlinienvorschlag schafft gleich in seinem ersten Regelungsgegenstand (Titel II), der Harmonisierung des Insolvenzanfechtungsrechts, das Problem, dass ein methodisch sehr durchdachtes und überzeugendes Modell in einigen Mitgliedstaaten auf ausgefeilte Kataloge von Rangfolgen der Insolvenzforderungen treffen wird. Das dem Entwurf zugrunde liegende Konzept der Insolvenzanfechtung basiert u.a. auf dem Grundprinzip der Gläubigergleichbehandlung und sieht die Rückgängigmachung von Rechtshandlungen vor, die gegen das Gleichbehandlungsprinzip verstoßen. Was gegen dieses Prinzip zur Begünstigung von Individualinteressen verteilt wurde, soll umverteilt werden zugunsten des Kollektivinteresses. Dieses Umverteilungsziel stößt indes umso mehr an Grenzen, je mehr das Kollektivinteresse durch Rangfolgen verwässert wird, die sich zudem in den Mitgliedstaaten unterscheiden.

Eine Konstellation unterschiedlicher Rangfolgen und harmonisierter Anfechtungsregeln würde die Fragmentierung und Intransparenz der Insolvenzsysteme in den Mitgliedstaaten nicht reduzieren, weil der endgültige Ertrag von Insolvenzanfechtungen für individuelle Gläubiger nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Rangfolgen ermittelt werden könnte. Auch hat es wenig Sinn, privilegierten Gläubigern zuerst durch die Insolvenzanfechtung ihre vor der Insolvenz erlangten Vorteile abzunehmen, um das Erlangte anschließend wieder auf die privilegierten Forderungen zu verteilen. Diesbezüglich unterschiedliche Regime provozieren auch strategisches „forum shopping“. Ein gleichzeitig weitgehender Verzicht auf Anfechtungen in Kleinverfahren (s. dort), die den weit überwiegenden Teil der Unternehmensinsolvenzen in Europa bilden, wirft auch die grundsätzliche Frage nach dem Sinn des Vorschlags auf.

Lässt man diese grundsätzlichen Defizite außer Betracht, sind die vorgesehenen Mindeststandards zur Insolvenzanfechtung grundsätzlich positiv zu bewerten. Insbesondere finden sich darin weder verbindliche Privilegien für einzelne Gläubigergruppen, noch werden Vorgaben mit zu vielen Details überfrachtet. Es verbleibt so ein ausreichendes Maß an Flexibilität für die weitere Ausgestaltung des Anfechtungsrechts

durch den jeweiligen nationalen Gesetzgeber. Zu begrüßen ist unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes die Entscheidung, dass die im Entwurf genannten Tatbestände und zeitlichen Anknüpfungspunkte eine Untergrenze darstellen. Weitergehende Regeln zur Stärkung der Gläubigerinteressen bleiben auf nationaler Ebene zulässig. Umgehungsmöglichkeiten drohen allerdings durch die fehlende Absage an die Privilegierung einzelner Gläubigergruppen. Hierdurch könnten die eigentlich sinnvollen Tatbestände durch weitreichende Privilegien einzelner Gläubigergruppen faktisch ausgehebelt werden, sofern es dann am Merkmal des Nachteils für die Gläubigersamtheit fehlt.

Insgesamt wirken die übrigen Bestimmungen des Vorschlags zu diesem Abschnitt schlüssig und orientieren sich stark an der auf das Römische Recht zurückgehenden Struktur der Insolvenzanfechtung, wie sie bereits seit langem etwa in Deutschland oder Österreich und auch anderen Mitgliedsstaaten gelebt wird. Unter rechtsdogmatischen Gesichtspunkten wäre schließlich eine Klarstellung zur Rechtsfolge der Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung wünschenswert. Denkbar wäre hier die Anlehnung an die Regelung in Artikel 7 m) der Verordnung (EU) 2015/84, welche die Rechtsfolge der insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit offener mit „nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam“ umschreibt.

2. Asset-tracing, Titel III

Sinnvoll und hilfreich sind die in Titel III vorgeschlagenen Verbesserungen des Asset-tracing. Sie werden die Identifikation und Rückführung verborgener oder "vergessener" Assets durch Insolvenzverwalter auch über Grenzen hinweg erleichtern. Die Zuständigkeit spezieller Gerichte und ihre Einbindung in das Asset-tracing bei Konten ist nicht nur rechtlich geboten, sondern aus Sicht der Praxis auch notwendig, um in der Zusammenarbeit mit Behörden in grenzüberschreitenden Fällen schnellere Ergebnisse zu erzielen. Da die neuen Ermittlungsmöglichkeiten aber nur durch Insolvenzverwalter genutzt werden sollen, würden sie regelmäßig gerade in dem unter Titel VI vorgeschlagenen vereinfachten Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen nicht zur Verfügung stehen, weil dort eine Bestellung von Insolvenzverwaltern nur in Ausnahmefällen vorgesehen ist. Weil gleichzeitig gerade dieses neue Verfahren erhebliche Anreize zum Missbrauch bietet, würde diese Konstellation den gebotenen Gläubigerschutz dort erheblich schwächen.

3. Pre-pack proceedings, Titel IV

Vordergründig scheinen die Pre-pack proceedings (kurz: PPP) eine sinnvolle rechtliche Basis für den frühzeitigen Versuch des Unternehmenserhalts durch Veräußerung zu schaffen. Dafür spricht insbesondere, dass in einigen Mitgliedsstaaten ähnlich gelagerte Verfahrenswege bestehen, in Deutschland etwa die Vorbereitung eines Unternehmensverkaufs im vorläufigen Insolvenzverfahren und der Verkauf mit Zustimmung

des Gläubigerausschusses unmittelbar nach Insolvenzeröffnung. Aber schon auf den zweiten Blick muss kritisch hinterfragt werden, warum ein solches Verfahren ausschließlich in Eigenverwaltung geführt werden soll, offenbar keinen Insolvenzgrund (likelihood of insolvency) voraussetzt, massiv in Arbeitnehmer- und Gläubigerrechte einzugreifen vermag und selbst dem unredlichsten Schuldner offensteht.

Die gesamtwirtschaftlichen Konsequenzen und die Nachteile für die Verfahrensbeteiligten mögen in der Insolvenz kleinerer und mittelgroßer Unternehmen noch überschaubar und beherrschbar erscheinen. Wie beherrschbar sind die Konsequenzen aber bei einem Verkauf eines international tätigen und börsennotierten Konzerns via PPP? Die hier zu befürchtenden Verwerfungen wären kaum überschaubar.

Teilweise stehen die Bestimmungen sogar im Widerspruch zu den Vorgaben der Richtlinie (EU) 2019/1023, die erst seit kurzer Zeit in den meisten Mitgliedstaaten umgesetzt wurde. Die darin enthaltenen Rechtsgedanken des Gläubigerschutzes und vor allem des Schutzes der Arbeitnehmer werden im vorliegenden Vorschlag weitgehend ignoriert und faktisch ausgehebelt. Weder verfügen Arbeitnehmer oder deren Vertretungsorgane in der jetzigen Fassung über Mitspracherechte bei der Vorbereitung und Umsetzung einer Betriebsveräußerung über ein PPP, noch steht ihnen durch die Konzentration beim für das PPP zuständigen Gericht der Rechtsweg zu spezialisierten Gerichten (z.B. Arbeitsgerichten) offen, um die Beachtung wesentlicher Schutzrechte wie in § 613a BGB zu gewährleisten. Diese Rechte werden überdies in der jetzigen Ausgestaltung von Art. 28 insoweit in Frage gestellt, als die Mitgliedstaaten einen Übergang auf den Erwerber „frei von Schulden und Verbindlichkeiten“ sicherzustellen haben und damit möglicherweise auch entgegen Art. 3 der RL 2001/23/EG Eingriffe in ansonsten durch einen Erwerber mit zu übernehmende „Altansprüche“ aus Arbeitsverhältnissen zulässig wären.

Auch aus Sicht der übrigen Gläubiger besteht die Gefahr massiver Eingriffe, die sich in preistreibenden Risikoauflagen bei zukünftigen Verträgen widerspiegeln dürften. Kritisch ist hier zunächst die „erzwungene“ Überleitung von wesentlichen Verträgen an den Erwerber des Unternehmens auch ohne Zustimmung des Vertragspartners zu sehen. Dieser Eingriff in die Privatautonomie stellt einen Systembruch dar, der ungeachtet der ohnehin sehr eingeschränkten Beschwerderechte nach Art. 29 des Entwurfs zu erheblichen Streitigkeiten führen dürfte – gerade auch zur Frage, ob der Vertragspartner im Wettbewerb mit dem Erwerber steht oder nicht. Aus deutscher Sicht würde hierdurch zudem ein Hauptargument für das auf Konsens und mehrheitliche Gläubigerentscheidungen ausgerichtete Insolvenzplanverfahren de facto beseitigt, da wesentliche an den bisherigen Rechtsträger gebundene Verträge nach dem Vorschlag auch unmittelbar an einen Erwerber übertragen werden könnten.

Die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Art. 27 wird verfassungsrechtliche Probleme in Mitgliedstaaten aufwerfen, in denen die Vertragsfreiheit (wie in Deutschland über Art. 2 GG) zu den Grundrechten zählt. Das zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit notwendige Mittel einer gerichtlichen Ausnahme (Art. 27 (2) a)) ist in der vorgelegten Fassung nur auf die Interessen der Schuldner ausgerichtet und wird deshalb nicht ausreichen, um diesem Problem zu begegnen. Hinzu kommt das praktische Problem, dass nicht nur staatliche Stellen, sondern auch große private Vertragspartner wie OEM aus organisatorischen aber auch aus Gründen der Compliance nicht in der Lage sind, einen Vertragspartnerwechsel voraussetzungslos oder innerhalb kürzester Zeit durchzuführen.

Ebenso sind über Art. 34 des Entwurfs schwerwiegende Eingriffe in Rechte von Sicherungsgläubigern möglich, was auch auf Kreditgeberseite mindestens zu zinserhöhenden Risikoauflagen führen dürfte, wenn nicht gar zur stärkeren Zurückhaltung bei der Vergabe von Krediten. In jedem Fall würden Banken zukünftig die einen Kredit absichernden Sicherheiten mit größerer Zurückhaltung bewerten.

Aber auch jenseits solch unmittelbarer Eingriffe sind die Gläubigerrechte beim PPP im Gegensatz zur Richtlinie (EU) 2019/1023 und auch zahlreichen bestehenden nationalen Insolvenzregimen deutlich eingeschränkt. So finden die in Titel VII enthaltenen Regelungen zur Stärkung der Gläubigerrechte für das PPP gerade keine Anwendung. Vielmehr wird auf die Expertise und Zustimmung der Gläubigergemeinschaft zum Verkaufsprozess weitgehend verzichtet. Ihnen steht lediglich nach Art. 34 ein nicht weiter bestimmtes „rechtliches Gehör“ zu, ohne dass damit einhergehende Konsequenzen bei Ablehnung oder Kritik näher vorgegeben sind. Die Gläubiger würden also in aller Regel „vor vollendete Tatsachen gestellt“ werden, was mit einem Vertrauens- und Akzeptanzverlust einhergehen dürfte. So verbleibt der Gläubigergemeinschaft auf Basis des jetzigen Entwurfs allein die Hoffnung, dass der eigenverwaltende Schuldner unter Aufsicht des Sachwalters und des Gerichts mit den dort vorhandenen Ressourcen in der Kürze der Zeit sowohl einen hinreichend transparenten als auch erfolgreichen Verkaufsprozess vorzubereiten und umzusetzen vermag.

Dieser Sorge könnte zumindest im Ansatz begegnet werden, indem gewisse Einstiegschürden bei der Einleitung eines PPP vorgesehen werden. Beispielsweise könnte man den Anwendungsbereich auf „redliche Unternehmen“ beschränken, die ihren kaufmännischen und steuerlichen Pflichten bislang ordnungsgemäß nachgekommen sind, ähnlich wie bei den seit 2021 in Deutschland geltenden Voraussetzungen für die Anordnung einer Eigenverwaltung gemäß den §§ 270 ff. InsO. Auf Basis der jetzigen Fassung des Richtlinienvorschlags könnten auch chaotisch bis kriminell geführte Unternehmen ohne weiteres die Regelungen des PPP in Anspruch nehmen und eine schnelle Verwertung in Eigenregie einleiten – mit den vorstehend beschriebenen, nur eingeschränkten Kontrollmöglichkeiten und der hohen Gefahr, dass in der Kürze der

Zeit kein hinreichend geordneter oder gar ein gezielt missbräuchlicher Verkaufsprozess stattfindet.

Weitgehend unklar bleiben darüber hinaus die „Einstiegsvoraussetzungen“ in die Vorbereitungsphase eines PPP. Im Umkehrschluss zu Art. 23, welcher die Aussetzung von Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung ab dem Stadium einer „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ während der Vorbereitungsphase ermöglicht, ist somit eine Einleitung des PPP auch ohne absehbaren Insolvenzgrund denkbar. Selbst eigentlich gesunde Unternehmen könnten so in ein PPP gedrängt und erst während des Verfahrens „insolvenzreif“ werden. Hier sollte eine bereits bei der Verfahrenseinleitung bestehende „likelihood of insolvency“ – wie in der Richtlinie (EU) 2019/1023 beschrieben – verpflichtend sein. Wenig plausibel ist zudem, weshalb das PPP zwingend in Eigenverwaltung zu führen sein soll. Gerade in Konstellationen, in denen ein grundsätzlich gesundes Unternehmen durch Tod oder Erkrankung des bisherigen Unternehmers in Schieflage gerät, könnte ein beschleunigter Verkaufsprozess sinnvoll sein – dann aber eher in (Fremd-)Verwaltung durch einen eingesetzten Verwalter.

In den vorgeschlagenen Maßnahmen zur Beschränkung der Rechte von Vertragspartnern und dissentierenden Gläubigern steckt ein hohes Konfliktpotential, wenn und soweit nicht sichergestellt ist, dass der Verkauf marktkonform und unter Ausschluss einer individuellen Bevorzugung durch Insiderinformationen erfolgt. In aktuellen britischen Reformvorschlägen wird deshalb besonderer Wert auf die Unabhängigkeit der beteiligten Personen gelegt. Zur Sicherung dieser Unabhängigkeit sah bereits Art. 26 (1) d) der Richtlinie (EU) 2019/1023 ein Ablehnungsrecht von Schuldner und Gläubigern bei Interessenkonflikten vor.

Schließlich begegnet der Entwurf in der jetzigen Fassung auch datenschutzrechtlichen Bedenken. Gerade beim Asset Deal besteht regelmäßig eine erhebliche Rechtsunsicherheit bezüglich der Übertragung personenbezogener Daten wie etwa dem Kundstamm aber auch personenbezogener Daten von Geschäftspartnern, denen der Erwerber als neuer Vertragspartner aufgezwungen wird. Sofern dieses Thema im Rahmen einer grundlegenden Neufassung weiter ausgespart bleibt, dürften in der Praxis Bedenken nationaler Datenschutzbehörden eine erfolgreiche Umsetzung verhindern.

4. Insolvenzantragspflichten, Titel V

Mit Titel V soll eine Insolvenzantragspflicht für Geschäftsführer eingeführt werden. Sobald ein Geschäftsführer Kenntnis von der Insolvenz seines Unternehmens erlangt oder vernünftigerweise erlangen muss, soll er binnen längstens 3 Monaten zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet sein (Art. 36). Für den Fall einer Verletzung dieser Pflicht muss nach Art. 37 eine zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers für die aus der Verzögerung des Antrags entstehenden Schäden eingeführt werden.

Insolvenzantragspflichten, die durch eine zivilrechtliche, teilweise auch strafrechtliche Haftung flankiert werden (in Deutschland durch § 15 a und b InsO), sind bereits seit Jahrzehnten in vielen Mitgliedstaaten etabliert. Sie haben sich als Instrument des Gläubigerschutzes bewährt. Ihre Schutzfunktion steht dabei in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Definition der Insolvenzgründe. Je nachdem, wie weit oder wie eng diese gefasst sind, verbleiben Spielräume für eine Antragsstellung, die auch zum Nachteil der Gläubiger genutzt werden können. Das Absehen von einer harmonisierten Definition der Insolvenz macht sich hier besonders bemerkbar und stellt das Erreichen der Effizienzziele des Vorschlags in Frage.

Aus deutscher Sicht sind die 3 Monate des Art. 36 für die Pflicht zur Antragstellung deutlich zu lang. Eine zu lange Frist wird zu Wettbewerbsverzerrungen und damit zu Nachteilen auch für Unternehmen in Deutschland führen, da längere Fristen grundsätzlich attraktiver für Unternehmer und Berater und gleichzeitig nachteilig für die Gläubiger sind. Die Frist von 3 Monaten sollte daher verkürzt werden. Zudem wäre im Sinne eines staatenübergreifenden Gläubigerschutzes zu befürworten, dass der Verfahrenseröffnungsgrund der Überschuldung generell in Europa gilt.

Vorschriften zur Geschäftsführerhaftung (Art. 37) existieren in Deutschland seit jeher. Sie sollten in anderen europäischen Staaten in ähnlicher Weise eingeführt werden, wiederum auch, um Wettbewerbsnachteile zulasten der Staaten mit strengeren Vorschriften zu verhindern, da anderenfalls gerade dieses Gefälle von Staaten mit strengen Vorschriften zu Staaten mit weniger strengen Vorschriften den freien Kapitalverkehr behindert.

Die Ermöglichung deutlich weniger strenger Vorschriften gemäß der Art. 36 und Art. 37 für einige europäische Staaten steht dem Kernziel des Richtlinienvorschlags 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 final). Es bedarf daher möglichst einheitlich strenger Vorschriften zur Antragspflicht und Geschäftsführerhaftung, wie auch der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit.

5. Regelung für Kleinstunternehmen, Titel VI

Unter Titel VI verbirgt sich der problematischste Abschnitt des Vorschlags. Nach den dortigen Regelungen sollen Kleinstunternehmen (microenterprises) einem speziellen Liquidationsverfahren unterworfen werden. Art. 2 (j) definiert Kleinstunternehmen gemäß dem Annex zur Kommissionsempfehlung 2003/361/EC (Art. 2 Nr. 3) als Unternehmen, die weniger als 10 Mitarbeiter beschäftigen und deren jährlicher Umsatz oder Bilanzsumme 2 Mio. Euro nicht überschreiten. Diese Unternehmensgröße bildet mit über 80% die absolute Mehrzahl aller nach den amtlichen Statistiken in Deutschland von Insolvenz betroffenen Unternehmen. Für Europa liegen derzeit keine Zahlen

vor, es liegt aber nahe, dass die Situation in den anderen Mitgliedstaaten nicht wesentlich von der in Deutschland abweicht. Mit diesem Zuschnitt erfasst der Vorschlag nicht nur die Mehrzahl der Unternehmen, sondern wegen des hohen Anteils an der Gesamtzahl auch die Mehrzahl der jährlich von Insolvenzen ihrer Arbeitgeber betroffenen Arbeitnehmer.

Für Kleinstunternehmen schlägt Art. 38 (2) zunächst – entgegen der sonstigen diesbezüglichen Abstinenz – eine eigenständige Definition des Insolvenzgrundes Zahlungsunfähigkeit vor. Dabei soll allerdings die entscheidende Konkretisierung, wann davon auszugehen ist, dass ein Kleinstunternehmen seine fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann, den Mitgliedstaaten überlassen bleiben. Sie sollen für eine klare, einfache und für das Kleinstunternehmen leicht feststellbare Definition sorgen. Dies lässt einen weiten Spielraum, dessen Nutzung im bereits geschilderten Sinn zu Effizienzverlusten führen wird. Zudem ist mit der Einführung eines zusätzlichen, nicht einheitlich vorgegebenen Insolvenzgrundes statt einer Harmonisierung sogar eine weitere Zersplitterung im Bereich der Insolvenzgründe zu befürchten.

Art. 38 (3) fordert von den Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die vereinfachten Liquidationsverfahren auch dann eröffnet werden, wenn die Verfahrenskosten nicht von der voraussichtlich vorhandenen Masse gedeckt sind. In Deutschland – wie in vielen weiteren Mitgliedstaaten – wird dies zu deutlichen Mehrkosten führen, da bislang die Eröffnung eines erheblichen Anteils aller beantragten Verfahren (in Deutschland ca. 30% pro Jahr) mangels Deckung der Verfahrenskosten abgelehnt wird. Art. 38 (4) erlegt den Mitgliedstaaten auf, diese Verfahrenskosten im Zweifel selbst zu tragen; dies würde in Deutschland zu einer erheblichen Mehrbelastung der Justizhaushalte führen.

Erwähnenswert ist an dieser Stelle, dass die Abweisung eines Insolvenzantrags mangels Masse in Deutschland den Schuldner oder seine Geschäftsführung nicht aus der Verantwortung für die Abwicklung des Unternehmens entlässt. Der Abweisungsbeschluss versetzt lediglich juristische Personen zwangsweise ins Liquidationsstadium und die Gläubiger unterliegen keinen Beschränkungen bei der Verfolgung ihrer Rechte. Durch Zahlung eines Vorschusses können sie auch die Durchführung eines Insolvenzverfahrens erreichen. Soweit es dem Richtlinienvorschlag nur darum geht, die unwirtschaftliche Befassung von Gerichten und Insolvenzverwaltern zu vermeiden und die Abwicklung des Unternehmens dem Schuldner zu überlassen, wird dieses Ziel mit der deutschen Rechtsfolge der Abweisung eines Insolvenzantrags mangels Masse erreicht, und zwar kostengünstiger und effektiver als nach dem Richtlinienvorschlag.

Um die Verfahrenskosten zu verringern, soll nach Art. 39 ein Insolvenzverwalter in vereinfachten Liquidationsverfahren nur dann bestellt werden, wenn der Schuldner, ein Gläubiger oder eine Gruppe von Gläubigern dies beantragen und die Kosten der

Bestellung durch die Masse gedeckt sind oder durch den Antragsteller gezahlt werden. Zumindest in massearmen oder masselosen Verfahren wird dies dazu führen, dass kein Insolvenzverwalter bestellt wird, wobei offenbleibt, wer die Frage der Kostendeckung prüfen kann und soll. Zudem werden Schuldner mit Verschleierungsabsicht die Bestellung eines Verwalters zu vermeiden versuchen. Da trotzdem ein gerichtliches Verfahren durchgeführt werden muss, soll nach dem Konzept des Vorschlags das Gericht Aufgaben eines Insolvenzverwalters übernehmen, soweit sie nicht durch den Schuldner selbst (Art. 43 (1)) oder einen dazu bestimmten Gläubiger (Art. 43 (4) b)) erfüllt werden können.

Diese Aufgabenverteilung überzeugt nicht und wird auf erhebliche praktische und rechtliche Probleme stoßen.

Insolvenzgerichte sind jedenfalls in Deutschland regelmäßig personell und funktionell nicht dafür ausgerüstet, die ihnen hier zugedachten Aufgaben zu übernehmen. Sie wären aktuell auch mit der ihnen zugedachten Verwertung (Art. 49) überfordert. Die Situation der Justiz in erstinstanzlichen Verfahren ist auch in anderen europäischen Staaten angespannt (vgl. dazu: <https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279>). Die dort teilweise verzeichneten Laufzeiten und die geringe Zahl von Richtern lassen schon heute die Vorhersage zu, dass Aufgaben im hier vorgeschlagenen Umfang die Justizsysteme überfordern würde. Die Schaffung eigenständiger Behörden stünde dem selbst gesetzten Ziel der Effizienz diametral entgegen, weil sie – neben dem zeitlichen Vorlauf – hohe Aufwendungen in Form von Fixkosten auslösen würde. Zudem würde die Schaffung einer neuen Behörde nicht das Problem lösen, dass genügend geeignetes Personal gefunden und ausgebildet werden müsste.

Selbst bei Schaffung entsprechender Planstellen und Ausbildungsgänge ließe der schon bestehende Personalmangel in der Justiz befürchten, dass die Stellen nicht besetzt werden könnten. Dies gilt umso mehr, als der demographische Wandel in den meisten Mitgliedstaaten die Personaldecke in Justiz und der Verwaltung weiter ausdünnen wird.

Ob elektronische Verkaufsplattformen im Sinn der Art. 50-54 eine Effizienzsteigerung brächten, kann derzeit noch nicht beurteilt werden, weil solche speziellen Verkaufsplattformen in vielen Mitgliedstaaten noch nicht bestehen oder ein Schattendasein führen. Ihre Einführung trotz bereits bestehender privatwirtschaftlicher Angebote (z.B. ebay) würde auch die grundsätzliche Frage nach der Verhältnismäßigkeit eines solchen Eingriffs in den Wettbewerb aufwerfen.

In keinem Fall würde eine Verkaufsplattform das Problem lösen, dass Vermögensgegenstände erfasst, bewertet, in geeigneter Weise in die Plattform eingestellt, bis zum

Verkauf – ggf. nach Transport – zwischengelagert, für Besichtigungen zugänglich gemacht und letztlich an Erwerber übergeben oder versandt werden müssen.

Eine Übertragung auf den Schuldner wird sich regelmäßig wegen dessen Unvermögen verbieten, das ErwG 37 explizit benennt: *„Der Bilanztest ist jedoch unter Umständen nicht durchführbar, wenn der Schuldner ein Kleinunternehmen ist, insbesondere im Falle von Einzelunternehmern, da möglicherweise keine ordnungsgemäßen Aufzeichnungen vorliegen und nicht klar zwischen Privatvermögen und -verbindlichkeiten und Geschäftsvermögen und -verbindlichkeiten unterschieden werden kann.“* Die hier festgestellte Unfähigkeit entspricht den praktischen Erfahrungen und spricht regelmäßig auch gegen die Fähigkeit des Schuldners zur ordnungsgemäßen Verwertung der Insolvenzmasse. Er wird oft schon an der korrekten Verwendung des vorgesehenen Standardformulars (Art. 41 (4)) scheitern, dem auch eine vollständige Liste der bestehenden Verbindlichkeiten und ihrer Besicherung beizufügen ist. Erfahrungsgemäß ist die absolute Mehrzahl der Schuldner nicht in der Lage, diesbezüglich vollständige und richtige Angaben zu machen. Zudem sind durch fahrlässige Nichtangabe von Vermögenswerten Strafbarkeitsrisiken für den alleingelassenen und überforderten Schuldner zu befürchten. Üblicherweise bestehen am Sachvermögen konkurrierende Sicherungsrechte von Vermietern, Lieferanten und Finanzierern. Beim alternativ vorgesehenen Gläubigerantrag sind entsprechende Angaben nach Art. 41 (6) ebenfalls erforderlich, aber noch weniger in vollständiger und richtiger Form zu erwarten.

Eine Übertragung der Verwertung auf einzelne Gläubiger erfordert zunächst eine Eignungsprüfung und birgt – vor allem bei konkurrierenden Sicherungsrechten – erhebliches Konfliktpotential, wenn die Verwertung einer ohnehin sehr geringen Masse in die Hände der regelmäßig allein dazu befähigten Finanzgläubiger und ihrer Serviceunternehmen gelegt wird.

Vor diesem Hintergrund erscheinen die weiteren, zu Lasten der Gläubiger vorgesehenen Abstriche am Verfahren zwar folgerichtig. Sie versprechen aber wenig Effizienzgewinne. Das auch hier (Art. 44 (1)) vorgesehene Moratorium für Vollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger wird durch die Möglichkeit individueller, undeutlich formulierter Ausnahmen (Art. 44 (2)) in Frage gestellt. Eine Präklusion weitergehender Forderungsanmeldungen bei Versäumen des Widerspruchs gegen die Angaben des Schuldners (Art. 46 (2) und (3)) schadet vor allem kleineren Gläubigern, die amtliche Veröffentlichungen über Insolvenzverfahren (Art. 45) nicht ständig beobachten können.

Die praktische Eliminierung von Insolvenzanfechtungen, zu deren Geltendmachung Gläubiger schon aus Informationsmangel nicht in der Lage sind (Art. 47), versperrt einen zumindest in der deutschen Praxis in Kleinstverfahren wichtigen Weg zur Masse-

mehrung und damit zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung. Hier sind es oft die Forderungen gegenüber öffentlichen Gläubigern, die unter dem Eindruck von Strafandrohungen oder auf Vollstreckungsdruck noch bis zuletzt befriedigt werden, was deshalb besonders häufig eine Insolvenzanfechtung ermöglicht. Der praktische Leerlauf dieser Ansprüche, zu dem Art. 49 führen würde, wäre zu Lasten der übrigen Gläubiger und im Widerspruch zu Titel II des Vorschlags die Konsequenz eines Verfahrens, das zugunsten der Beschleunigung insolvenzrechtliche Grundprinzipien über Bord wirft und jedwede Transparenz verzichtet.

Der Vorschlag zu Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen geht damit an der Realität von Staaten mit modernen Insolvenzordnungen – wie Deutschland – vollständig vorbei, selbst in den Fällen, in denen mangels Masse kein Verfahren eröffnet wird. Das im ErwG 35 genannte Ziel der schnelleren, einfacheren und erschwinglicheren Verfahren (ErwG 36) wird nicht dadurch erreicht, dass anstelle eines Verwalters Gerichte oder Verwaltungsbehörden Kapazitäten aufbauen, vorhalten und handeln müssen.

Im Gegenteil werden im verwalterlosen Verfahren die Kosten höher sein, die Verfahren länger dauern und vor allem werden die zahlreichen Pflichten im Rahmen dieser Verfahren regelmäßig gar nicht mehr erfüllt werden, wenn dies kein professioneller Verwalter übernimmt. Dies betrifft insbesondere die Rechte der Arbeitnehmer, für die unter anderem Lohn- und Insolvenzgeldbescheinigungen auszustellen sind, um Nachteile für die späteren Altersrentenansprüche zu vermeiden. Die Arbeitnehmer werden eine Hauptgruppe der Beteiligten sein, zu deren Lasten verwalterlose Verfahren gehen.

Die Perspektive auf ein verwalterloses Verfahren ist zudem eine Einladung zum Missbrauch und ein Geschäftsfeld für unseriöse Berater. Ohne Insolvenzverwalter wird sich in einer Vielzahl von Fällen die Gefahr verwirklichen, dass (gezielt) dem Gläubigerzugriff entzogenes Vermögen im Verfahren nicht aufgespürt und der Insolvenzmasse zugunsten der Gläubigergesamtheit zugeführt werden kann. Damit widerspricht Titel VI des Richtlinienvorschlags nicht nur dessen Titel III, sondern auch den Empfehlungen der Weltbank (Principles for effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, revised edition 2021 - C 18, S. 34).

6. Regelung zu Gläubigerausschüssen, Titel VII

Titel VII schlägt Regelungen zur Gestaltung und der Arbeit von Gläubigerausschüssen vor. Diese Ausschüsse sind in vielen Mitgliedstaaten gesetzlich verankert (in Deutschland durch § 67 InsO) und können oft schon in einer frühen Verfahrensphase gebildet werden (§ 22a InsO). Ihr Einsatzgebiet sind vor allem größere Verfahren, in denen einerseits Bedarf für ein solches Unterstützungs- und Kontrollgremium besteht und andererseits die Aufbringung der zusätzlichen Kosten durch eine hierfür ausreichende Insolvenzmasse wirtschaftlich gerechtfertigt ist. Die vorgeschlagenen Regelungen

entsprechen in vielen Aspekten bestehenden Regelungen oder gelebter Praxis in den Mitgliedstaaten, sind aber teilweise korrekturbedürftig und ihrer Regelungstiefe zu weitgehend.

Eine Einsetzung von Gläubigerausschüssen soll nach Art. 59 auch in einem sehr frühen Verfahrensstadium nur auf Antrag zumindest eines Gläubigers möglich sein. Diese Regelung setzt voraus, dass in diesem Stadium schon alle Gläubiger Kenntnis von der Verfahrenseinleitung erhalten. Eine solche Kenntnis werden regelmäßig nur größere Marktteilnehmer erlangen, die über besondere Informationsquellen verfügen. Das Antragsmodell ist deshalb ungeeignet. Nach dem Vorbild von §22a InsO sollte ab einer bestimmten Größe schuldnerischer Unternehmen das Gericht zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses befugt sein, den dann die Gläubigerversammlung bestätigen oder abberufen kann.

Bei der Zusammensetzung von Gläubigerausschüssen (Art. 59 (3) und Art. 60) fallen verschiedene Aspekte auf, die ebenfalls zur Verbesserung des Gläubigerschutzes korrigiert werden sollten.

Zum ersten sieht der Vorschlag – bei der gerichtlichen Bestellung – keine zwingende oder zumindest regelmäßige Beteiligung von Arbeitnehmervertretern (in Deutschland § 67 Abs. 2 Satz 2 InsO) vor. Gerade in größeren Unternehmen ist diese Beteiligung jedoch sinnvoll, weil hier häufig Vertretungsorgane der Arbeitnehmerschaft existieren, die eine repräsentative Mitwirkung im Gläubigerausschuss möglich machen.

Zum zweiten sieht der Entwurf nicht die Möglichkeit vor, auch Personen zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses zu bestellen, die selbst keine Gläubiger sind. Diese Möglichkeit hat sich in Deutschland bewährt, um insbesondere die Qualifikation der Ausschüsse sicherzustellen, z.B. durch Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern oder Personen, die Gläubigerpools repräsentieren ohne einzelne Gläubiger zu vertreten.

Die in Art. 59 (5) vorgeschlagene Möglichkeit der Anfechtung von Ernennungen durch „interessierte Parteien“ ist in ihren rechtlichen Implikationen sehr unklar und birgt neben erheblichem Konfliktstoff auch die Gefahr, dass Ausschüsse wegen Streitigkeiten über die Bestellung einzelner Mitglieder handlungsunfähig sind. Sie sollte deshalb ersatzlos entfallen.

Die in Art. 60 (2) vorgesehene Möglichkeit, in einem Verfahren mehrere Gläubigerausschüsse einzusetzen, würde keine Effizienzsteigerung bewirken, weil sie neben zahlreichen rechtlichen Fragen auch erheblichen Mehraufwand, etwa an Kommunikationsbedarf, sowie Konfliktstoff schaffen würde, wenn dort unterschiedliche Meinungen zu bestimmten zentralen Verfahrensfragen gebildet werden.

Dies wäre insbesondere dort problematisch, wo Gläubigerausschüsse nach Art. 64 (2) im nationalen Recht die Befugnis erhalten, bestimmte Beschlüsse oder Rechtshandlungen zu genehmigen.

Die für diesen Fall in Art. 67 (1) vorgesehenen Rechtsmittel bergen trotz des Beschleunigungsgebots in Art. 67 (2) die Gefahr von Verzögerungen, die im Endeffekt wichtige Verfahrensergebnisse gefährden können. Das damit verbundene Problem eines potentiellen Missbrauchs (Holdout-Positionen) sollte durch geeignete Vorkehrungen beseitigt werden.

7. Transparenz des nationalen Insolvenzrechts, Titel VIII

Die in Art. 68 vorgeschlagenen Maßnahmen zur Erhöhung der Transparenz des nationalen Insolvenzrechts sind im Prinzip eine nützliche Ergänzung und Vereinheitlichung der Informationsquellen insbesondere für Privatpersonen und kleinere Unternehmen. Sie werden aber auch bei einer Umsetzung der Vorgaben wenig zur besseren Transparenz der nationalen Besonderheiten beitragen. Denn zum einen erlauben die Vorgaben zu Umfang und Darstellung der Informationen allenfalls einen rudimentären und damit wenig hilfreichen Überblick. Zum anderen bleibt durch den Verzicht auf zentrale Harmonisierungsaspekte (Insolvenzgründe und Rangfolgen) eine große, durch neue Verfahren und Verfahrensarten noch verstärkte Diversität, die selbst mit Vorkenntnissen und bei tiefergehender Befassung kaum zu überblicken ist.

Durch eine intensivere digitale Ausgestaltung von Insolvenz- und Restrukturierungsverfahren und die Einführung eines digitalen Gläubigerinformationssystems könnte mehr Transparenz und mehr Barrierefreiheit geschaffen werden.

Teil B

1. Einleitung

a) Vorgeschichte des Vorschlags

Mit dem am 7.12.2022 vorgelegten Vorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts (im Weiteren: Vorschlag) wird ein weiterer Schritt der Harmonisierung des Insolvenzrechts in Europa eingeleitet.

Der erste Schritt war die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, die durch die VERORDNUNG (EU) 2015/848 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren reformiert und erweitert

wurde. Sie regelt im Wesentlichen die internationale Gerichtszuständigkeit für Insolvenzverfahren, das anwendbare Recht, die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen, Teilnahmerechte und die Koordination und Kooperation bei mehreren Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Schuldners oder einer Unternehmensgruppe.

Ein zweiter Schritt wurde gemacht mit der RICHTLINIE (EU) 2019/1023 DES EUROPÄISCHEN PARLA-MENTS UND DES RATES vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 - Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz. Sie diene im Wesentlichen der Einführung bzw. Harmonisierung eines Rahmens zur vorinsolvenzlichen Restrukturierung und zur nachinsolvenzlichen Schuldbefreiung unternehmerisch tätiger natürlicher Personen.

In einem dritten Schritt soll der nun vorgelegte Vorschlag erstmals zentrale Aspekte des materiellen Insolvenzrechts für Unternehmen vereinheitlichen.

Zur notwendigen Erforderlichkeit im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage in Artikel 114 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) führt Erwägungsgrund (im Weiteren: ErwG.) 60 aus:

„(60) Da die Ziele dieser Richtlinie von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können, weil Unterschiede zwischen den nationalen Insolvenzrahmen nach wie vor Hindernisse für den freien Kapitalverkehr und die Niederlassungsfreiheit darstellen würden, sondern vielmehr auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind, kann die Union im Einklang mit dem in Artikel 5 des Vertrags über die Europäische Union verankerten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geht diese Richtlinie nicht über das für die Verwirklichung dieser Ziele erforderliche Maß hinaus.“

b) Ziel des Vorschlags

Das Ziel dieses Vorschlags ist nach den Worten seiner ErwGe. 1 und 2:

(1) Ziel dieser Richtlinie ist es, zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beizutragen und Hindernisse für die Ausübung der Grundfreiheiten, etwa des freien Kapitalverkehrs oder der Niederlassungsfreiheit, zu beseitigen, die auf Unterschiede zwischen den nationalen Vorschriften und Verfahren im Bereich der Insolvenz zurückzuführen sind.

(2) Durch die in der Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates anerkannten großen Unterschiede im materiellen Insolvenzrecht entstehen Hindernisse für den Binnenmarkt, da sie die Attraktivität grenzübergreifender Investitionen mindern und so den grenzüberschreitenden Kapitalverkehr in der Union sowie von und nach Drittländern beeinträchtigen.

In der Begründung des Vorschlags (Seite 3) wird dazu weiter ausgeführt:

„Die unzureichende Konvergenz der Insolvenzregelungen wird dazu führen, dass der Umfang der grenzübergreifenden Investitionen und der grenzübergreifenden Geschäftsbeziehungen sein Potenzial nicht erreicht.

Maßnahmen auf EU-Ebene sind erforderlich, um die Fragmentierung der Insolvenzregelungen wesentlich zu verringern. Sie würden die Annäherung bestimmter Aspekte der mitgliedstaatlichen Insolvenzvorschriften fördern und für gemeinsame Standards in allen Mitgliedstaaten sorgen und so Investitionen über die Grenzen hinweg erleichtern.

Maßnahmen auf EU-Ebene würden gleiche Wettbewerbsbedingungen sicherstellen und Verzerrungen bei Entscheidungen über grenzübergreifende Investitionen vermeiden, die auf mangelnde Informationen über die Insolvenzregelungen und die unterschiedliche Ausgestaltung dieser Regelungen zurückzuführen sind. Dies würde dazu beitragen, grenzübergreifende Investitionen und den Wettbewerb zu erleichtern, und zugleich dem Schutz des ordnungsgemäßen Funktionierens des Binnenmarkts dienen. Da die Unterschiede zwischen den Insolvenzregelungen ein Haupthindernis für grenzübergreifende Investitionen darstellen, ist die Beseitigung dieses Hindernisses von entscheidender Bedeutung für die Verwirklichung eines Binnenmarktes für Kapital in der EU.“

Diese Herleitung eines Reformbedarfs aus der Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes überzeugt nicht. Niemand investiert in einen bestimmten Wirtschaftsraum, weil er dort Verluste oder eine Insolvenz erleiden will. Steuerliche, arbeits- und sozialrechtliche Rahmenbedingungen haben dafür weitaus größere Bedeutung. Die relativen Vor- und Nachteile einer stärkeren Orientierung an Gläubigerrechten oder Schuldnerinteressen ergeben ebenfalls keine klare Indikation für Reformen. Sie werden auch in der Literatur nicht als einheitliches Signal für eine bestimmte Gestaltung nationaler bzw. europäischer Insolvenzregeln gewertet.

Relevant wird das Insolvenzrecht für Investoren aber dann, wenn in notleidende Forderungen (NPL) investiert werden soll, bei denen sich das Verlustrisiko zumindest teilweise bereits in einer Wertminderung der Forderung materialisiert hat. Im Maß dieser Materialisierung wird das Interesse an einer möglichst vollständigen Befriedigung der Forderung durch das Interesse an einer möglichst zügigen Realisierung ihres verbleibenden Restwerts verdrängt.

Es entsteht deshalb der Eindruck auf, dass diese besondere Form der Investition erneut – wie schon im Rahmen der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz – im Vordergrund der angesprochenen Überlegungen zur Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes steht.

ErwG. 3 erläutert hierzu:

(3) Insolvenzverfahren stellen die geordnete Abwicklung oder Restrukturierung von Unternehmen oder Unternehmern in finanzieller und wirtschaftlicher Notlage sicher. Diese Verfahren sind bei Finanzinvestitionen von entscheidender Bedeutung, da sie den endgültigen Verwertungswert dieser Investitionen bestimmen. Die unterschiedlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten haben zu einer zunehmenden Rechtsunsicherheit und Unvorhersehbarkeit des Ausgangs von Insolvenzverfahren beigetragen und damit die Barrieren insbesondere für grenzübergreifende Investitionen

im Binnenmarkt erhöht. Die in der Union bestehenden großen Unterschiede beim Verwertungswert und bei der Zeit, die benötigt wird, um ein Insolvenzverfahren abzuschließen, haben für die Kreditgeber und Anleger in grenzübergreifenden Fällen innerhalb des Binnenmarkts nachteilige Auswirkungen auf die Vorhersehbarkeit der Kosten.

Dieser Verwertungshintergrund war bereits 2016 in dem explanatory memorandum zum ersten Entwurf der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz (COM (2016) 723 final) erläutert worden:

„Despite an improvement in cyclical conditions, the level of non-performing loans, which increased rapidly in most Member States following the economic crisis, remains high. High levels of non-performing loans have a direct consequence on banks' capacity to support growth. In some Member States, targeted reforms have had a positive impact. However, the resilience of non-performing loans in the European Union shows that further action needs to be taken to ensure that the negative feedback loop between poor asset quality, lagging credit developments and low growth does not become prevalent. Measures to increase the effectiveness of restructuring, insolvency and second chance frameworks would contribute to efficient management of defaulting loans and reduce accumulation of non-performing loans on bank balance sheets. They would also contribute to improving the residual value which can be expected by creditors by allowing an earlier and swifter restructuring or resolution for debtors facing financial difficulties. Finally, they can also serve to avoid future build-up of non-performing loans since loans on which performance ceases could be enforced more efficiently. Improving legal settings of enforcement regimes will not fully resolve the issue of existing non-performing loans where enforcement proceedings have already started. However, reinforcement of the judiciary setting could help to speed up the proceedings' remaining steps. In this way, reforms of insolvency laws can complement other ongoing reforms at EU level in the banking sector and as regards capital markets.“

Die Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz hatte dazu dann in den ErwGe. (6) und (7) vorsichtiger formuliert:

(6) „Die übermäßig lange Dauer von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren in verschiedenen Mitgliedstaaten ist maßgeblich dafür verantwortlich, dass niedrige Befriedigungsquoten erzielt und Anleger von Anlageaktivitäten in Ländern, in denen ein Risiko langwieriger und unverhältnismäßig kostspieliger Verfahren besteht, abgeschreckt werden.

(7) Unterschiede zwischen Mitgliedstaaten bei den Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren schlagen sich in Mehrkosten für Anleger nieder, wenn sie das Risiko, dass Schuldner in einem oder mehreren Mitgliedstaaten in finanzielle Schwierigkeiten geraten, oder die Risiken der Investition in bestandsfähige Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten, sowie die zusätzlichen Kosten für die Restrukturierung von Unternehmen mit Niederlassungen, Gläubigern oder Vermögenswerten in anderen Mitgliedstaaten bewerten.“

Dieser Ansatz überzeugt zumindest derzeit nicht. Die Kommission weist selbst in einer Mitteilung vom 16.12.2020 (COM (2020) 822 final) darauf hin, dass das NPL-Risiko in Europa seit

der Finanzkrise der Jahre 2008 und 2009 deutlich gesunken ist und betont zudem die immer noch unsichere und lückenhafte Datenlage. Zu den weiteren Implikationen für das Insolvenzrecht führt sie dort aus (S.17):

„Auch die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1023 über präventive Restrukturierungsrahmen dürfte dazu beitragen, das Auflaufen notleidender Kredite zu verhindern. Durch eine Verbesserung präventiver Restrukturierungsrahmen würde sichergestellt, dass Maßnahmen ergriffen werden, noch bevor Unternehmen ihre Kredite nicht mehr bedienen können, und so zur Verringerung des Risikos beigetragen, dass Kredite bei Konjunkturabschwüngen zu notleidenden Krediten werden, was die negativen Auswirkungen auf den Finanzsektor abmildern würde. Gleichzeitig sollten nicht bestandsfähige Unternehmen ohne Überlebenschance so schnell wie möglich abgewickelt werden. Die Mitgliedstaaten müssen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie nachzukommen, bis zum 17. Juli 2021 erlassen und veröffentlichen.“

Ein warnender Hinweis auf die notwendige Umsetzung der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz findet sich auch in mehreren Reaktionen der Wirtschaft auf die Ankündigung weiterer Harmonisierungsschritte. Es bleibt unverständlich, warum auf ungesicherter Datenbasis weitere Harmonisierungen vorgeschlagen werden, obwohl die von der Kommission selbst erwarteten Wirkungen einer Umsetzung der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz teilweise noch gar nicht eintreten konnten.

In einem 2021 veröffentlichten Paper („How Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Can Help Address Nonperforming Loans“ – p. 8) weist die Weltbank zudem auf den bislang nur schwach gesicherten Nachweis einer Verbindung zwischen Insolvenzregeln (ICR) und NPL-Entwicklung hin:

„The evidence suggests that, all other conditions remaining the same, reforming ICR systems could help decrease NPL occurrence. This evidence is supported by a study on NPL determinants in 36 Middle East and African (MENA) banks finding that stronger legal rights (as measured by the legal rights index of the World Bank’s Doing Business) are associated with lower NPL levels (Boudriga, Taktak, and Jellouli 2010).⁸ It is worth noting, though, that increases in ICR effectiveness have also been found to widen access to credit and to prevent the exclusion of lower-grade borrowers from the market (Jappelli, Pagano, and Bianco 2005; Haselmann, Pistor, and Vig 2009; Houston et al. 2010; Vig 2013). As these effects are associated with riskier lending, the aggregate effect of ICR frame-works on NPL occurrence might be described as ambiguous.“

Sie kommt zu dem Schluss, dass lediglich ein Zusammenhang zwischen der Effektivität von Insolvenzregeln und der Fähigkeit zur Reduktion des NPL-Problems hergestellt werden kann:

„The evidence described in this Policy Note suggests that ICR reform can be a powerful tool for combating the NPL problem. Indeed, a growing number of studies suggest that effective ICR re-

gimes, particularly those promoting strong creditors' rights, have the effect of decreasing the frequency and magnitude with which loans become nonperforming. Evidence also shows that more effective ICR regimes can further contribute to improving NPL resolution. In particular, faster contract and out-of-court enforcement, more efficient pre-insolvency mechanisms, and effective insolvency frameworks are all associated with a statistically significant positive impact on reducing NPL levels or accelerating the speed with which these levels are reduced — countries that take an active stance against NPL levels experience more growth than countries that fail to adopt any measures to combat these loans. "

c) Effizienz als Regelungsziel

Um das Ziel einer „echten“ Kapitalmarktunion zu erreichen, will der Vorschlag nun aber gezielt die Effizienz von Insolvenzverfahren steigern (Seite 1):

„Die Insolvenzvorschriften sind national fragmentiert. Infolgedessen führen sie in den Mitgliedstaaten zu unterschiedlichen Ergebnissen und erweisen sich insbesondere als unterschiedlich effizient im Hinblick auf die zur Liquidation eines Unternehmens erforderliche Zeit und den Wert, der schließlich zurückerlangt werden kann. In einigen Mitgliedstaaten führt dies zu langwierigen Insolvenzverfahren und einem niedrigen durchschnittlichen Verwertungswert im Falle einer Liquidation. Die Unterschiede zwischen den nationalen Regelungen schaffen auch Rechtsunsicherheit in Bezug auf den Ausgang von Insolvenzverfahren und führen für Gläubiger mit Schuldnern in anderen Mitgliedstaaten im Vergleich zu denen, die nur im Inland tätig sind, zu höheren Kosten, was die Informationsbeschaffung und den Lernprozess angeht.“

ErwG. 4 führt dazu aus:

„(4) Die mit dieser Richtlinie verfolgte Integration des Binnenmarkts im Bereich des Insolvenzrechts ist von entscheidender Bedeutung für ein effizienteres Funktionieren der Kapitalmärkte in der Europäischen Union, auch im Hinblick auf einen besseren Zugang zur Unternehmensfinanzierung. Daher müssen in bestimmten Bereichen nationaler Insolvenzverfahren, die einen erheblichen Einfluss auf die Effizienz und Dauer solcher Verfahren haben, insbesondere auf grenzüberschreitende Insolvenzverfahren, Mindestanforderungen festgelegt werden.“

Die noch von der Weltbank betonte Effektivität (s.o.) wird hier nicht mehr erwähnt. Stattdessen will der Vorschlag eine Steigerung der Effizienz durch die Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts erreichen.

Der Begriff der Effizienz wird dabei im Text des Vorschlags nicht weiter erläutert oder definiert. Im Inception Impact Assessment der Kommission vom 11.11.2020 findet sich jedoch folgender Hinweis hierzu:

“An effective insolvency law should help to speedily and efficiently liquidate non-viable firms and restructure (within insolvency proceedings) those that can be led back to viability and thus enable them to continue operating. Insolvency rules should also preserve the value that can be received

by creditors, shareholders, employees, tax authorities and other parties concerned, whilst ensuring an adequate balance of interests of different stakeholders. A better insolvency framework contributes to a more efficient allocation of capital within and across Member States; more efficient and predictable insolvency frameworks are expected to facilitate cross-border investments and flows of market-based finance. The importance of predictability and of having coherent insolvency regimes is even more important when the investment is not secured (collateralised)."

In der Einleitung des aktuellen Richtlinienvorschlags selbst (Seite 14) findet man dazu noch diese Formulierung:

„Dieser Vorschlag fasst die drei wesentlichen Dimensionen des Insolvenzrechts ins Auge: i) Verwertung der Vermögenswerte bei Liquidierung der Insolvenzmasse, ii) Effizienz der Verfahren und iii) Berechenbarkeit und gerechte Verteilung des zurückerlangten Werts unter den Gläubigern.“

Hier werden Effektivität als Maßstab für die Fähigkeit zur Erreichung von Zielen und Effizienz als Maßstab für den wirtschaftlichen Einsatz der dazu notwendigen Mittel nebeneinandergestellt.

Der Entwurf meint demnach mit Effizienz im Kontext von Insolvenzverfahren die Erzielung möglichst hoher Erträge für die Gläubiger bei möglichst kurzer Verfahrensdauer, niedrigen Verfahrenskosten und bestmöglicher Vorhersehbarkeit des Ergebnisses. Er stellt auch klar (s.o.), dass er lediglich dieses so definierte Ziel der Effizienzsteigerung verfolgt.

Dieser eng gefasste Begriff der Effizienz verkürzt das Insolvenzverfahren auf eine gerichtlich moderierte Destillation von finanziellen Erträgen für Insolvenzgläubiger. Die sozialen und ordnungsrechtlichen Effekte des Verfahrens bleiben bei dieser Betrachtung unbewertet. Dies überrascht, weil sie im Bereich der Insolvenzverfahren eine greifbare Bedeutung haben und die Existenz der Betroffenen unmittelbar berühren.

Zur Reform des deutschen Insolvenzrechts hatte der 1992 vorgelegte Entwurf in seiner Begründung (BT Drs. 12/2443, S.75) dagegen formuliert:

„Insolvenzrecht soll, wie alles Recht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, einen gerechten Ausgleich schaffen, den Schwächeren schützen und Frieden stiften. Die Rechtspolitik darf sich aber nicht darauf beschränken, die Insolvenz als bereits eingetretenen Sozialkonflikt in den Blick zu nehmen und nur die gerechte, justizförmige Verteilung der Schäden und Lasten anzustreben. Die Reform würde ihre Aufgabe verfehlen, wenn sie Insolvenz lediglich als einen Verteilungskonflikt auffasste.“

Diese Einordnung des Insolvenzrechts trifft auch heute noch zu. Eine Verkürzung der hier angesprochenen Funktion von Insolvenzverfahren durch die Reduzierung von Rechten, die Schwächere schützen, zugunsten einer einseitigen Optimierung der (makro)ökonomischen

Betrachtung riskiert erhebliche soziale Schäden und einen Vertrauensverlust des Insolvenzrechts.

Genau diesen Ansatz verfolgt jedoch der vorgelegte Entwurf (Seite 1):

„Die Insolvenzvorschriften sind national fragmentiert. Infolgedessen führen sie in den Mitgliedstaaten zu unterschiedlichen Ergebnissen und erweisen sich insbesondere als unterschiedlich effizient im Hinblick auf die zur Liquidation eines Unternehmens erforderliche Zeit und den Wert, der schließlich zurückerlangt werden kann. In einigen Mitgliedstaaten führt dies zu langwierigen Insolvenzverfahren und einem niedrigen durchschnittlichen Verwertungswert im Falle einer Liquidation.“

Eine solche Verkürzung muss sich in besonderer Weise an den eigenen Zielen messen lassen. Sie muss also Defizite an anderer Stelle zumindest durch eine gesicherte und nachhaltige Erreichung des Effizienzziels ausgleichen.

d) Die wichtigsten Effizienzfaktoren im Insolvenzverfahren

Es fällt sofort auf, dass insbesondere zwei Faktoren, die in der Praxis großen Einfluss auf die Effizienz im vorgenannten Sinn haben, nicht Gegenstand des Vorschlags sind: die Insolvenzgründe und die Rangfolgen der Forderungen.

Insolvenzgründe sind die Auslöser von Insolvenzverfahren und markieren den Zeitpunkt des Krisenverlaufs, in dem regelmäßig ein Insolvenzverfahren eingeleitet werden muss, um überlebenschfähige Teile des Schuldnerunternehmens noch zu retten und die Gläubiger vor weiteren Schäden zu bewahren.

Die Rangfolgen der Forderungen entscheiden anschließend darüber, welche Gläubiger auf welche Forderungen eine privilegierte Befriedigung aus der Insolvenzmasse erwarten können und auf welche Forderungen keine oder nur sehr geringe Quoten zu erwarten sind.

Rangfolgen und Insolvenzgründe sind deshalb entscheidend für die Effizienz und Vorhersehbarkeit. Sie determinieren, wann es zu einem Insolvenzverfahren kommt bzw. kommen muss, und welches Ergebnis für welche Forderungen zu erwarten ist.

Je früher ein Insolvenzverfahren -auch im Sinn von Restrukturierungsverfahren- eingeleitet wird, desto besser ist in aller Regel das Ergebnis, weil die wirtschaftliche Erosion der Schuldner noch nicht zu weit fortgeschritten ist.

Diesen Zusammenhang hatte schon die Richtlinie (EU) 2019/1023 in Erwägungsgrund 22 angesprochen:

„Je früher ein Schuldner seine finanziellen Schwierigkeiten erkennen und geeignete Maßnahmen treffen kann, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine wahrscheinliche Insolvenz abgewendet wird, beziehungsweise — im Falle eines Unternehmens mit dauerhaft verminderter Bestandsfähigkeit — desto geordneter und effizienter würde der Abwicklungsprozess sein.“

Gleichzeitig sind Rangfolgen und Insolvenzgründe ein Beispiel für die eminente Bedeutung des Insolvenzrechts über Verteilungsfragen hinaus. Als ultimativer Test für vertragliche oder gesetzliche Risikovorsorge ist das Insolvenzrecht immer auch der Schauplatz von Verteilungskonflikten zwischen einzelnen Gläubigern oder Gläubigergruppen.

Die EZB hatte sich deshalb bereits in ihrer Stellungnahme vom 7. Juni 2017 zu einem Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates für eine Richtlinie 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 (CON/2017/22) enttäuscht gezeigt, dass der Vorschlag diese Aspekte nicht aufgegriffen hatte:

„Wenngleich durch den Vorschlag eine Reihe von äußerst relevanten Mindestharmonisierungsmaßnahmen für bestehende Restrukturierungsrahmen eingeführt wird, folgt er weder einem ganzheitlichen Ansatz in Bezug auf die Harmonisierung der Insolvenzvorschriften in der Union als Ganzes, einschließlich sowohl Restrukturierung als auch Liquidation, noch versucht er, zentrale Aspekte des Insolvenzrechts zu harmonisieren, beispielsweise: a) die Bedingungen für die Eröffnung von Insolvenzverfahren, b) eine gemeinsame Definition von Insolvenz, c) die Rangfolge von Insolvenzforderungen und d) Insolvenzanfechtungsklagen. Während die EZB sich der erheblichen rechtlichen und praktischen Herausforderungen bewusst ist, die die Entwicklung eines ganzheitlichen Ansatzes auf Grund der weitreichenden Änderungen im Handels-, Zivil- und Gesellschaftsrecht beinhaltet, die mit einem solchen Unterfangen einhergehen müssten, ist es erforderlich, ambitioniertere Maßnahmen zu ergreifen, um eine gemeinsame Basis für eine wesentliche Harmonisierung des Insolvenzrechts der Mitgliedstaaten zu schaffen und dadurch langfristig eine umfassendere Harmonisierung zu erreichen und zu einer gut funktionierenden Kapitalmarktunion beizutragen.“

Der Vorschlag vermeidet mit der Ausklammerung von Insolvenzgründen und Rangfolgen erneut eine kontroverse Diskussion politischer Grundsatzfragen, die das Gesamtprojekt blockieren könnte. Mit Ausnahme des Insolvenzanfechtungsrechts werden die von der EZB angeregten und für notwendig gehaltenen Reformen nicht vorgeschlagen. Dieses Defizit macht sich bei vielen Regelungen des Vorschlags negativ bemerkbar und stellt dort die erhofften Wirkungen für die Verbesserung der Effizienz und die Verringerung der europäischen Fragmentierung von Insolvenzverfahren in Frage.

2. Anfechtungsklagen (Titel II)

a) Einführung

Anders als einige wesentliche weitere Eckpunkte im Entwurf, sind die vorgesehenen Mindeststandards zur Insolvenzanfechtung grundsätzlich positiv zu bewerten. Insbesondere finden sich darin weder verbindliche Privilegien für einzelne Gläubigergruppen, noch werden Vorgaben mit zu vielen Details überfrachtet. Es verbleibt so ein ausreichendes Maß an Flexibilität für die weitere Ausgestaltung des Anfechtungsrechts durch den jeweiligen nationalen Gesetzgeber.

Zu begrüßen ist unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes die Entscheidung, dass die im Entwurf genannten Tatbestände und zeitlichen Anknüpfungspunkte eine Untergrenze darstellen. Weitergehende Regeln zur Stärkung der Gläubigerinteressen bleiben auf nationaler Ebene zulässig. Umgehungsmöglichkeiten drohen allerdings durch die fehlende Absage an die Privilegierung einzelner Gläubigergruppen. Hierdurch könnten die eigentlich sinnvollen Tatbestände durch weitreichende Privilegien einzelner Gläubigergruppen faktisch ausgehebelt werden, sofern es dann am Merkmal des Nachteils für die Gläubigergesamtheit fehlt.

Wie bereits in der Einleitung ausgeführt, stellt aber gerade im Bereich der Anfechtung der Verzicht des Vorschlags auf eine Legaldefinition des Insolvenzgrundes der Zahlungsunfähigkeit eine weitere wesentliche „Auslassung“ dar. Somit droht statt einer Harmonisierung eher eine weitere Fragmentierung der Rechtslage auf nationaler Ebene.

Insgesamt wirken die übrigen Bestimmungen des Vorschlags zu diesem Abschnitt schlüssig und orientieren sich stark an der auf das Römische Recht zurückgehenden Struktur der Insolvenzanfechtung, wie sie bereits seit langem, etwa in Deutschland oder Österreich und auch in anderen Mitgliedsstaaten, gelebt wird.

Handlungsbedarf des deutschen Gesetzgebers dürfte sich allenfalls im Hinblick auf die etwas „schärfer“ formulierte Definition der „nahestehenden Person“ in Art. 2 q) des Vorschlags ergeben, der insbesondere unter Abs. 1 iv) und Abs. 2 iv) Verschärfungen im Vergleich zum hiesigen § 138 InsO enthält.

Überdenkenswert ist zudem die Formulierung in Art. 4 und einigen Folgebestimmungen, dass anfechtbare Rechtshandlungen „für nichtig erklärt“ werden können (sollen). Dies könnte dahingehend fehlinterpretiert werden, dass Rechtsfolge der insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit immer die durch eine (gerichtliche?) Erklärung ausgelöste Nichtigkeit der in Frage stehenden Rechtshandlung sein soll. Artikel 7 m) der Verordnung (EU) 2015/848 umschreibt die Rechtsfolge der insolvenzrechtlichen Anfechtbarkeit offener mit „nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam“. Auch Art. 5 des Vorschlags spricht von der „Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit“ von Rechtshandlungen. Die Dogmatik im deutschen Recht tendiert dazu, dass

die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit mit Insolvenzeröffnung zu einer automatischen haftungsrechtlichen Unwirksamkeit der betroffenen Rechtshandlung führt, ohne dass es einer konkreten Anfechtungserklärung bedarf. Da nicht erkennbar ist, dass der Vorschlag das Insolvenzanfechtungsrecht auf eine völlig neue dogmatische Grundlage stellen möchte, sollte klargestellt werden, dass mit „nichtig“ keine Rechtsfolgenvorgabe gemeint ist.

b) Kapitel 1 – Allgemeine Bestimmungen über Anfechtungsklagen (Art. 4-5)

Die Vorgaben zur Anfechtung unterteilen sich in drei Teile. Kapitel 1 regelt in den Art. 4 und 5 des Vorschlags zunächst die allgemeinen Einstiegsvoraussetzungen der Anfechtung in den Mitgliedsstaaten. Kapitel 2 beschreibt über die Art. 6 bis 8 einen Katalog an anfechtungsrelevanten Vorgängen und definiert zudem einen zeitlichen Rahmen für deren mögliche Unwirksamkeit. Schließlich beschreiben die Art. 9 bis 12 in Kapitel 3 die Rechtsfolgen der Anfechtung aus Sicht der verschiedenen Beteiligten.

Die beiden Artikel in Kapitel 1 schaffen den allgemeinen Rahmen für das Anfechtungsregime des Vorschlags. Grundvoraussetzung für die Anfechtbarkeit eines Vorgangs ist gemäß Art. 4, dass er sich aus Sicht der Gläubigergesamtheit nachteilig darstellt. Im Übrigen wird auf die Einzelheiten in Kapitel 2 verwiesen. Ferner eröffnet Art. 5 dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, zur Schaffung neuer oder Beibehaltung bestehender, weitergehender Regelungen zum Schutz der Gläubigergesamtheit. Im Umkehrschluss ist ein Zurückbleiben hinter den Mindestvorgaben des Vorschlags nicht zulässig.

aa) Art. 4 – Allgemeine Voraussetzungen für Anfechtungsklagen

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zum Nachteil der Gesamtheit der Gläubiger vollendet wurden, unter den in Kapitel 2 dieses Titels festgelegten Voraussetzungen für nichtig erklärt werden können.

(5) Zum Schutz des Werts der Insolvenzmasse für die Gläubiger sollten die nationalen Insolvenzvorschriften wirksame Bestimmungen enthalten, die die Nichtigerklärung von Rechtshandlungen ermöglichen, die die Gläubiger benachteiligen und vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vollendet wurden (Anfechtungsklagen). Da Anfechtungsklagen darauf abzielen, die nachteiligen Auswirkungen der Rechtshandlung auf die Insolvenzmasse rückgängig zu machen, ist es angebracht, die Beendigung der Ursache für diese Benachteiligung, nämlich die Vollendung der Rechtshandlung und nicht die eigentliche Vornahme, als maßgeblichen Zeitpunkt zugrunde zu legen. Beispielsweise sollte im Falle einer elektronischen Geldüberweisung der maßgebliche Zeitpunkt nicht der Zeitpunkt sein, zum dem der Schuldner das Finanzinstitut anweist, das Geld an einen Gläubiger zu überweisen (Vornahme der Rechtshandlung), sondern der Zeitpunkt, zu dem die Gutschrift auf dem Konto des Gläubigers erfolgt (Vollendung der Rechtshandlung). Vorschriften über

Anfechtungsklagen sollten auch die Möglichkeit des Ausgleichs der Insolvenzmasse für die den Gläubigern durch derartige Rechtshandlungen verursachten Nachteil vorsehen.

(6) Die Bandbreite der Rechtshandlungen, die nach den Vorschriften über Anfechtungsklagen angefochten werden könnten, sollte weit gefasst werden, um jedes menschliche Handeln mit Rechtswirkung abzudecken. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger impliziert, dass Rechtshandlungen auch Unterlassungen umfassen sollten, da es keinen wesentlichen Unterschied macht, ob Gläubigern infolge einer Handlung oder der Untätigkeit der betreffenden Partei ein Nachteil entsteht. So macht es beispielsweise keinen Unterschied, ob ein Schuldner aktiv auf eine Forderung gegenüber seinem Schuldner verzichtet oder ob er untätig bleibt und die Verjährung der Forderung hinnimmt. Weitere Beispiele für Unterlassungen, die Gegenstand von Anfechtungsklagen sein können, sind die Unterlassung, ein nachteiliges Urteil oder andere Entscheidungen von Gerichten oder Behörden anzufechten, oder die Unterlassung, ein Recht des geistigen Eigentums anzumelden. Aus dem gleichen Grund sollten Anfechtungsvorschriften nicht auf Rechtshandlungen des Schuldners beschränkt sein, sondern auch Rechtshandlungen der Gegenpartei oder eines Dritten umfassen. Andererseits sollten nur Rechtshandlungen Anfechtungsvorschriften unterliegen, die die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen.

(7) Um das berechtigte Vertrauen der Gegenpartei des Schuldners zu schützen, sollte jeder Eingriff in die Gültigkeit oder Durchsetzbarkeit einer Rechtshandlung in einem angemessenen Verhältnis zu den Umständen stehen, unter denen diese Rechtshandlung vollendet wird. Zu diesen Umständen sollten der Vorsatz des Schuldners, das Wissen der Gegenpartei oder die Zeitspanne zwischen der Vollendung der Rechtshandlung und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zählen. Daher ist zwischen einer Vielzahl konkreter Anfechtungsgründe zu unterscheiden, die auf gemeinsamen und typischen Sachverhalten beruhen und die allgemeinen Voraussetzungen für Anfechtungsklagen ergänzen sollten. Jeder Eingriff sollte auch im Einklang mit den in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechten stehen.

Thole (ZIP 2023, 390 f.) schreibt hierzu:

„Nach Art. 6 RL-E und den weiteren Vorgaben müssen die Mitgliedstaaten es sicherstellen, dass die anfechtbaren Rechtshandlungen für „nichtig erklärt werden können“. Das wirft aus deutscher Sicht die Frage auf, ob tatsächlich eine Nichtigkeit im strengen Sinne verlangt sein wird, was die Dogmatik der Anfechtungsrechtsfolgen im deutschen Anfechtungsrecht auf den Kopf stellt. Denn § 143 InsO und die deutsche Insolvenzanfechtung haben die früher vertretene Dinglichkeitstheorie, nach der die inkriminierte Rechtshandlung unwirksam ist, überwunden und gewähren gerade „nur“ einen schuldrechtlich-haftungsrechtlichen Rückgewähranspruch. Tatsächlich dürfte der Wortlaut des Vorschlags hier kaum überbetont werden dürfen, zumal auch Art. 5 RL-E seinerseits alternativ von Bestimmungen über Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit spricht und auch Art. 9 Abs. 2 RL-E von einem Ausgleichsanspruch bei erfolgter Anfechtung ausgeht.“

Gerade die hier angesprochene Parallelität der Erwähnung von Bestimmungen über Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit könnte jedoch auch darauf hindeuten, dass der Vorschlag diese Unterschiede durchaus erkennt und eine ganz bewusste Entscheidung für die Rechtsfolge der Nichtigkeit getroffen hat.

Zur Definition der Nichtigkeit sollte in einem ErwG. klargestellt werden, dass hiervon die Verpflichtungsgeschäfte, nicht aber die Verfügungsgeschäfte betroffen sein sollen.

bb) Art. 5 – Verhältnis zu nationalen Bestimmungen

Diese Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, Bestimmungen über die Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit von Rechtshandlungen, die die Gesamtheit der Gläubiger im Rahmen eines Insolvenzverfahrens benachteiligen, zu erlassen oder beizubehalten, wenn diese Bestimmungen die Gesamtheit der Gläubiger besser schützen als die Bestimmungen in Kapitel 2 dieses Titels.

Der Vorschlag vermeidet zwar mit der Ausklammerung von Insolvenzgründen und Rangfolgen eine kontroverse Diskussion politischer Grundsatzfragen, die das Gesamtprojekt blockieren könnte. Er schafft damit aber gleich in seinem ersten Regelungsgegenstand im (Title II), der Mindestharmonisierung des Insolvenzanfechtungsrechts, das Problem, dass ein methodisch durchdachtes und überzeugendes Modell in einigen Mitgliedstaaten auf ausgefeilte Kataloge von Rangfolgen treffen wird. Das dem Entwurf zugrunde liegende Konzept der Insolvenzanfechtung basiert u.a. auf dem Grundprinzip der Gläubigergleichbehandlung und sieht die Rückgängigmachung von Rechtshandlungen vor, die gegen das Gleichbehandlungsprinzip verstoßen. Was gegen dieses Prinzip zur Begünstigung von Individualinteressen verteilt wurde, soll umverteilt werden zugunsten des Kollektivinteresses. Dieses Umverteilungsziel stößt indes umso mehr an Grenzen, je mehr das Kollektivinteresse durch Rangfolgen verwässert wird, die sich zudem in den Mitgliedstaaten unterscheiden. Auch hat es wenig Sinn, privilegierten Gläubigern zuerst durch die Insolvenzanfechtung ihre vor der Insolvenz erlangten Vorteile abzunehmen, um das Erlangte anschließend wieder auf die privilegierten Forderungen zu verteilen. Diesbezüglich unterschiedliche Regime provozieren auch strategisches „forum shopping“.

c) Kapitel 2 – Besondere Voraussetzungen für Anfechtungsklagen (Art. 6-8)

Kapitel 2 (Art. 6-8) regelt im Einzelnen die materiellen Voraussetzungen und den zeitlichen Rahmen für die Anfechtbarkeit bzw. daraus resultierende Nichtigkeit eines Vorgangs.

aa) Art. 6 – Bevorzugung

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Rechtshandlungen, die einen Gläubiger oder eine Gruppe von Gläubigern durch Befriedigung, Besicherung oder in sonstiger Weise begünstigen, für nichtig erklärt werden können, wenn sie vollendet wurden:

- a) innerhalb von drei Monaten vor Einreichung des Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, sofern der Schuldner nicht in der Lage war, seine fälligen Schulden zu begleichen, oder
- b) nach Einreichung des Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.

Wenn mehrere Personen einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gegen denselben Schuldner eingereicht haben, ist als Beginn der Dreimonatsfrist nach Unterabsatz 1 Buchstabe a der Zeitpunkt anzusehen, zu dem der erste zulässige Antrag eingereicht wurde.

(2) Wurde eine fällige Forderung eines Gläubigers in der geschuldeten Weise befriedigt oder besichert, so stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Rechtshandlung nur dann für nichtig erklärt werden kann, wenn

- a) die in Absatz 1 Buchstaben a bis f festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind und
- b) der betreffende Gläubiger wusste oder hätte wissen müssen, dass der Schuldner nicht in der Lage war, seine fälligen Schulden zu begleichen, oder dass ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens eingereicht worden war.

Das Wissen des Gläubigers nach Unterabsatz 1 Buchstabe b wird vermutet, wenn der Gläubiger eine dem Schuldner nahestehende Partei war.

(3) Abweichend von den Absätzen 1 und 2 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass folgende Rechtshandlungen nicht für nichtig erklärt werden können:

- a) Rechtshandlungen, die unmittelbar gegen eine angemessene Gegenleistung zugunsten der Insolvenzmasse vorgenommen werden;
- b) Zahlungen auf Wechsel oder Schecks, wenn das für Wechsel oder Scheck maßgebende Recht die Forderungen des Empfängers aus dem Wechsel oder Scheck gegen andere Wechsel- oder Scheckschuldner wie z. B. Indossanten, den Aussteller oder den Bezogenen, wenn er die Zahlung des Schuldners ablehnt, ausschließt;
- c) Rechtshandlungen, die nach der Richtlinie 98/26/EG und der Richtlinie 2002/47/EG nicht Gegenstand von Anfechtungsklagen sind.

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass im Falle von Zahlungen auf Wechsel oder Schecks nach Unterabsatz 1 Buchstabe b der auf den Wechsel oder Scheck gezahlte Betrag vom letzten Indossanten oder, falls dieser den Wechsel für einen Dritten indossiert hat, von diesem Dritten herausgegeben wird, wenn der letzte Indossant oder der Dritte zu dem Zeitpunkt, zu dem er den Wechsel indossierte oder indossieren ließ, wusste oder hätte wissen müssen, dass der Schuldner nicht in der Lage war, seine fälligen Schulden zu begleichen, oder dass ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens eingereicht worden war. Dieses Wissen wird

vermutet, wenn der letzte Indossant oder der Dritte eine dem Schuldner nahestehende Partei war.

(8) Im Zusammenhang mit Anfechtungsklagen sollte unterschieden werden zwischen Rechtshandlungen, bei denen die Forderung der Gegenpartei fällig und durchsetzbar war und gebührend befriedigt wurde (kongruente Deckung), und solchen, bei denen die Leistung nicht vollständig der Forderung des Gläubigers entsprach (inkongruente Deckung). Inkongruente Deckungen umfassen insbesondere vorzeitige Zahlungen, die Befriedigung mit ungewöhnlichen Zahlungsmitteln, die nachträgliche Besicherung einer noch nicht gesicherten Forderung, die nicht bereits in der ursprünglichen Schuldvereinbarung vereinbart war, die Gewährung eines außerordentlichen Kündigungsrechts oder sonstiger nicht im zugrundeliegenden Vertrag vorgesehener Änderungen, den Verzicht auf Rechtsverteidigung oder Einsprüche oder die Anerkennung streitiger Schulden. Im Falle kongruenter Deckungen kann der Anfechtungsgrund der Bevorzugung nur geltend gemacht werden, wenn der Gläubiger der Rechtshandlung, die für nichtig erklärt werden kann, zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts wusste oder hätte wissen müssen, dass der Schuldner zahlungsunfähig war.

(9) Bestimmte kongruente Deckungen, nämlich Rechtshandlungen, die unmittelbar gegen eine angemessene Gegenleistung zum Vorteil der Insolvenzmasse vorgenommen werden, sollten von den Rechtshandlungen ausgenommen werden, die für nichtig erklärt werden können. Diese Rechtshandlungen zielen darauf ab, das normale Tagesgeschäft des Unternehmens des Schuldners zu unterstützen. Rechtshandlungen, die unter diese Ausnahme fallen, sollten eine vertragliche Grundlage haben und den direkten Austausch der gegenseitigen Leistungen erfordern, aber nicht unbedingt einen gleichzeitigen Austausch von Leistungen, da sich in einigen Fällen aus praktischen Umständen unvermeidbare Verzögerungen ergeben können. Diese Ausnahme sollte jedoch nicht für die Gewährung von Krediten gelten. Außerdem sollten Leistung und Gegenleistung bei diesen Rechtshandlungen gleichwertig sein. Zugleich sollte die Gegenleistung der Insolvenzmasse und nicht einem Dritten zugutekommen. Diese Ausnahme sollte insbesondere für die unverzügliche Zahlung von Waren, Löhnen oder Dienstleistungshonoraren, insbesondere für Rechts- oder Wirtschaftsberater, die Bar- oder Kartenzahlung für Waren, die für das Tagesgeschäft des Schuldners erforderlich sind, die Lieferung bzw. Erbringung von Waren, Produkten oder Dienstleistungen gegen Zahlung, die Schaffung eines Sicherungsrechts gegen Auszahlung des Darlehens sowie die unverzügliche Zahlung öffentlicher Gebühren gegen eine Gegenleistung (z. B. Zutritt zu öffentlichen Anlagen oder Einrichtungen) gelten.

(12) Dem Schuldner nahestehende Parteien, wie z. B. Verwandte, falls der Schuldner eine natürliche Person ist, oder Akteure, die in Beziehung zu einem Schuldner, der eine juristische Person ist, Entscheidungsfunktionen innehaben, haben gewöhnlich einen Informationsvorteil im Hinblick auf die finanzielle Situation des Schuldners. Um Missbrauch zu verhindern, sollten zusätzliche Schutzmaßnahmen festgelegt werden. Folglich sollten im Rahmen von Anfechtungsklagen Rechtsvermutungen über die Kenntnis der Umstände, auf denen die Anfechtungsvoraussetzungen

beruhen, für den Fall eingeführt werden, dass die andere Partei, die an der Rechtshandlung beteiligt ist, die für nichtig erklärt werden kann, eine dem Schuldner nahestehende Partei ist. Diese Vermutungen sollten widerlegbar sein und auf eine Beweislastumkehr zugunsten der Insolvenzmasse abzielen.

Art. 6 befasst sich mit Vorgängen – sowohl Befriedigungen als auch die Bestellung von Sicherheiten oder jedwede andere Begünstigung – in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Insolvenzantragstellung. Anfechtungsrelevant ist hier gemäß Abs. 1 der Zeitraum ab drei Monate vor Antragstellung, sofern der Schuldner zu diesem Zeitpunkt nicht mehr in der Lage war, seine fälligen Verbindlichkeiten zu zahlen. Im Fall mehrerer Anträge wird auf den ersten zulässigen Antrag als Beginn des relevanten Zeitraums abgestellt.

Abs. 2 ergänzt weitere Anfechtungsvoraussetzungen, sofern der Schuldner eine in dieser Form geschuldete (kongruente) Leistung erbracht hat. In diesem Fall sind Vorgänge im Sinn von Abs. 1 nur dann anfechtbar, wenn der Gläubiger wusste oder hätte wissen müssen, dass der Schuldner nicht leistungsfähig ist bzw. dass ein Insolvenzantrag gestellt worden ist. Aus ErwG. 8 des Vorschlags ergibt sich, dass inkongruente Deckungen, die der Schuldner in dieser Form bzw. zu dieser Zeit nicht schuldete, von der Einschränkung in Abs. 2 nicht erfasst und unter den Voraussetzungen des Abs. 1 anfechtbar sind. Erwähnenswert ist, dass der Verweis in Art. 2 Abs. 2 a) auf Abs. 1 in der deutschen Fassung des Vorschlags den Zusatz „Buchstaben a bis f“ enthält, der in der englischen Fassung nicht steht und auch inhaltlich nicht richtig ist.

Ist der begünstigte Gläubiger eine dem Schuldner nahestehende Person im Sinn des Art. 2 q), wird die jeweilige Kenntnis mittels Umkehr der Beweislast vermutet. Zu erwähnen ist insbesondere die Ausweitung auf Arbeitnehmer und Berater des Schuldners (Art. 2 q Abs. 1 iv), sofern sie Zugang zu nicht öffentlichen Informationen über die wirtschaftliche Lage des Schuldners haben. Dies gilt im Fall juristischer Personen sogar für deren engste Angehörige – sowohl dieser Personen mit „Insider-Kenntnissen“ als auch der Organe bzw. Mehrheitsgesellschafter des Unternehmens (vgl. Art. 2 q Abs. 2 iv).

Abs. 3 enthält weitere Einschränkungen der in Abs. 1 statuierten Anfechtbarkeit / Nichtigkeit: Dies betrifft insbesondere den Fall, dass der Begünstigte im unmittelbaren (zeitlichen?) Zusammenhang eine angemessene Gegenleistung erbracht hatte, d.h. der Vorgang den Charakter eines alltäglichen Bargeschäfts hat, bei dem kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Weniger praxisrelevant dürften die Einschränkungen im Zusammenhang mit Scheck- und Wechselgeschäften sein, die ebenfalls nicht dem Anfechtungsregime nach Abs. 1 unterliegen sollen. Schließlich sollen auch Rechtsgeschäfte, die den Besonderheiten der Richtlinien 98/26/EC und 2002/47/EC (Zahlungsabrechnungssysteme bzw. Finanzdienstleistungen) unterliegen, nicht der Anfechtung unterworfen sein.

Grundlegende Bedenken an den Vorgaben in Art. 6 bestehen nicht. Wünschenswert wäre eine klarere Definition von inkongruenten Vorgängen und die Klarstellung, dass durch Vollstre-

ckungsmaßnahmen erlangte Vorteile im kritischen Zeitraum darunterfallen. Eine beispielhafte Beschreibung inkongruenter Vorgänge – ohne Klarstellung zu Vollstreckungen – findet sich nur in ErwG. 8; der Richtlinienentwurf selbst enthält aber keine Definition.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass sich die Anfechtung nach Art. 6 nur gegen Gläubiger richten kann, d.h. gegen Begünstigte, die vor der anfechtbaren Handlung schon eine Gläubigerstellung hatten. Nach der grundsätzlichen Wertung der Regelung sollte die Anfechtung auch gegenüber Personen möglich sein, bei denen die sonstigen Anfechtungsvoraussetzungen erfüllt sind, die aber z.B. erst durch die betroffene Rechtshandlung eine Gläubigerstellung erlangen. Das deutsche Recht sieht in § 132 InsO einen entsprechenden Auffangtatbestand vor, mit dem Schutzlücken vermieden werden, die sich durch die Beschränkung auf Bestands-Gläubiger als Anfechtungsgegner ergeben können.

bb) Art. 7 – Rechtshandlungen ohne Gegenleistung oder gegen eine offensichtlich nicht angemessene Gegenleistung

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Rechtshandlungen des Schuldners ohne Gegenleistung oder gegen eine offensichtlich nicht angemessene Gegenleistung für nichtig erklärt werden können, wenn sie innerhalb eines Jahres vor Einreichung des Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder nach Einreichung dieses Antrags vollendet wurden.
- (2) Absatz 1 gilt nicht für Zuwendungen und Spenden von symbolischem Wert.
- (3) Wenn mehrere Personen einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gegen denselben Schuldner eingereicht haben, ist als Beginn der Einjahresfrist nach Absatz 1 der Zeitpunkt anzusehen, zu dem der erste zulässige Antrag eingereicht wurde.

Art. 7 enthält Bestimmungen zur Anfechtbarkeit und damit einhergehende Nichtigkeit von Schenkungen und Spenden sowie sonstigen Geschäften, bei denen ein erhebliches Missverhältnis zur Gegenleistung besteht. Die Anfechtungsfrist für derartige Vorgänge soll (mindestens) ein Jahr vor dem Insolvenzantrag betragen. Ausgenommen sind Schenkungen oder Spenden von geringem Wert („symbolic value“). Auch als Mindestfrist dürfte die Jahresfrist für derartige Vorgänge unter Abwägung des Gläubigerschutzes einerseits und der bei Schenkungen geringen Schutzwürdigkeit des Begünstigten andererseits zu kurz sein.

cc) Art. 8 – Rechtshandlungen, die die Gläubiger absichtlich benachteiligen

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Rechtshandlungen, durch die der Schuldner absichtlich einen Nachteil für die Gesamtheit der Gläubiger verursacht hat, für nichtig erklärt werden können, wenn die beiden folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:
 - a) die betreffenden Handlungen wurden entweder innerhalb von vier Jahren vor Einreichung des Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder nach Einreichung dieses Antrags vollendet;

- b) die andere Partei der Rechtshandlung wusste oder hätte wissen müssen, dass der Schuldner die Absicht hatte, einen Nachteil für die Gesamtheit der Gläubiger zu verursachen. Das Wissen nach Unterabsatz 1 Buchstabe b wird vermutet, wenn die andere Partei der Rechtshandlung eine dem Schuldner nahestehende Partei war.
- (2) Wenn mehrere Personen einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gegen denselben Schuldner eingereicht haben, ist als Beginn der Vierjahresfrist nach Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe a der Zeitpunkt anzusehen, zu dem der erste zulässige Antrag eingereicht wurde.

Art. 8 regelt Vorgänge, bei denen der Schuldner vorsätzliche (oder gar in betrügerischer Absicht) eine Benachteiligung der Gläubigergemeinschaft herbeiführt. Sie sollen anfechtbar sein, sofern der Begünstigte die Benachteiligungsabsicht des Schuldners kannte oder hätte erkennen müssen. Zeitlich begrenzt wird die Anfechtung in diesen Konstellationen auf einen Zeitraum ab vier Jahre vor dem ältesten zulässigen Insolvenzantrag. Wie auch bei Art. 6 wird die Kenntnis des Anfechtungsgegners vermutet, wenn es sich um eine „nahestehende Person“ nach Art. 2 q) des Vorschlags handelt. Der Zeitraum der Kenntnisvermutung bei nahestehenden Personen geht über den im deutschen Recht (§ 133 Abs. 4 InsO) hinaus, der Gleichlauf mit dem Anfechtungszeitraum ist aber plausibel.

Auch die Vorgaben zur Vorsatzanfechtung sind sachgerecht. Die Beschränkung auf einen Anfechtungszeitraum von vier Jahren mag diskussionswürdig sein. Auch hier ist eine Erweiterung durch den nationalen Gesetzgeber nicht ausgeschlossen.

d) Kapitel 3 – Folgen von Anfechtungsklagen (Art. 9-12)

Das dritte Kapitel (Art. 9-12) enthält Regelungen zu den Rechtsfolgen von Anfechtungen bzw. der damit einhergehenden Nichtigkeit des anfechtbaren Vorgangs auf Basis der Möglichkeiten in Kapitel 2.

aa) Art. 9 – Allgemeine Folgen

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Forderungen, Rechte oder Pflichten, die sich aus nach Kapitel 2 dieses Titels für nichtig erklärten Rechtshandlungen ergeben, nicht geltend gemacht werden können, um aus der betreffenden Insolvenzmasse befriedigt zu werden.
- (2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Partei, die durch die für nichtig erklärte Rechtshandlung begünstigt wurde, verpflichtet ist, den durch die betreffende Rechtshandlung verursachten Nachteil für die Gläubiger zugunsten der betreffenden Insolvenzmasse vollständig auszugleichen.

Die Tatsache, dass die Bereicherung, die sich aus der für nichtig erklärten Rechtshandlung ergibt, im Vermögen der durch diese Rechtshandlung begünstigten Partei nicht mehr vorhanden ist („Entreicherung“), kann nur geltend gemacht werden, wenn diese Partei die Umstände, auf die die Anfechtungsklage gestützt ist, weder kannte noch hätte kennen müssen.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Verjährungsfrist für alle Forderungen, die sich aus der Rechtshandlung, die gegenüber der anderen Partei für nichtig erklärt werden kann, ergeben, drei Jahre ab dem Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beträgt.

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Anspruch auf einen vollständigen Ausgleich nach Absatz 2 Unterabsatz 1 an einen Gläubiger oder einen Dritten abgetreten werden kann.

(5) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Partei, die nach Absatz 2 Unterabsatz 1 verpflichtet wurde, einen Ausgleich zugunsten der Insolvenzmasse zu leisten, diese Verpflichtung nicht mit ihren Forderungen gegen die Insolvenzmasse aufrechnen kann.

(6) Dieser Artikel berührt nicht auf das allgemeine Zivil- und Handelsrecht gestützte Klagen auf Ersatz des Schadens, der Gläubigern durch eine Rechtshandlung entstanden ist, die für nichtig erklärt werden kann.

(11) Die wichtigste Folge der Nichtigerklärung einer Rechtshandlung im Anfechtungsverfahren ist die Verpflichtung des Begünstigten der für nichtig erklärten Rechtshandlung, den durch diese Rechtshandlung verursachten Schaden für die Insolvenzmasse auszugleichen. Der Ausgleich sollte gegebenenfalls Vergütungen und Zinsen im Einklang mit dem geltenden allgemeinen Zivilrecht umfassen. Der Ausgleich beinhaltet die Zahlung eines Betrags in Höhe des Wertes der empfangenen Leistung, wenn diese nicht in natura in die Insolvenzmasse zurückgeführt werden kann.

(43) Im Rahmen des vereinfachten Liquidationsverfahrens sollten Anfechtungsklagen nur von einem Gläubiger oder, sofern bestellt, vom Insolvenzverwalter erhoben werden. Die zuständige Behörde sollte, wenn sie darüber entscheidet, das vereinfachte Liquidationsverfahren zum Zweck der Durchführung eines Anfechtungsverfahrens in ein reguläres Insolvenzverfahren umzuwandeln, verschiedene Gesichtspunkte abwägen, darunter die voraussichtlichen Kosten, die Dauer und die Komplexität des Anfechtungsverfahrens, die Wahrscheinlichkeit der erfolgreichen Wiedererlangung von Vermögenswerten und die erwarteten Vorteile für alle Gläubiger.

Art. 9 verpflichtet den Anfechtungsgegner zur vollständigen Rückgewähr des anfechtbar erlangten Vorteils an die Insolvenzmasse bzw. zur Erbringung einer geschuldeten Leistung sofern der anfechtbare Vorgang in deren Unterlassung bestand. Eine Ausnahme kommt in Fällen der Entreicherung des Anfechtungsgegners in Betracht – allerdings nur wenn der Gegner die Anfechtbarkeit des Vorgangs weder kannte noch hätte erkennen können.

Die Verpflichtungen aus Anfechtungsansprüchen sollen nicht durch Aufrechnung mit Forderungen gegen die Insolvenzmasse erfüllbar sein. Die Mitgliedstaaten sollen zudem sicherstellen, dass die Anfechtungsfrist drei Jahre ab Insolvenzeröffnung beträgt.

Grundlegende Einwände gegen diese Rechtsfolgen und auch den zeitlichen Verjährungsrahmen bestehen nicht.

bb) Art. 10 – Folgen für die Partei, die durch die für nichtig erklärte Rechtshandlung begünstigt wurde

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass, sofern und soweit die Partei, die durch die für nichtig erklärte Rechtshandlung begünstigt wurde, den durch diese Rechtshandlung verursachten Nachteil zugunsten der Insolvenzmasse ausgleicht, Ansprüche dieser Partei, die durch die betreffende Rechtshandlung befriedigt wurden, wieder aufleben.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass jede Gegenleistung, die die Partei, die durch die für nichtig erklärte Rechtshandlung begünstigt wurde, nach der Leistung des Schuldners im Rahmen dieser Rechtshandlung oder im sofortigen Tausch gegen sie erbracht hat, aus der Insolvenzmasse erstattet wird, soweit die Gegenleistung in der Masse noch in einer Form vorhanden ist, die vom Rest der Insolvenzmasse unterschieden werden kann, oder die Insolvenzmasse noch durch ihren Wert bereichert ist.

In allen Fällen, die nicht unter Unterabsatz 1 fallen, kann die Partei, die durch die für nichtig erklärte Rechtshandlung begünstigt wurde, einen Anspruch auf Ersatz der Gegenleistung geltend machen. Für die Zwecke der Rangfolge der Forderungen im Insolvenzverfahren wird davon ausgegangen, dass dieser Anspruch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden ist.

Art. 10 regelt das Wiederaufleben von Ansprüchen aus einem über die Anfechtung rückabgewickelten Geschäft. Es wird klargestellt, dass die entsprechenden Forderungen des Anfechtungsgegners im gleichen Rang wie andere Forderungen aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung (Insolvenzforderungen) stehen und nicht privilegiert sind. Auch diese Vorgabe ist sachgerecht.

cc) Art. 11 – Haftung Dritter

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in Artikel 9 festgelegten Rechte gegenüber einem Erben oder sonstigen Gesamtrechtsnachfolger der Partei, die durch die für nichtig erklärte Rechtshandlung begünstigt wurde, wirksam sind.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in Artikel 9 festgelegten Rechte auch gegenüber Einzelrechtsnachfolgern der Partei, die durch die für nichtig erklärte Rechtshandlung begünstigt wurde, wirksam sind, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

a) der Rechtsnachfolger hat den Vermögenswert ohne Gegenleistung oder gegen eine offensichtlich nicht angemessene Gegenleistung erworben;

b) der Rechtsnachfolger kannte die Umstände, auf die die Anfechtungsklage gestützt ist, oder hätte sie kennen müssen.

Die Kenntnis nach Unterabsatz 1 Buchstabe b wird vermutet, wenn der Einzelrechtsnachfolger eine Partei ist, die der Partei, die durch die für nichtig erklärte Rechtshandlung begünstigt wurde, nahesteht.

Art. 11 bestimmt, dass die Wirkungen der Anfechtung nach Art. 9 auch umfassend für Erben oder Gesamtrechtsnachfolger des Anfechtungsgegners gelten. Im Fall der Einzelrechtsnachfolge soll dies indes nur dann gelten, wenn die entsprechenden Gegenstände unter Wert erworben wurden bzw. die Umstände der Anfechtbarkeit des Ausgangsvorgangs erkennbar waren.

dd) Art. 12 – Verhältnis zu anderen Rechtsakten

(1) Die Bestimmungen dieses Titels lassen die Artikel 17 und 18 der Richtlinie (EU) 2019/1023 unberührt.

(10) Neu- oder Zwischenfinanzierungen, die im Zuge eines Restrukturierungsversuchs bereitgestellt werden, auch im Laufe einer präventiven Restrukturierung gemäß Titel II der Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates, sollten in anschließenden Insolvenzverfahren geschützt werden. Folglich sollten Anfechtungsklagen wegen Bevorzugung, die Zahlungen an oder Besicherungen zugunsten der Anbieter dieser neuen Finanzierungen oder Zwischenfinanzierungen zum Gegenstand haben, nicht zulässig sein, wenn diese Zahlungen oder Besicherungen im Einklang mit den Forderungen der Anbieter geleistet werden. Diese Zahlungen oder Besicherungen sollten daher als Rechtshandlungen angesehen werden, die unmittelbar gegen eine angemessene Gegenleistung zugunsten der Insolvenzmasse vorgenommen werden.

Art. 12 stellt klar, dass die Privilegierung von „fresh money“ auf Basis der Richtlinie 2019/1023 (dort Art. 17 und 18) nicht über die Bestimmungen in diesem Vorschlag beeinträchtigt werden dürfen.

Wie bereits oben ausgeführt, sind in den Bestimmungen des Vorschlags keine Regelungen über die mögliche Rangfolge von Gläubigerrechten enthalten. Diese Weichenstellung soll offenbar weiterhin dem jeweiligen nationalen Gesetzgeber überlassen bleiben und wird somit

auch in Zukunft zu sehr unterschiedlichen Bewertungen von Vorgängen im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr führen. Bei weitreichendem Gebrauch von dieser Möglichkeit droht faktisch eine Aushöhlung der eigentlich wünschenswerten Mindeststandards. Dies insofern, als es auf nationaler Ebene dann in bestimmten Fällen an der Nachteiligkeit aus Sicht der Gläubigergemeinschaft fehlen wird.

Um tatsächlich ein einheitliches und für den Binnenmarkt förderliches Anfechtungsregime zu entwickeln, sollten Gläubigervorrechte äußerst restriktiv gehandhabt werden. Ansonsten bleibt es bei einer starken Fragmentierung auf Ebene der einzelnen Mitgliedsstaaten.

Gleiches gilt im Übrigen für den bereits in der Einleitung zu diesem Abschnitt erwähnten Verzicht auf eine verbindliche Mindestvorgabe zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit. Gerade im Bereich der Insolvenzanfechtung aber auch für viele weitere Fragestellungen im materiellen Insolvenzrecht wäre eine entsprechende Definition mehr als wünschenswert, um das Vertrauen im grenzüberschreitenden Handels- und Rechtsverkehr zu stärken und für ein harmonisiertes gemeinsames Verständnis zu sorgen.

3. Aufspürung von zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögenswerten (Titel III)

a) Kapitel 1 – Zugriff auf Bankkontoinformationen durch benannte Gerichte (Art. 13-16)

aa) Art. 13 – Benannte Gerichte

(1) Jeder Mitgliedstaat benennt aus dem Kreise seiner Gerichte, die für Sachen im Zusammenhang mit Restrukturierungs-, Insolvenz- oder Entschuldungsverfahren zuständig sind, die Gerichte, die befugt sind, auf sein nach Artikel 32a der Richtlinie (EU) 2015/849 eingerichtetes nationales zentrales Bankkontenregister zuzugreifen und Abfragen darin durchzuführen (im Folgenden „benannte Gerichte“).

(2) Jeder Mitgliedstaat teilt der Kommission bis zum [6 Monate nach Ablauf der Umsetzungsfrist] die von ihm benannten Gerichte mit und teilt der Kommission diesbezügliche Änderungen mit. Die Kommission veröffentlicht die Mitteilungen im Amtsblatt der Europäischen Union.

(16) Zur Wahrung des Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten und des Rechts auf Privatsphäre sollte der direkte und unverzügliche Zugang zu Bankkontenregistern nur den für Insolvenzverfahren zuständigen Gerichten gewährt werden, die von den Mitgliedstaaten zu diesem Zweck benannt wurden. Insolvenzverwaltern sollte daher nur der indirekte Zugriff auf die in den Bankkontenregistern gespeicherten Informationen im Wege eines Ersuchens um Zugriff und Abfrage an die benannten Gerichte in ihrem Mitgliedstaat gestattet sein.

bb) Art. 14 – Zugriff auf und Abfrage von Bankkontoinformationen durch benannte Gerichte

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die benannten Gerichte auf Antrag des in einem laufenden Insolvenzverfahren bestellten Insolvenzverwalters befugt sind, direkt und umgehend auf die in Artikel 32a Absatz 3 der Richtlinie (EU) 2015/849 aufgeführten Bankkontoinformationen zuzugreifen und sie abzufragen, wenn dies für die Ermittlung und Aufspürung von Vermögenswerten, die zur Insolvenzmasse des Schuldners in dem betreffenden Verfahren gehören, einschließlich solcher, die Gegenstand von Anfechtungsklagen sind, erforderlich ist.
- (2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die benannten Gerichte auf Antrag des in einem laufenden Insolvenzverfahren bestellten Insolvenzverwalters befugt sind, direkt und umgehend auf Bankkontoinformationen in anderen Mitgliedstaaten, die über die nach Artikel XX der Richtlinie (EU) YYYY/XX [OP: neue Geldwäscherichtlinie] eingerichtete zentrale Zugangsstelle für Bankkontenregister verfügbar sind, zuzugreifen und sie abzufragen, wenn dies für die Ermittlung und Aufspürung von Vermögenswerten, die zur Insolvenzmasse des Schuldners in dem betreffenden Verfahren gehören, einschließlich solcher, die Gegenstand von Anfechtungsklagen sind, erforderlich ist.
- (3) Die zusätzlichen Informationen, die die Mitgliedstaaten als wesentlich ansehen und nach Artikel 32a Absatz 4 der Richtlinie (EU) 2015/849 in die zentralen Bankkontenregister aufnehmen, dürfen für die benannten Gerichte nicht verfügbar und durchsuchbar sein.
- (4) Für die Zwecke der Absätze 1 und 2 werden der Zugriff und die Abfrage unter anderem auch dann als direkt und umgehend erachtet, wenn die nationalen Behörden, die die zentralen Bankkontenregister betreiben, die Bankkontoinformationen über einen automatisierten Mechanismus zügig den benannten Gerichten übermitteln, sofern kein zwischengeschaltetes Institut in die angeforderten Daten oder die zu übermittelnden Informationen eingreifen kann.

(15) Der zeitnahe direkte Zugriff auf zentrale Bankkontenregister oder Datenabrufsysteme ist für die Maximierung des Werts der Insolvenzmasse oft unabdingbar. Daher sollten Vorschriften festgelegt werden, die den benannten mitgliedstaatlichen Gerichten, die für die Insolvenzverfahren zuständig sind, direkten Zugang zu Informationen gewähren, die in zentralen Bankkontenregistern oder Datenabrufsystemen gespeichert sind. Wenn ein Mitgliedstaat Zugang zu Bankkontoinformationen über ein zentrales elektronisches Datenabrufsystem gewährt, sollte dieser Mitgliedstaat sicherstellen, dass die Behörde, die das Datenabrufsystem betreibt, die Suchergebnisse unverzüglich und ungefiltert den benannten Gerichten übermittelt.

(17) Die Richtlinie (EU) YYYY/XX des Europäischen Parlaments und des Rates [Amt für Veröffentlichungen: die Richtlinie, die die Richtlinie 2015/849 ersetzt] sieht vor, dass die zentralen auto-

matischen Mechanismen über die zentrale Zugangsstelle für Bankkontenregister miteinander vernetzt werden, die von der Kommission entwickelt und betrieben werden soll. In Anbetracht der zunehmenden Bedeutung von Insolvenzfällen mit grenzübergreifendem Bezug und der Bedeutung relevanter Finanzinformationen für die Zwecke der Maximierung des Wertes der Insolvenzmasse in Insolvenzverfahren sollten die benannten nationalen Gerichte, die für Insolvenzsachen zuständig sind, über die gemäß der Richtlinie (EU) YYYY/XX [Amt für Veröffentlichungen: die Richtlinie, die die Richtlinie 2015/849 ersetzt] eingerichtete zentrale Zugangsstelle für Bankkontenregister direkt auf die zentralen Bankkontenregister anderer Mitgliedstaaten zugreifen und diese abfragen können.

(18) Alle nach Maßgabe dieser Richtlinie erlangten personenbezogenen Daten sollten im Einklang mit den geltenden Datenschutzvorschriften nur dann von benannten Gerichten und Insolvenzverwaltern verarbeitet werden, wenn dies in laufenden Insolvenzverfahren für die Zwecke der Ermittlung und Aufspürung von Vermögenswerten, die zur Insolvenzmasse des Schuldners gehören, erforderlich und verhältnismäßig ist.

cc) Art. 15 – Voraussetzungen für Zugriff und Abfrage durch benannte Gerichte

- (1) Zugriffe auf und Abfragen von Bankkontoinformationen nach Artikel 14 werden nur im Einzelfall durchgeführt und sind dem innerhalb des jeweils benannten Gerichts eigens zur Wahrnehmung dieser Aufgaben bestellten und ermächtigten Personal vorbehalten.
- (2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass
 - a) das Personal der benannten Gerichte in Fragen der Vertraulichkeit und des Datenschutzes mit hohem professionellem Standard arbeitet, in Bezug auf seine Integrität hohen Maßstäben genügt und entsprechend qualifiziert ist;
 - b) technische und organisatorische Maßnahmen getroffen werden, um die Sicherheit der Daten für die Zwecke der Ausübung der Befugnis zum Zugriff auf und zur Abfrage von Bankkontoinformationen durch die benannten Gerichte gemäß Artikel 14 nach hohen technologischen Standards zu gewährleisten.

dd) Art. 16 – Kontrolle von Zugriff und Abfrage durch benannte Gerichte

- (1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Behörden, die die zentralen Bankkontenregister betreiben, sicherstellen, dass über jeden Zugriff auf und jede Abfrage von Bankkontoinformationen durch ein benanntes Gericht Protokoll geführt wird. Die Protokolle enthalten insbesondere folgende Angaben:
 - a) Aktenzeichen;
 - b) Datum und Uhrzeit der Suche oder Abfrage;
 - c) Art der für die Suche oder Abfrage verwendeten Daten;
 - d) eindeutige Kennung der Ergebnisse;
 - e) Name des benannten Gerichts, das Einsicht in das Register nimmt;

- f) eindeutige Benutzerkennung des Bediensteten des benannten Gerichts, der die Suche oder Abfrage durchgeführt hat, und gegebenenfalls des Richters, der die Suche oder Abfrage angeordnet hat, sowie nach Möglichkeit die eindeutige Benutzerkennung des Empfängers der Ergebnisse der Suche oder Abfrage.
- (2) Die Behörden, die die zentralen Bankkontenregister führen, überprüfen die in Absatz 1 genannten Protokolle regelmäßig.
- (3) Die in Absatz 1 genannten Protokolle werden ausschließlich zur Überwachung der Einhaltung dieser Richtlinie und der Verpflichtungen, die sich aus den geltenden Rechtsinstrumenten der Union zum Datenschutz ergeben, verwendet. Die Überwachung umfasst auch die Prüfung der Zulässigkeit eines Antrags und der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten sowie die Frage, ob die Integrität und Vertraulichkeit der personenbezogenen Daten gewährleistet ist. Die Protokolle werden durch geeignete Maßnahmen vor unbefugtem Zugriff geschützt und fünf Jahre nach ihrer Erstellung gelöscht, es sei denn, sie werden für laufende Kontrollverfahren benötigt.

Artikel 13 bis 16

Art.13 des Vorschlags fordert die Mitgliedstaaten auf, (Insolvenz)-Gerichten Zugang zu den aufgrund Art. 32a der Richtlinie 2015/849 errichteten nationalen Datenbank über Kontodaten und bei Banken gemieteten Schließfächern zu ermöglichen.

Art. 14 eröffnet dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit, über das Gericht Abfragen von Bankdaten zu initiieren. Gemäß Art. 2 a) handelt es sich bei einem „Insolvenzverwalter“ um einen von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde in Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren bestellten Verwalter. Auf seinen Antrag können auch Bankkontoinformationen abgefragt werden, die für die Geltendmachung von Anfechtungsklagen erforderlich sind (Art. 14 Abs. 2).

Art. 15 schreibt vor, dass die Abfragen nur anlassbezogen durchgeführt werden dürfen und innerhalb des Gerichts ausgewähltem Personal vorbehalten bleiben, um Missbrauch vorzubeugen. Art. 16 verpflichtet die nationalen Datenbanken, eingehende Anfragen elektronisch zu protokollieren. Aus Art. 1 Abs. 2 h) ergibt sich, dass die Regelungen für natürliche Personen nur gelten, soweit es sich um Unternehmer handelt.

Ein einfacher und unbürokratischer Zugang von Insolvenzverwaltern zu nationalen Datenbanken hinsichtlich Bankkontoinformationen ist zu begrüßen. Der Umweg über ein (Insolvenz-)Gericht ist angesichts des Zugriffs auf personenbezogene Daten angemessen und nicht zu beanstanden. Sehr zu begrüßen ist zudem die geplante Errichtung einer zentralen Zugangs-

stelle für Bankkontenregister, um Abfragen auf europäischer Ebene zu ermöglichen. Andernfalls müsste der Insolvenzverwalter in jedem Mitgliedstaat eine eigene Abfrage initiieren. Die Errichtung einer solchen Stelle soll im Rahmen einer geplanten neuen Richtlinie zur Bekämpfung der Geldwäsche über die zentrale Zugangsstelle der Bankkontenregister (BAR) zukünftig ermöglicht werden (siehe Art. 14 und 15 des Vorschlages der Kommission für die 6. Richtlinie zur Bekämpfung der Geldwäsche unter KOM/2021/423). Dies ist unbedingt zu empfehlen.

Die Regelungen sollten dahingehend erweitert werden, dass die zur Durchführung von Insolvenz- und Restrukturierungsverfahren zuständigen Gerichte oder Behörden im Rahmen ihrer Amtsermittlung und gerichtlich bestellte Insolvenzgutachter sowie vorläufige Insolvenzverwalter in Insolvenzantragsverfahren ein Antragsrecht nach Art. 14 haben.

Es besteht kein sachlicher Grund, die Regelungen der Art. 13-16 nicht auf alle natürliche Personen zu erstrecken. Auch bei Verbraucherinsolvenzverfahren können sich Bankguthaben und Vermögensgegenstände in anderen Mitgliedsstaaten befinden.

Sind die Ermittlungsmöglichkeiten in Verbraucherinsolvenzverfahren schlechter als in Insolvenzverfahren für unternehmerisch tätige Personen, wird ein Fehlanreiz gesetzt für Manipulationen hinsichtlich der Verfahrensart. Zumindest in Deutschland finden die Regelungen über Verbraucherinsolvenzverfahren unter bestimmten Voraussetzungen auch für ehemalige Unternehmer Anwendung, die zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung ihre unternehmerische Tätigkeit – sei es auch erst seit kurzem – eingestellt haben.

b) Kapitel 2 – Zugang der Insolvenzverwalter zu Angaben zum wirtschaftlichen Eigentümer (Art. 17)

Art. 17 – Zugang der Insolvenzverwalter zu Angaben zum wirtschaftlichen Eigentümer

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Insolvenzverwalter bei der Ermittlung und Aufspürung von Vermögenswerten, die für das Insolvenzverfahren, für das sie bestellt wurden, relevant sind, zeitnah Zugang zu den in Artikel 30 Absatz 5 Unterabsatz 2 und Artikel 31 Absatz 4 Unterabsatz 2 der Richtlinie (EU) 2015/849 genannten Informationen erhalten, die in den von den Mitgliedstaaten eingerichteten Registern wirtschaftlicher Eigentümer geführt werden und über das gemäß Artikel 30 Absatz 10 und Artikel 31 Absatz 9 der Richtlinie (EU) 2015/849 eingerichtete vernetzte System der Register wirtschaftlicher Eigentümer zugänglich sind.

(2) Wenn der Zugang der Insolvenzverwalter zu den Informationen gemäß Absatz 1 in laufenden Insolvenzverfahren für die Zwecke der Ermittlung und Aufspürung von Vermögenswerten, die zur Insolvenzmasse des Schuldners gehören, erforderlich ist, stellt er ein berechtigtes Interesse dar, beschränkt sich jedoch auf folgende Informationen:

- a) Name, Geburtsmonat, Geburtsjahr, Wohnsitzland und Staatsangehörigkeit des rechtmäßigen Eigentümers;
- b) Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses.

(13) Die Verbesserung der Möglichkeiten von Insolvenzverwaltern, zur Insolvenzmasse gehörende Vermögenswerte zu ermitteln und aufzuspüren, ist für die Maximierung des Wertes dieser Insolvenzmasse von wesentlicher Bedeutung. Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben können Insolvenzverwalter bereits jetzt auf Informationen zugreifen, die in öffentlichen Datenregistern hinterlegt sind, die teilweise im Rahmen des Unionsrechts eingerichtet wurden und auf europäischer Ebene miteinander vernetzt sind, wie z. B. das System zur Verknüpfung von Unternehmensregistern (BRIS), das System zur Vernetzung der Insolvenzregister (IRI) oder das Vernetzungssystem der Register wirtschaftlicher Eigentümer. Der Zugriff auf die in öffentlichen Datenbanken gespeicherten Informationen reicht jedoch häufig nicht aus, um bedeutende Vermögenswerte zu ermitteln und aufzuspüren, die zum Umfang der Insolvenzmasse gehören oder gehören sollten. Insolvenzverwalter stehen insbesondere vor praktischen Schwierigkeiten, wenn sie versuchen, auf im Ausland befindliche Vermögensregister zuzugreifen.

(14) Daher müssen Bestimmungen festgelegt werden, durch die sichergestellt wird, dass Insolvenzverwalter bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben in Insolvenzverfahren direkt oder indirekt Zugang zu Informationen haben können, die in nicht öffentlich zugänglichen Datenbanken gespeichert sind.

(19) Die Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates stellt sicher, dass Personen, die ein berechtigtes Interesse nachweisen können, im Einklang mit den Datenschutzvorschriften Zugang zu den Informationen über den wirtschaftlichen Eigentümer in Bezug auf Trusts und andere Arten von Rechtsvereinbarungen gewährt wird. Diesen Personen wird der Zugang zum Namen, Monat und Jahr der Geburt, dem Wohnsitzland und der Staatsangehörigkeit des wirtschaftlichen Eigentümers sowie Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses gewährt. Es ist von entscheidender Bedeutung, dass Insolvenzverwalter schnell und einfach auf diese Informationen zugreifen können, um ihre Aufgaben zur Aufspürung von Vermögenswerten im Rahmen laufender Insolvenzverfahren zu erfüllen. Es muss daher klargestellt werden, dass in einem solchen Fall der Zugang durch Insolvenzverwalter ein berechtigtes Interesse darstellt. Zugleich sollte der Umfang der Daten, auf die die Insolvenzverwalter direkt zugreifen können, nicht größer sein als der Umfang der Daten, auf die andere Parteien mit einem berechtigten Interesse zugreifen können.

Art. 17 des Vorschlags fordert die Mitgliedstaaten auf, dem Insolvenzverwalter direkt und ohne den Umweg über ein (Insolvenz-) Gericht Zugang zu Registern über wirtschaftliche Eigentümer zu verschaffen, welche dem Insolvenzverwalter die Identifizierung und Rückverfolgung von Vermögenswerten ermöglichen, die zur Insolvenzmasse gehören. Hierbei wird Bezug genommen auf Art. 30 (5) 2. Unterabsatz (Gesellschaften und sonstige juristische Personen) und Art. 31 (4) 2. Unterabsatz (Trusts o.ä.) der Richtlinie (EU) 2015/849. Ziel von Art. 17 ist es, dem Insolvenzverwalter den Zugriff auf Namen, den Monat und das Jahr der Geburt, das Land des Wohnsitzes und die Staatsangehörigkeit des wirtschaftlichen Eigentümers von

juristischen Personen einschließlich Art und Umfang der gehaltenen wirtschaftlichen Beteiligung zu ermöglichen. Art. 17 Abs. 2 des Vorschlags postuliert ein rechtliches Interesse i. S. d. Art. 31 (4) 2. Unterabsatz der Richtlinie (EU) 2015/849, sofern die benötigten Informationen auch bei einem Trust zur Ermittlung und zum Aufspüren von Vermögenswerten erforderlich sind, die zur Insolvenzmasse des Schuldners im laufenden Insolvenzverfahren gehören.

Die Informationen hinsichtlich der wirtschaftlichen Eigentümer von juristischen Personen sind bereits aufgrund Art. 30 (5) 2. Unterabsatz der Richtlinie (EU) 2015/849 der gesamten Öffentlichkeit zugänglich. Insofern dient Art. 17 lediglich der Klarstellung. Die wirtschaftlichen Berechtigten von Trusts und anderen Rechtsvereinbarungen wie bspw. „fiducie“ oder bestimmten Arten von Treuhand oder „fideicomiso“ sind hingegen lediglich bei einem berechtigten Interesse von den zuständigen nationalen Registern offenzulegen. Dieses berechnigte Interesse wird nun für die Zwecke der Ermittlung von Vermögensgegenständen der Insolvenzmasse gesetzlich festgeschrieben.

Die Regelungen sollten dahingehend erweitert werden, dass auch vorläufige Insolvenzverwalter und gerichtlich bestellte Insolvenzgutachter in Insolvenzantragsverfahren ein Einsichtsrecht nach Art. 17 besitzen. Weiter wäre auch eine eigenständige Abfrage durch die Insolvenzgerichte im Rahmen ihrer Amtsermittlung wünschenswert.

c) Kapitel 3 – Zugang der Insolvenzverwalter zu nationalen Vermögensregistern (Art. 18)

Art. 18 – Zugang der Insolvenzverwalter zu nationalen Vermögensregistern

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Insolvenzverwalter unabhängig davon, in welchem Mitgliedstaat sie bestellt wurden, rasch direkten Zugang zu den im Anhang aufgeführten nationalen Vermögensregistern, die in ihrem Hoheitsgebiet geführt werden, erhalten.
- (2) Bezüglich des Zugangs zu den im Anhang aufgeführten nationalen Vermögensregistern stellt jeder Mitgliedstaat sicher, dass in einem anderen Mitgliedstaat bestellte Insolvenzverwalter keinen Zugangsbedingungen unterliegen, die de jure oder de facto ungünstiger sind als die Bedingungen, die den in diesem Mitgliedstaat bestellten Insolvenzverwaltern gewährt werden.

(20) Um sicherzustellen, dass Vermögenswerte im Zusammenhang mit grenzübergreifenden Insolvenzverfahren effizient aufgespürt werden können, sollte den in einem Mitgliedstaat bestellten Insolvenzverwaltern rascher Zugang zu Vermögensregistern gewährt werden, auch wenn sich diese Register in einem anderen Mitgliedstaat befinden. Daher sollten für ausländische Insolvenzverwalter keine komplizierteren Zugangsbedingungen als für inländische Insolvenzverwalter gelten.

Art. 18 des Vorschlags fordert die Mitgliedstaaten auf, allen Insolvenzverwaltern unmittelbaren Zugriff auf nationale Vermögensregister zu ermöglichen. Die hierbei in Betracht kommenden nationalen Vermögensregister sind im Anhang zur Richtlinie aufgelistet. Es handelt sich u.a. um Grundbücher sowie Kfz-, Schiffs- und Luftfahrzeug-, Waffen-, Wertpapier, Testaments-, Patent- und Markenregisterregister sowie Register der Internetdomains. Aus Art. 1 Abs. 2 h) folgt, dass die Regelungen nur für unternehmerisch tätige natürliche Personen gelten sollen.

Ein schneller Zugriff auf Informationen über werthaltige Vermögensgegenstände wie Grundstücke, Kraftfahrzeuge, Schiffe und Luftfahrzeuge ist für die Ermittlung von Vermögensgegenständen der Insolvenzmasse – insbesondere falls sich diese in Drittstaaten befinden – von erheblicher praktischer Bedeutung. Der Vorschlag schließt hierbei möglichst viele nationale Vermögensregister ein.

Im Anhang zum Richtlinienvorschlag sollte unter Ziffer 6. klargestellt werden, dass zu den auskunftspflichtigen Wertpapierregistern auch die Verwahrer von e-Wertpapieren zählen.

Wünschenswert wäre weiter die Errichtung einer europäischen Datenbank/zentralen Zugangsstelle, um Abfragen auf europäischer Ebene zu ermöglichen. Andernfalls muss der Insolvenzverwalter in jedem Mitgliedstaat eine eigene Abfrage vornehmen. Der diesbezügliche Aufwand für Verwalter und Gerichte würde die Informationsgewinnung erschweren und stünde damit im Widerspruch zum Ziel der Regelungen.

Die Regelungen sollten dahingehend erweitert werden, dass auch vorläufige Insolvenzverwalter und gerichtlich bestellte Insolvenzgutachter in Insolvenzantragsverfahren ein Einsichtsrecht nach Art. 18 besitzen. Weiter wäre auch eine eigenständige Abfrage durch die Insolvenzgerichte im Rahmen ihrer Amtsermittlung wünschenswert.

Es besteht kein sachlicher Grund, die Regelungen des Art. 18 nicht auf alle natürlichen Personen auszuweiten. Auch bei Verbraucherinsolvenzverfahren können sich Vermögensgegenstände in anderen Mitgliedsstaaten befinden.

Im Rahmen von zwischenstaatlichen Vereinbarungen sollte die Europäische Kommission zudem auf die Erweiterung der Abfrage von Vermögensregistern auch auf Länder außerhalb der Europäischen Union, insbesondere Ländern des Schengen-Raumes wie bspw. Schweiz, Liechtenstein und Norwegen, hinwirken.

4. Pre-pack-Verfahren (Titel IV)

a) Kapitel 1 – Allgemeine Bestimmungen (Art. 19-21)

aa) Art. 19 – Pre-pack-Verfahren

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Pre-pack-Verfahren aus den folgenden zwei aufeinanderfolgenden Phasen besteht:
- a) Vorbereitungsphase, in der versucht wird, für das Unternehmen des Schuldners oder einen Teil davon einen geeigneten Käufer zu finden;
 - b) Liquidationsphase, in der der Verkauf des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon genehmigt und ausgeführt und der Erlös an die Gläubiger verteilt wird.
- (2) Die Pre-pack-Verfahren müssen die im vorliegenden Titel festgelegten Bedingungen erfüllen. Für alle übrigen Fragen, einschließlich der Rangfolge der Forderungen und der Regeln für die Verteilung des Erlöses, wenden die Mitgliedstaaten ihre nationalen Bestimmungen über Liquidationsverfahren an, sofern diese mit dem Unionsrecht, insbesondere mit den Bestimmungen des vorliegenden Titels, vereinbar sind.

(21) Im Zusammenhang mit der Liquidation bei Insolvenz sollten es die nationalen Insolvenzvorschriften ermöglichen, dass die Verwertung des Unternehmensvermögens durch den Verkauf des Unternehmens oder eines Teils davon als fortgeführtes Unternehmen erfolgt. Unter Verkauf als fortgeführtes Unternehmen ist in diesem Zusammenhang die Übertragung des Unternehmens, in Teilen oder als Ganzes, an einen Käufer in einer Weise zu verstehen, die es ermöglicht, dass das Unternehmen (oder ein Teil davon) als wirtschaftlich produktive Einheit weitergeführt wird. Der Verkauf als fortgeführtes Unternehmen sollte als das Gegenteil eines stückweisen Verkaufs der Vermögenswerte des Unternehmens (stückweise Liquidation) verstanden werden.

(22) Es wird allgemein davon ausgegangen, dass bei einer Liquidation durch den Verkauf des Unternehmens (oder eines Teils davon) als fortgeführtes Unternehmen ein höherer Wert erzielt werden kann als durch eine stückweise Liquidation. Zur Förderung von Verkäufen als fortgeführtes Unternehmen bei der Liquidation sollten die nationalen Insolvenzregelungen ein Pre-pack-Verfahren beinhalten, bei dem der in finanzieller Notlage befindliche Schuldner vor der förmlichen Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit der Unterstützung eines „Sachwalters“ nach möglichen interessierten Käufern sucht und den Verkauf des Unternehmens als fortgeführtes Unternehmen vorbereitet, damit das Vermögen zeitnah nach Eröffnung des förmlichen Insolvenzverfahrens verwertet werden kann. Das Pre-pack-Verfahren sollte zwei Phasen umfassen, nämlich eine Vorbereitungsphase und eine Liquidationsphase.

Die Einführung von PRE-PACK PROCEEDINGS (nachstehend „das PPP“) ergänzt die Variantenvielfalt im Sanierungsgeschehen um ein weiteres Verfahren, das auf den Verkauf als fortgeführtes Unternehmen ausgerichtet ist. Es versteht sich als Maßnahme im Zusammenhang mit der Krisenfrüherkennung und ist aus diesem Grund zu begrüßen.

An die Stelle unkoordinierter Notverkaufsszenarien im „Todeskampf“ gegen die Insolvenz soll ein gesetzlicher Rahmen für einen strukturierten (Unternehmens-) Verkaufsprozess treten, der der Krisensituation des Unternehmens dadurch gerecht wird, dass er (i) zum Gegenstand des Insolvenzverfahrens gemacht wird und (ii) ein vorbereitendes Verfahren eingeführt wird. Diese Verfahrensstruktur legt in Deutschland die Verortung im Eröffnungsverfahren der Insolvenzordnung (§§ 21 ff. InsO) nahe. Die Überführung in die Liquidationsphase stellt die Zäsur der Verfahrenseröffnung und die hiermit verbundene Umsetzungskompetenz dar. Dies kommt auch in Art. 23 zum Ausdruck, wonach während der Vorbereitungsphase Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen ausgesetzt werden können (vergleichbar mit § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO).

Die Integration des PPP in das Insolvenzverfahren muss aber sorgsam abgestimmt werden auf die schon nach geltendem deutschem Recht mögliche übertragende Sanierung zum Stichtag der Verfahrenseröffnung einerseits und die eigenverwaltende Planinsolvenz andererseits. Auch letztere muss nicht zwingend auf den Erhalt, sondern kann auch auf die Veränderung der Gesellschafterstruktur ausgerichtet sein. Die Einführung des PPP verlangt daher eine strengen Regeln folgende Abgrenzung der (insolvenzrechtlichen) Rahmenbedingungen für eine Unternehmensveräußerung.

Diese Abgrenzung muss ihren Ausgangspunkt in der Antragstellung beim Insolvenzgericht haben. Das PPP sollte – vergleichbar zum deutschen Schutzschirmverfahren (§ 270d InsO) – als besondere Spielart des Antragsverfahrens ausgestaltet werden. Jedenfalls in der Vorbereitungsphase, so Art. 22, soll der Schuldner die Kontrolle über das Unternehmen behalten. Während der Schutzschirm auf den Erhalt von Rechtsträger und (in der Regel) Gesellschafterstruktur zielt, zielt das PPP auf die Unternehmensveräußerung. Beide Verfahren sind in ihrer Umsetzung zeitlich auf den Eröffnungsstichtag ausgerichtet. Der Planvorlage beim Schutzschirm steht die Veräußerung beim PPP gegenüber.

bb) Art. 20 – Bezüge zu anderen Unionsrechtsakten

(1) Die Liquidationsphase nach Artikel 19 Absatz 1 ist als Insolvenzverfahren im Sinne von Artikel 2 Nummer 4 der Verordnung (EU) 2015/848 anzusehen. Die Sachwalter nach Artikel 22 können als Insolvenzverwalter im Sinne von Artikel 2 Nummer 5 der Verordnung (EU) 2015/848 angesehen werden.

(2) Für die Zwecke der Anwendung von Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates ist die Liquidationsphase als Konkurs- oder Insolvenzverfahren anzusehen, das mit dem

Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräußerers unter der Aufsicht einer zuständigen öffentlichen Stelle eröffnet wird.

cc) Art. 21 – Gerichtliche Zuständigkeit bei Pre-pack-Verfahren

Das für Pre-pack-Verfahren zuständige Gericht hat die ausschließliche Zuständigkeit für alle Fragen, die den Umfang und die Auswirkungen des Verkaufs des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon in Pre-pack-Verfahren auf Schulden und Verbindlichkeiten im Sinne des Artikels 28 betreffen.

(23) Für die effektive Verwaltung des Pre-pack-Verfahrens sollte das Gericht, das mit diesem Verfahren befasst ist, auch befugt sein, über Fragen zu entscheiden, die in engem Zusammenhang mit dem Pre-pack-Verkauf des Unternehmens oder eines Teils davon stehen.

Nach Art. 28 sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass der Käufer das Unternehmen des Schuldners oder den betreffenden Teil davon frei von Schulden und Verbindlichkeiten erwirbt, es sei denn, der Käufer erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden, die Schulden und Verbindlichkeiten des Unternehmens oder des betreffenden Teils davon zu tragen.

Die von Art. 21 begründete, umfassende und ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts würde demnach auch Fragen betreffen, die in den Mitgliedstaaten bisher von anderen Gerichten entschieden werden.

Dazu gehören in Deutschland etwa die Fragen eines Betriebsübergangs nach § 613 a BGB, die bisher auch beim Unternehmensverkauf in der Insolvenz von den deutschen Arbeitsgerichten entschieden werden obwohl sie Verbindlichkeiten des Unternehmenskäufers betreffen und in engem Zusammenhang mit dem Verkauf des Unternehmens oder eines Teils davon stehen.

Anders als in Art. 28 formuliert sind diese Verbindlichkeiten auch nicht davon abhängig, dass der Käufer ihrer Übernahme zustimmt. Sie sind vielmehr eine unmittelbare gesetzliche Folge des Betriebsübergangs, der auch dann angenommen werden kann, wenn lediglich die wichtigsten Assets des Unternehmens auf einen neuen Eigentümer übertragen werden.

Art. 20 (2) erklärt zwar ausdrücklich Art. 5 Absatz 1 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates in der Liquidationsphase eines PPP für anwendbar. Nach dieser Vorschrift gelten die in Artikel 3 und 4 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates formulierten Arbeitnehmerrechte nicht für Übergänge von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen, bei denen gegen den Veräußerer unter der Aufsicht einer zuständigen öffentlichen Stelle (worunter auch ein von einer zuständigen Behörde ermächtigter Insolvenzverwalter verstanden werden kann) ein Konkursverfahren oder ein entsprechendes Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräußerers eröffnet wurde.

Dieser Umstand bedeutet jedoch nicht, dass deutsche Arbeitnehmer beim Unternehmensverkauf in der Insolvenz bisher rechtlos gestellt sind. § 613 a BGB findet bei einer

Veräußerung eines Betriebs oder Betriebsteils durch den Insolvenzverwalter während des Insolvenzverfahrens grundsätzlich Anwendung. Die Bestandsschutzregelungen des § 613a BGB bleiben im Insolvenzverfahren uneingeschränkt anwendbar, die Haftungsanordnungen der Vorschrift jedoch nicht. Der Betriebserwerber haftet nach § 613 a nicht für solche Ansprüche, die im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits entstanden waren.

Im PPP wären demnach nicht die Arbeitsgerichte zuständig während sie außerhalb des PPP ihre Zuständigkeit behalten würden. Dies wäre kein Beitrag zur Effizienz des Verfahrens sondern nur ein weiterer Schritt zur Fragmentierung eines wichtigen Aspekts von Unternehmensverkäufen in der Insolvenz und eine Verkürzung von Arbeitnehmerrechten.

Die ausschließliche Zuständigkeit der für Pre-pack-Verfahren zuständigen Gerichte für alle Fragen, die den Umfang und die Auswirkungen des Verkaufs des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon in Pre-pack-Verfahren auf Schulden und Verbindlichkeiten im Sinne des Artikels 28 betreffen sollte ersatzlos gestrichen werden.

Die Einführung des (ebenso) eigenverwaltenden PPP darf auch nicht dazu führen, dass etablierte Instrumente wie etwa die deutsche (Plan-) Insolvenz in Eigenverwaltung ihre Akzeptanz und Marktdurchdringung verlieren noch dazu, dass die erhöhten – und in der Praxis angekommenen und akzeptierten – Anforderungen an die (Plan-) Insolvenz in Eigenverwaltung (§§ 270a ff. InsO) unterlaufen werden (können). Anlass für diese Sorge gibt insbesondere die im PPP mögliche Unternehmensveräußerung an nahestehende Personen, die der Richtlinienentwurf ausdrücklich vorsieht.

Noch viel stärker wird diese Sorge dadurch begründet, dass der Richtlinienentwurf konkrete Voraussetzungen für den Zugang zu einem PPP vermissen lässt. Er regelt nur das Verfahren während der Vorbereitungsphase und dass ein Antrag auf Bestellung eines Sachwalters gestellt werden muss (Art. 22 Abs. 1). Die Nähe zur Ausgestaltung des Antragsverfahrens als Eigenverwaltung legt eine Ausrichtung der Einleitungs- und Anordnungsvoraussetzungen an §§ 270a ff. InsO nahe.

b) Kapitel 2 – Vorbereitungsphase (Art. 22-24)

aa) Art. 22 – Sachwalter

(1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass das Gericht auf Antrag des Schuldners einen Sachwalter bestellt.

Mit der Bestellung des Sachwalters beginnt die in Artikel 19 Absatz 1 genannte Vorbereitungsphase.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Sachwalter

- a) jeden Schritt des Verkaufsprozesses dokumentiert und offenlegt;
- b) begründet, inwiefern der Verkaufsprozess als wettbewerbsbestimmt, transparent und fair angesehen werden kann und den Marktstandards entspricht;
- c) den Bieter mit dem besten Gebot gemäß Artikel 30 als Pre-pack-Käufer vorschlägt;
- d) angibt, ob das beste Gebot seiner Einschätzung nach keinen offensichtlichen Verstoß gegen das Kriterium des Gläubigerinteresses darstellt.

Der Sachwalter nimmt die in Unterabsatz 1 genannten Handlungen schriftlich vor und stellt sie allen an der Vorbereitungsphase beteiligten Parteien zeitnah in digitaler Form zur Verfügung.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Personen, die als Sachwalter bestellt werden, die beiden folgenden Bedingungen erfüllen:

- a) Sie erfüllen alle in dem Mitgliedstaat, in dem das Pre-pack-Verfahren eröffnet wird, für Insolvenzverwalter geltenden Zulassungskriterien.
- b) Sie können in der anschließenden Liquidationsphase tatsächlich als Insolvenzverwalter bestellt werden.

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Schuldner während der Vorbereitungsphase die Kontrolle über seine Vermögenswerte und den täglichen Betrieb des Unternehmens behält.

(5) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Vergütung des Sachwalters

- a) vom Schuldner geleistet wird, wenn keine Liquidationsphase folgt;
- b) als bevorrechtigter Verwaltungsaufwand aus der Insolvenzmasse geleistet wird, wenn eine Liquidationsphase folgt.

(24) Das Pre-pack-Verfahren sollte sicherstellen, dass der in der Vorbereitungsphase bestellte Sachwalter das beste im Laufe des Verkaufsverfahrens erzielte Gebot nur dann zur Genehmigung durch das Gericht vorschlagen kann, wenn er erklärt, dass nach seinem Dafürhalten bei einer stückweisen Liquidation kein Wert für die Gläubiger erzielt würde, der deutlich über dem Marktpreis läge, der für das Unternehmen (oder einen Teil davon) als fortgeführtes Unternehmen erzielt wird. Der Wert des fortgeführten Unternehmens ist in der Regel höher als der Wert bei stückweiser Liquidation, da er auf der Annahme beruht, dass das Unternehmen seine Tätigkeit mit der geringstmöglichen Störung fortsetzt, das Vertrauen der finanziellen Gläubiger, Aktionäre und Kunden genießt sowie weiter Einnahmen erwirtschaftet. Daher sollte die Erklärung des Sachwalters nicht in jedem Fall eine Bewertung erfordern. Es sollte ausreichen, dass der Sachwalter nach vernünftigem Ermessen zu dem Schluss kommt, dass der Verkaufspreis nicht wesentlich niedriger ist als der Erlös, der durch eine schrittweise Liquidation erzielt werden könnte. In Fällen, in denen das einzige vorliegende Gebot von einer Partei stammt, die dem Schuldner nahesteht, sollte jedoch eine eingehendere Prüfung durch den Sachwalter oder den Insolvenzverwalter verlangt werden. In diesen Fällen sollte der Sachwalter oder der Insolvenzverwalter das Gebot ablehnen, wenn es nicht das Kriterium des Gläubigerinteresses erfüllt.

Die Ausgestaltung des PPP als eigenverwaltendes Antragsverfahren grenzt das PPP ab von der in Deutschland seit vielen Jahren praktizierten („klassischen“) übertragenden Sanierung als Ergebnis eines Regelinsolvenzverfahrens. Auch in der übertragenden Sanierung ist bereits ab Antragstellung eine Eigenverwaltung möglich. Sie ist nicht nur der Grund für die bei Art. 23 beschriebenen hohen Anforderungen bei Antragstellung (§270a InsO), sondern auch für hohe Anforderungen an die Ausgestaltung des Verkaufsverfahrens und die Vorbereitung der gerichtlichen Bestätigungsentscheidung, die der Vorschlag ebenfalls für notwendig hält (Art. 26 Abs. 1).

Der Vorschlag formuliert in Art. 22 (1) zwar die Vorgabe, dass der Schuldner einen Antrag an das zuständige Gericht stellen muss, lässt dabei aber offen, welche Angaben in diesem Antrag gemacht werden müssen.

Diese Lücke bleibt unverständlich, weil nach Art. 22 (1) eine Vorbereitungsphase mit der Bestellung eines Sachwalters beginnen soll, der vergütet werden muss. Regelmäßig werden durch die Bearbeitung des Antrags auch Gerichtskosten entstehen. Art. 22 (5) regelt auch folgerichtig die Frage der Vergütung und macht den Schuldner für die Vergütung des Sachwalters verantwortlich, wenn keine Liquidationsphase folgt. Ein Nachweis für die Fähigkeit, Gerichts,- und Sachwalterkosten tragen zu können, wird jedoch vom Schuldner nicht eingefordert.

Daneben fehlt auch die Möglichkeit, den Zugang zur Vorbereitungsphase zu beschränken, wenn bereits im Vorfeld Zweifel daran bestehen, dass elementare Bedingungen für ein geordnetes Verfahren auf Seiten des Schuldners nicht vorliegen.

Art. 4 (2) der Richtlinie (EU) 2019/1023 formuliert dazu:

„Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass Schuldner, die wegen schwerwiegender Verstöße gegen die nach nationalem Recht bestehenden Rechnungslegungs- oder Buchführungspflichten verurteilt wurden, nur dann Zugang zu einem präventiven Restrukturierungsrahmen erhalten, wenn diese Schuldner geeignete Maßnahmen zur Behebung der Probleme, die zur Verurteilung geführt haben ergriffen haben, damit Gläubigern die Informationen zur Verfügung gestellt werden, die sie benötigen, um während der Restrukturierungsverhandlungen eine Entscheidung treffen zu können.“

Der Zugang zur Vorbereitungsphase des PPP sollte nach dem Vorbild von Art. 4 (2) der Richtlinie (EU) 2019/1023 vom Nachweis der Erfüllung nach nationalem Recht bestehender Rechnungslegungs- oder Buchführungspflichten sowie der Fähigkeit zur Tragung von Gerichts-, - und Sachwalterkosten für den Fall abhängig gemacht werden, dass sich an die Vorbereitungsphase keine Liquidationsphase anschließt.

Die Vorbereitungsphase soll nach Art. 20 (1) nicht als Insolvenzverfahren im Sinne von Artikel 2 Nr. 4 der Verordnung (EU) 2015/848, da diese Eigenschaft nur der Liquidationsphase zuge-

geschrieben wird. Während einer Vorbereitungsphase soll demnach eine national geregelte Antragspflicht des Schuldners nach der Vorgabe des Art. 36 grundsätzlich weiter bestehen bleiben. Der Schuldner kann nur unter den Bedingungen von Art. 7 der Richtlinie (EU) 2019/1023 eine temporäre Befreiung von dieser Pflicht erlangen.

Art. 7 (1) der Richtlinie (EU) 2019/1023 formuliert während einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen eine temporäre Befreiung von der Verpflichtung eines Schuldners, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen, das zur Liquidation des Schuldners führen könnte. Dieser Schutz wird in Art. 7(2) der Richtlinie (EU) 2019/1023 auf Gläubigeranträge ausgedehnt, die in dieser Zeit gestellt werden. Nach Art. 7 (3) der Richtlinie (EU) 2019/1023 sollen Mitgliedstaaten jedoch eine Ausnahme von diesen Befreiungen für den Fall erlassen können, dass ein Schuldner nicht in der Lage ist, seine fällig werdenden Schulden zu begleichen.

Beantragt der Schuldner für die Vorbereitungsphase auch die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen nach Art.23 müsste für die in Art. 6 (6) vorgegebene Zeit von vier Monaten (6) auch die Fähigkeit zur Begleichung aller in diesem Zeitraum fällig werdenden Schulden nachgewiesen werden.

Es ist deshalb kein wirklicher Grund erkennbar, warum das PPP nicht auch als Regelinsolvenzverfahren ausgestaltet werden kann, wenn (strenge) Eingangsvoraussetzungen nicht aus eigener Kraft erfüllbar sind und durch die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters untersetzt werden müssen. Insoweit ließe sich auch hier eine sinnvolle Parallelität zur Ausgestaltung des deutschen Antragsverfahrens in der Spielart des Schutzschirmverfahrens oder als klassisches Regelverfahren herstellen, in dem gleichwohl ein Insolvenzplan vorbereitet werden kann.

Da der Vorschlag keine zeitliche Begrenzung für eine Vorbereitungsphase enthält, solle es den Mitgliedstaaten ermöglicht werden, solche zeitlichen Begrenzungen in Anlehnung an bereits bestehende Regelungen (vgl. § 270 d Abs.1 Satz2 InsO) einzuführen. Zudem sollte die Vorbereitungsphase auch als Teil eines Insolvenzverfahrens im Sinne von Art. 2 Nummer 4 der Verordnung (EU) 2015/848 ausgestaltet werden können.

Zentral in diesem Zusammenhang ist die Bestellung eines so genannten „Monitors“ (Art. 22 Abs. 1), der in der deutschen Übersetzung schlicht als „Sachwalter“ bezeichnet wird. An diesen werden die gleichen Anforderungen gestellt, die für den vorläufigen Sachwalter / vorläufigen Insolvenzverwalter gelten (Art. 22 Abs. 3). Folgerichtig zur Integration des PPP in das eigenverwaltende Antragsverfahren sollte die Aufgabe des „Monitors“ deshalb vom vorläufigen Sachwalter übernommen werden können.

Mit dieser Prozesssteuerung sollten Regelungen einhergehen, die auf die Einräumung eines Zustimmungsvorbehalts zugunsten des Sachwalters zielen bei „Rechtsgeschäften, die nicht dem gewöhnlichen Geschäftsbetrieb zuzuordnen sind.“

Das Verhältnis zwischen Vertraulichkeit auf der einen und Fairness und Transparenz auf der anderen Seite wird noch auszuloten sein. Die (internationale) Anerkennung des Verfahrens wird eine öffentliche Bekanntmachung erfordern.

bb) Art. 23 – Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Schuldner, wenn er sich in einer Situation befindet, in der eine Insolvenz wahrscheinlich ist, oder wenn er nach nationalem Recht zahlungsunfähig ist, während der Vorbereitungsphase die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen nach den Artikeln 6 und 7 der Richtlinie (EU) 2019/1023 in Anspruch nehmen kann, sofern dies die reibungslose und wirksame Durchführung des Pre-pack-Verfahrens erleichtert. Vor der Entscheidung über die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen wird der Sachwalter angehört.

Wie auch das deutsche Schutzschirmverfahren wird das PPP als eigenverwaltendes Verfahren besonderen Anordnungsvoraussetzungen unterliegen müssen. Die Richtlinie verhält sich hierzu nur spärlich, z.B. gemäß Art. 23 als Situation, „in der eine Insolvenz wahrscheinlich ist, oder wenn er nach nationalem Recht zahlungsunfähig ist“. Näheres überlässt sie dem nationalen Recht.

Durch den frühen zeitlichen Ansatzpunkt einer wahrscheinlichen Insolvenz, die fortbestehende Kontrolle des Schuldners über seine Vermögenswerte nach Art. 22 (4) und die schon in der Vorbereitungsphase mögliche Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen rückt das PPP in die Nähe eines Restrukturierungsverfahrens nach den Art. 4 ff. der Richtlinie (EU) 2019/1023.

Es präsentiert sich dabei jedoch nicht lediglich als Alternative, sondern vielmehr auch als Umgehungsmöglichkeit für die im Restrukturierungsverfahren besonders geschützten Rechte der Arbeitnehmer (vgl. Art. 1 (5), und Art. 13 der Richtlinie (EU) 2019/1023) und der besonders geschützten Ansprüche auf eine betriebliche Altersversorgung (vgl. Art. 1 (6) der Richtlinie (EU) 2019/1023). Diese, im Restrukturierungsverfahren regelmäßig geschützten Rechte (vgl. etwa die deutsche Umsetzung in § 4 StaRUG) und Ansprüche werden im PPP nicht besonders geschützt. Lediglich Art. 6 (5) der Richtlinie (EU) 2019/1023, der einen besonderen Schutz der Arbeitnehmer bei der Aussetzung von Einzelvollstreckungen vorsieht, wird in Art. 23 in Bezug genommen und damit für anwendbar erklärt.

Auch der im Restrukturierungsverfahren durch Nachweis -und Berichtspflichten des Schuldners besonders ausgeprägte Schutz der Gläubiger (vgl. Art. 4 und Art. 8 der Richtlinie (EU) 2019/1023) wird im PPP deutlich reduziert. Hier soll offenbar der Sachwalter durch die Vorgaben des Art. 22 (2) den Schutz der Gläubiger sicherstellen. Weitergehende Nachweis -und

Berichtspflichten des Schuldners sind nur dann möglich, wenn und soweit die Mitgliedstaaten von ihren diesbezüglichen Gestaltungsrechten nach Art. 19 (2) Gebrauch machen.

Von diesem Gestaltungsspielraum würde der deutsche Gesetzgeber voraussichtlich durch eine Orientierung an den strengen Anordnungsvoraussetzungen für die Eigenverwaltung (vgl. §§ 270 ff. InsO) Gebrauch machen.

Diese Orientierung würde bedeuten, dass zusätzlich

- o Ein Finanzplan für die Dauer des Vorbereitungs- und Liquidationsverfahren bis zum Vollzug der Unternehmensveräußerung,
- o ein Konzept für die Durchführung des Verkaufsprozesses, der den Grundprinzipien der Transparenz genügt,
- o ein Leitbild einer Transaktionsstruktur und
- o Maßnahmen zur Sicherstellung der Transaktionsfähigkeit sowie
- o Auswirkungen der Unternehmensveräußerung für die gesicherten und ungesicherten Gläubiger in Gegenüberstellungen zu den Auswirkungen bei Liquidation oder bei Sanierungsalternativen, sofern das Unternehmen nicht unverkäuflich ist (§ 220 Abs. 2 Satz 3 InsO) durch den Schuldner dokumentiert und vorgelegt werden müssten.

Andere Mitgliedstaaten haben hier abweichende und teilweise weniger anspruchsvolle Vorgaben. Dieser Umstand setzt die Fragmentierung nationaler Insolvenzordnungen weiter fort, anstatt sie zu reduzieren. Er könnte auch in der Folge zu den von der Kommission in der Begründung des Vorschlags (Seite 8) angesprochenen und beklagten Anreizen für ein missbräuchliches Forum Shopping durch Interessenträger führen.

Rechtlich bedenklich erscheint der pauschale Verweis durch Art. 23 auf die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen nach den Artikeln 6 und 7 der Richtlinie (EU) 2019/1023 wegen der damit in Bezug genommenen Verkürzung von Gläubigerrechten durch Art. 7 der Richtlinie (EU) 2019/1023.

Der dort in Art. 7 unter (2) geregelte Aufschub eines auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger hin zu eröffnenden Verfahrens, das zur Liquidation des Schuldners führen kann, macht im PPP keinen Sinn, weil dieses Verfahren die Liquidation zum Ziel hat.

Auch die in Art. 7 (4) und (5) der Richtlinie (EU) 2019/1023 geregelten Einschränkungen von Gläubigerrechten bei der Gestaltung bestehender Verträge, die in einer Restrukturierung einen Liquidationszwang verhindern sollen, sind teilweise unklar und deshalb rechtlich problematisch.

Nach Art. 7 (5) der Richtlinie (EU) 2019/1023 soll eine Kündigung durch Gläubiger auch ausgeschlossen sein, a) wegen eines Antrags auf Eröffnung eines präventiven Restrukturierungsverfahrens, b) wegen eines Antrags auf Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen, c)

wegen der Eröffnung eines präventiven Restrukturierungsverfahrens oder d) wegen der Gewährung einer als solcher.

Es bleibt unklar, ob dieser klare Bezug auf Restrukturierungsverfahren nun durch den Verweis in Art.23 auf ein PPP erweitert werden soll.

Sog. Lösungsklauseln werden auch in Deutschland durch die Rechtsprechung des BGH eingeschränkt (zuletzt IX ZR 213/21 v. 27. 10.2022). Eine Unwirksamkeit kann nach dieser Rechtsprechung nur festgestellt werden „wenn der insolvenzabhängige Umstand für sich allein die Lösung vom Vertrag ermöglicht und die Lösungsklausel in Voraussetzungen oder Rechtsfolgen von gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten abweicht, ohne dass für diese Abweichungen bei objektiver Betrachtung ex ante zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf der Grundlage der wechselseitigen Interessen der Parteien berechtigte Gründe bestehen“.

Der BGH führt weiter aus: „Solche berechtigten Gründe können sich bei insolvenzabhängigen Lösungsklauseln allgemein aus einer insolvenzrechtlich gerechtfertigten Zielsetzung oder zugunsten eines Sach- oder Dienstleistungsgläubigers ergeben. Hingegen ist eine insolvenzabhängige Lösungsklausel zugunsten eines Geldleistungsgläubigers regelmäßig unwirksam.“

Unterstellt man, dass eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen im Rahmen des PPP auch die weiteren, in Art. 7 der Richtlinie (EU) 2019/1023 formulierten Wirkungen haben soll, ergeben sich bedeutende rechtliche Fragen.

Die in Art. 7 (4) formulierten Einschränkungen der Gestaltungsrechte von Gläubigern schränken auch solche Rechte ein, die nicht auf einer Lösungsklausel für den Insolvenzfall beruhen. Art. 7 (4) der Richtlinie (EU) 2019/1023 soll diejenigen Gläubiger, für die die Aussetzung gilt, außerdem aber daran hindern, in Bezug auf vor der Aussetzung entstandene Schulden und allein aufgrund der Tatsache, dass die Schulden vom Schuldner nicht zurückgezahlt wurden, Leistungen aus wesentlichen noch zu erfüllenden Verträgen zu verweigern, diese Verträge zu kündigen, vorzeitig fällig zu stellen oder in sonstiger Weise zum Nachteil des Schuldners zu ändern.

Diese Einschränkung weist über die oben geschilderte Rechtsprechung des BGH hinaus, weil sie Fälle erfasst, in denen nicht der insolvenzabhängige Umstand (also die Stellung eines Insolvenzantrags oder die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens) für sich allein die Lösung vom Vertrag ermöglicht (vgl. BGH a.a.O. Rz.18).

Der deutsche Gesetzgeber hat aus gutem Grund (vgl. BGH a.a.O.Rz.35 ff.) auf eine so weitgehende Regelung verzichtet, um der Privatautonomie hier mehr Raum zu geben. Ähnlich wie bei Art. 27 (s. dort) stößt der Vorschlag auch hier auf grundlegende Bedenken, weil er nicht nach bestimmten Verträgen differenziert.

Eine Fortsetzungspflicht in der Insolvenz gibt es auch in §§ 108 ff. InsO für Miet- und Pachtverträge. Dort lässt sie sich durch die existentielle Bedeutung solcher Miet- und Pachtverhältnisse für das insolvente Unternehmen begründen.

Art. 23 spricht jedoch davon, dass eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen und damit die Wirkungen nach Art. 7 (4) der Richtlinie (EU) 2019/1023 bereits dann in Anspruch genommen werden können, sofern dies die reibungslose und wirksame Durchführung des PPP erleichtert.

Art. 7 (4) schränkt dies zwar weiter auf noch zu erfüllende Verträge ein, die für die Weiterführung des täglichen Betriebs des Unternehmens erforderlich sind (sog. wesentliche Verträge). Er geht damit aber über die engen Grenzen der deutschen Regelung deutlich hinaus.

Auch die Ausnahmeklausel des Art. 7 (4) Unterabsatz 2, die nationale Schutzvorkehrungen zur Wahrung der Angemessenheit vorsieht, kann diesen Umstand nicht verbessern. Sie ist als Ausnahmeregelung angelegt und damit eng auszulegen. In dieser Funktion soll sie nur unangemessene Beeinträchtigungen verhindern, nicht aber jede Beeinträchtigung ausschließen. Das außerordentliche Kündigungsrecht von Arbeitnehmern nach § 113 InsO, das nicht auf die Unangemessenheit der Beeinträchtigung abstellt, wäre deshalb wohl nicht als nationale Schutzvorkehrung anzusprechen.

Wie das Beispiel der §§ 108 ff. InsO zeigt, existieren Ausnahmen im Recht der Mitgliedstaaten, die solche Beeinträchtigungen zulassen. Sie sind jedoch geprägt von nationalen Rechtssystemen und führen im Widerspruch zu den Zielen des Vorschlags zu einer Fragmentierung der Rechtsfolgen und zu einer Unvorhersehbarkeit der Ergebnisse.

cc) Art. 24 – Für den Verkaufsprozess geltende Grundsätze

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der im Rahmen der Vorbereitungsphase durchgeführte Verkaufsprozess wettbewerbsbestimmt, transparent und fair ist und den Marktstandards entspricht.
- (2) Geht im Rahmen des Verkaufsprozesses nur ein einziges verbindliches Angebot ein, so gilt dieses als das dem Marktpreis des Unternehmens entsprechende Angebot.
- (3) Die Mitgliedstaaten können von Absatz 1 nur abweichen, wenn das Gericht in der Liquidationsphase nach Artikel 26 eine öffentliche Auktion durchführt. In diesem Fall findet Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe b keine Anwendung.

(25) Um zu gewährleisten, dass das Unternehmen im Zuge des Pre-pack-Verfahrens zum besten Marktwert verkauft wird, sollten die Mitgliedstaaten entweder hohe Standards in Bezug auf Wettbewerbsorientiertheit, Transparenz und Fairness des in der Vorbereitungsphase durchgeführten Verkaufsprozesses sicherstellen oder vorsehen, dass das Gericht nach Eröffnung der Liquidationsphase des Verfahrens eine schnelle öffentliche Auktion durchführt.

(26) Entscheidet sich ein Mitgliedstaat dafür, in der Vorbereitungsphase hohe Standards zu verlangen, sollte der Sachwalter (der anschließend als Insolvenzverwalter in der Liquidationsphase bestellt wird) dafür verantwortlich sein, sicherzustellen, dass der Verkaufsprozess vom Wettbewerb bestimmt, transparent und fair ist und den Marktstandards entspricht. Die Einhaltung von Marktstandards sollte in diesem Zusammenhang erfordern, dass das Verfahren mit den normalen Vorschriften und der üblichen Praxis in Bezug auf Zusammenschlüsse und Übernahmen in dem betreffenden Mitgliedstaat vereinbar ist, was unter anderem beinhaltet, potenziell interessierte

Parteien zur Teilnahme am Verkaufsprozess einzuladen, an potenzielle Käufer die gleichen Informationen weiterzugeben, interessierten Käufern die Ausübung der Sorgfaltspflicht zu ermöglichen und die Gebote der interessierten Parteien im Wege eines strukturierten Prozesses einzuholen.

Im Rahmen des Art. 24 (2) bleibt unklar, wie ein Verkaufsprozess, der nur ein einziges Angebot hervorbringt, nach der Vorgabe in Art. 24 (1) vom Wettbewerb bestimmt sein soll. Ein Wettbewerb hat in diesem Fall nicht stattgefunden und die theoretische Möglichkeit eines Wettbewerbs soll nach dem Wortlaut des Art. 24 (1) nicht ausreichen.

Die von ErwG. 26 eingeforderte Verantwortung des Sachwalters für Defizite des Verkaufsprozesses darf jedenfalls im Fall des Art. 24 (2) nicht zu seiner Haftung für den fehlenden Wettbewerb führen. Dies sollte in Art. 24 (2) klargestellt werden.

c) Kapitel 3 – Liquidationsphase (Art. 25-29)

aa) Art. 25 – Bestellung des Insolvenzverwalters

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Gericht bei Eröffnung der Liquidationsphase den in Artikel 22 genannten Sachwalter als Insolvenzverwalter bestellt.

bb) Art. 26 – Genehmigung des Verkaufs des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Gericht bei Eröffnung der Liquidationsphase den Verkauf des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon an den vom Sachwalter vorgeschlagenen Käufer genehmigt, sofern in seiner Stellungnahme bestätigt wird, dass der während der Vorbereitungsphase durchgeführte Verkaufsprozess den Anforderungen des Artikels 22 Absätze 2 und 3 sowie des Artikels 24 Absätze 1 und 2 genügt. Das Gericht genehmigt den Verkauf nicht, wenn die Anforderungen des Artikels 22 Absätze 2 und 3 oder des Artikels 24 Absätze 1 und 2 nicht erfüllt werden. In letzterem Fall stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass das Gericht das Insolvenzverfahren weiterführt.

(2) Wenden die Mitgliedstaaten Artikel 24 Absatz 3 an, muss die dort genannte öffentliche Auktion innerhalb von zwei Wochen nach Eröffnung der Liquidationsphase eingeleitet werden und darf nicht länger als vier Wochen dauern. Bei der öffentlichen Auktion wird das vom Sachwalter ausgewählte Angebot als erstes Gebot zugrunde gelegt. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die dem Erstbieter in der Vorbereitungsphase gewährten Schutzmaßnahmen, wie Aufwandserstattungen oder Strafbzahlungen, angemessen und verhältnismäßig sind und potenziell interessierte Parteien nicht davon abhalten, in der Liquidationsphase ein Gebot abzugeben.

(27) Entscheidet sich ein Mitgliedstaat dafür, vorzusehen, dass das Gericht nach Eröffnung der Liquidationsphase eine öffentliche Auktion durchführt, sollte das vom Sachwalter im Zuge der Vorbereitungsphase ausgewählte Gebot bei der Auktion als erstes Gebot („Stalking-Horse-Gebot“) zugrunde gelegt werden. Der Schuldner sollte dem „Stalking-Horse-Bieter“ Anreize bieten können, indem er insbesondere Aufwandserstattungen oder Strafzahlungen für den Fall vereinbart, dass im Wege der öffentlichen Auktion ein besseres Gebot ausgewählt wird. Die Mitgliedstaaten sollten jedoch sicherstellen, dass solche Anreize, die die Schuldner den „Stalking-Horse-Bietern“ während der Vorbereitungsphase bieten, angemessen sind und andere potenziell interessierte Bieter nicht von der Teilnahme an der öffentlichen Auktion in der Liquidationsphase abhalten.

Mit dem Verweis auf Art. 24 (2) ist entgegen dem Wortlaut von Art. 26 (1) keine Anforderung an das Verfahren verbunden. Art. 24 (2) enthält eine Vermutungsregel, die sich lediglich auf das Ergebnis des Verkaufsprozesses und nicht auf seine Durchführung bezieht.

Nach Art. 26 (1) Satz 2 soll das Gericht das Insolvenzverfahren außerhalb eines PPP weiterführen, wenn der im Rahmen der Vorbereitungsphase nach Art. 24 (1) durchgeführte Verkaufsprozess nicht wettbewerbsbestimmt, transparent und fair war und den Marktstandards nicht entsprach. Die dazu notwendigen Informationen soll nach Art. 22 (2) b) der Sachwalter übermitteln, der dazu nach Art. 22 (2) a) jeden Schritt des Verkaufsprozesses schriftlich (die Verweisung auf Art. 22 (1) in Art. 22 (2) Satz 2 ist offenbar als Verweisung auf Art. 22 (2) gemeint) dokumentieren und offenlegen soll.

Da der Schuldner nach Art. 22 (4) während der Vorbereitungsphase die Kontrolle über seine Vermögenswerte und den täglichen Betrieb des Unternehmens behält und den Sachwalter offenbar durch sein Antragsrecht nach Art. 22 (1) selbst bestimmen können soll, solange der von ihm bestimmte Sachwalter die in Art. 22 (3) formulierten Voraussetzung erfüllt, stellt sich schon an dieser Stelle die Frage, wie der vom Schuldner bestimmte Sachwalter während der Vorbereitungsphase sicherstellen soll, dass er alle notwendigen Informationen vom Schuldner erhält.

Wenn sich ein Mitgliedstaat, der in ErwG. 26 angesprochenen Möglichkeit folgend, dafür entscheidet, in der Vorbereitungsphase hohe Standards i. S. d. ErwG. 25 zu verlangen, soll der Sachwalter selbst für die Einhaltung der Marktstandards verantwortlich sein. Er kann dies regelmäßig aber nur dann leisten, wenn er dabei durch den Schuldner unterstützt wird. Der Vorschlag lässt jedoch genau diesen Punkt offen und bleibt damit weit hinter den Notwendigkeiten eines wirksamen Gläubigerschutzes zurück.

Die Prüfungsdichte des Gerichts erscheint noch klärungsbedürftig. Einerseits soll die Gerichtsprüfung die Realisierung des Unternehmensverkaufs nicht über Gebühr verzögern. Auf der anderen Seite darf das Kriterium des Gläubigerinteresses nicht aus dem Blick geraten. Die

Gerichtsbestätigung (Stichwort Rechtskraft) bietet die Möglichkeit, den Unternehmensverkauf rechtssicher zu gestalten. Die starken Wirkungen der Rechtskraft, die im Fall des PPP sowohl das Freiwerden von Verbindlichkeiten (Art. 28) als auch die Vertragsübernahme (Art. 27) zur Folge hätte, ist jedoch nur zu legitimieren, wenn den Gläubigern ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden.

cc) Art. 27 – Abtretung oder Kündigung noch zu erfüllender Verträge

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass dem Käufer des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon die noch zu erfüllenden Verträge abgetreten werden, die für die Weiterführung der Geschäftstätigkeit des Schuldners erforderlich sind und deren Aussetzung die Geschäftstätigkeit zum Erliegen brächte. Die Zustimmung der Gegenpartei(en) des Schuldners ist für die Abtretung nicht erforderlich.

Unterabsatz 1 findet keine Anwendung, wenn der Käufer des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon ein Wettbewerber der Gegenpartei(en) des Schuldners ist.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Gericht beschließen kann, noch zu erfüllende Verträge gemäß Absatz 1 Unterabsatz 1 zu kündigen, sofern eine der folgenden Bedingungen erfüllt ist:

a) Die Kündigung liegt im Interesse des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon.

b) Der noch zu erfüllende Vertrag umfasst Gemeinwohlverpflichtungen, bei denen die Gegenpartei eine Behörde ist, und der Käufer des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon erfüllt nicht die technischen oder rechtlichen Voraussetzungen zur Erbringung der in diesem Vertrag vorgesehenen Leistungen.

Unterabsatz 1 Buchstabe a gilt nicht für noch zu erfüllende Verträge in Bezug auf Lizenzen für Rechte an geistigem oder gewerblichem Eigentum.

(3) Auf die Abtretung oder die Kündigung noch zu erfüllender Verträge ist das Recht des Mitgliedstaats anzuwenden, in dem die Liquidationsphase eröffnet wurde.

(28) Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens sollte nicht zur vorzeitigen Kündigung von Verträgen führen, nach denen die Parteien noch Erfüllungspflichten haben (noch zu erfüllende Verträge), die für die Fortführung des Geschäftsbetriebs notwendig sind. Eine solche Kündigung würde den Wert des Unternehmens oder eines Teils davon, das bzw. der im Wege des Pre-pack-Verfahrens verkauft werden soll, in unangemessener Weise gefährden. Daher sollte sichergestellt werden, dass diese Verträge auch ohne Zustimmung der Gegenpartei des Schuldners zu diesen Verträgen auf den Käufer des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon übertragen werden. Gleichwohl gibt es Fälle, in denen die Abtretung der noch zu erfüllenden Verträge nach vernünftigem Ermessen nicht erwartet werden kann, wie etwa dann, wenn der Käufer ein Wettbewerber der Vertragsgegenpartei ist. Ebenso kann das Gericht bei einer individuellen Beurteilung eines noch zu erfüllenden Vertrags zu dem Schluss kommen, dass seine Kündigung den Interessen

des Unternehmens des Schuldners besser dienen würde als seine Abtretung, etwa wenn die Abtretung des Vertrags zu einer unverhältnismäßigen Belastung für das Unternehmen führen würde. Dem Gericht sollte jedoch nicht gestattet sein, laufende Verträge in Bezug auf Lizenzen für Rechte an geistigem und gewerblichem Eigentum zu kündigen, da diese normalerweise Schlüsselkomponenten der Geschäftstätigkeit des verkauften Unternehmens sind.

Art. 27 (1) verpflichtet die zur Fortführung des Betriebs notwendigen Vertragspartner zur Aufrechterhaltung ihrer Vertragsbeziehung auch mit dem Käufer. Ausnahmen hiervon sollen nach Art. 27 (2) nur möglich sein, wenn das Gericht zustimmt oder wenn der Käufer bestimmte Voraussetzungen für die Fortführung von Vertragsbeziehungen mit staatlichen Partnern nicht erfüllt.

Die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Art. 27 wird verfassungsrechtliche Probleme in Mitgliedstaaten aufwerfen, in denen die Vertragsfreiheit (wie in Deutschland über Art. 2 GG) zu den Grundrechten zählt.

Anders als in Art. 7 (4) und (5) der Richtlinie (EU) 2019/1023, die erkennbar als Vorbild der hier vorgeschlagenen Vertragskonservierung gedient haben, wird dieser Eingriff in die Privatautonomie auch nicht unter das Primat der Angemessenheit (vgl. dort Art. 7 (4) Unterabsatz 2) gestellt. Dies überrascht, weil die in Art. 27 (1) vorgeschlagene Regelung wesentlich tiefer in die Privatautonomie der Vertragspartner eingreift. Sie bindet die Vertragspartner an einen Käufer, den sie sich regelmäßig nicht selbst als neue Vertragspartei ausgesucht haben.

Ihre Abwehrrechte als Gläubiger werden dazu ebenfalls stark eingeschränkt.

Um den Verkaufserfolg nicht durch Einsprüche individueller Gläubiger zu gefährden, sollen solche Einsprüche nach Art. 29 keine aufschiebende Wirkung entfalten können, solange der Gläubiger keine Sicherheit für einen potentiellen Verzögerungsschaden leistet. Art. 32, der die Notwendigkeit einer Information festlegt, wenn nahe Angehörige als Käufer auftreten, erwähnt die Gläubiger nicht, sondern erstreckt diese Informationspflicht in Abs. 1 Satz 1 nur auf andere Kaufinteressenten, das Gericht und den Sachwalter. Art. 35 (2) schränkt die Anhörungsrechte der Gläubiger weiter ein.

Das zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit notwendige Mittel einer gerichtlichen Ausnahme (Art. 27 (2) (a)) ist in der vorgelegten Fassung nur auf die Interessen der Schuldner ausgerichtet und wird deshalb nicht ausreichen, um diesen Problemen zu begegnen.

Hinzu kommt das praktische Problem, dass nicht nur staatliche Stellen, sondern auch Großunternehmen als Vertragspartner aus organisatorischen aber auch aus Gründen der Compliance nicht in der Lage sind, einen Vertragspartnerwechsel voraussetzungslos oder innerhalb kurzer Zeit durchzuführen. Beispielsfälle wie die Diskussion um den Verkauf des Flughafens Frankfurt/Hahn an einen russischen Oligarchen zeigen eindrucksvoll, dass auch aus weiteren (z.B. sanktions-) rechtlichen Gründen eine Überprüfung und ggf. Verweigerung der Vertragskonservierung möglich sein muss.

Der Verzicht auf die Zustimmung der Gegenpartei(en) des Schuldners bei einer Abtretung (Art. 27 (1) Satz 2) sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden.

dd) Art. 28 – Schulden und Verbindlichkeiten eines im Rahmen des Pre-pack-Verfahrens erworbenen Unternehmens

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Käufer das Unternehmen des Schuldners oder den betreffenden Teil davon frei von Schulden und Verbindlichkeiten erwirbt, es sei denn, der Käufer erklärt sich ausdrücklich damit einverstanden, die Schulden und Verbindlichkeiten des Unternehmens oder des betreffenden Teils davon zu tragen.

ee) Art. 29 – Besondere Vorschriften für die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Gerichts, die die Genehmigung oder Ausführung des Verkaufs des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon betreffen, nur dann aufschiebende Wirkung haben, wenn der Rechtsmittelführer eine Sicherheit leistet, die ausreicht, um den durch die Aussetzung des Verkaufs möglicherweise verursachten Schaden zu decken.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Rechtsmittelgericht die das Rechtsmittel einlegende natürliche Person ganz oder teilweise von der Leistung einer Sicherheit befreien kann, wenn es eine solche Befreiung angesichts der Umstände des Einzelfalls für angemessen hält.

Die in Art. 29 angelegte Verkürzung des Rechtsschutzes ist unter mehreren Gesichtspunkten höchst problematisch.

Mit der Sicherheitsleistung nach Art. 29 (1) verbindet sich die Frage, wie möglicherweise erst in der Zukunft eintretende Schäden bereits im Zeitpunkt der Einlegung von Rechtsmitteln mit hinreichender Genauigkeit geschätzt werden können.

Da eine solche hinreichend genau Einschätzung zu diesem Zeitpunkt regelmäßig nicht möglich sein wird, erhöht sich die Gefahr, dass solche Sicherheitsleistungen entweder prohibitiv hoch ausfallen oder deutlich zu niedrig ansetzen. Im Fall einer prohibitiv wirkenden, zu hohen Sicherheitsleistung wäre regelmäßig der Rechtsschutz von Rechtsmittelführern in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise eingeschränkt. Fiele die Sicherheitsleistung dagegen regelmäßig zu niedrig aus, könnte ein später eintretender Schaden durch sie nicht gedeckt werden. Dies hätte entsprechend abträgliche Wirkungen für die betroffenen Gläubiger.

Anstelle dieser potentiell sehr konfliktträchtigen Lösung sollte deshalb eine Lösung nach dem Vorbild des § 251 Abs.3 InsO in Betracht gezogen werden, die für den Fall des Nachweises einer Schlechterstellung durch den Rechtsmittelführer eine spätere Kompensation aus den Verkaufserlösen vorsieht.

Mit Art. 29 (2) verbindet sich eine weitere, rechtlich problematische Verkürzung, weil lediglich natürliche Personen als Rechtsmittelführer ausnahmsweise von einer Sicherheitsleistung befreit werden könnten. Die hier angelegte Ungleichbehandlung ist sachlich nicht zu rechtfertigen und damit verfassungsrechtlich problematisch. Ein sachlicher Differenzierungsgrund ist nicht zu erkennen. Überdies könnte sie zu Umgehungsstrategien oder Missbräuchen einladen, wenn regelmäßig natürliche Personen als Rechtsmittelführer „vorgeschickt“ würden, um einer Sicherheitsleistung zu entgehen. Soweit die Erwähnung der Angemessenheit in Art. 29 (2) als Hinweis auf die im Einzelfall geringere Leistungsfähigkeit natürlicher Personen zu verstehen sein sollte, wären auch juristische Personen mit entsprechend verminderter Leistungsfähigkeit gleich zu behandeln.

d) Kapitel 4 – Für beide Phasen des Pre-pack-Verfahrens geltende Bestimmungen (Art. 30-35)

aa) Art. 30 – Kriterien für die Auswahl des besten Angebots

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Kriterien für die Auswahl des besten Gebots im Pre-pack-Verfahren den Kriterien entsprechen, die in Liquidationsverfahren für die Wahl zwischen konkurrierenden Angeboten angewendet werden.

bb) Art. 31 – Zivilrechtliche Haftung des Sachwalters und des Insolvenzverwalters

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Sachwalter und der Insolvenzverwalter für Schäden haften, die Gläubigern und von dem Pre-pack-Verfahren betroffenen Dritten durch die Nichterfüllung ihrer Pflichten aus diesem Titel entstehen.

cc) Art. 32 – Dem Schuldner nahestehende Parteien im Verkaufsprozess

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass dem Schuldner nahestehende Parteien berechtigt sind, das Unternehmen des Schuldners oder einen Teil davon zu erwerben, sofern die folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Die betreffenden Parteien weisen den Sachwalter und das Gericht zeitnah auf ihre Beziehung zum Schuldner hin.
- b) Die anderen am Verkaufsprozess beteiligten Parteien werden angemessen über die dem Schuldner nahestehenden Parteien und deren Beziehung zum Schuldner unterrichtet.
- c) Die dem Schuldner nicht nahestehenden Parteien erhalten ausreichend Zeit zur Abgabe eines Angebots.

Wurde die in Unterabsatz 1 Buchstabe a genannte Offenlegungspflicht nachweislich verletzt, können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass das Gericht die in Artikel 28 genannten Vorteile widerruft.

(2) Bildet das Angebot einer dem Schuldner nahestehenden Partei das einzige Angebot, sehen die Mitgliedstaaten zusätzliche Schutzmaßnahmen für die Genehmigung und Ausführung des Verkaufs des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon vor. Diese Schutzmaßnahmen umfassen mindestens die Verpflichtung des Sachwalters oder Insolvenzverwalters, das Angebot der dem Schuldner nahestehenden Partei abzulehnen, wenn es das Kriterium des Gläubigerinteresses nicht erfüllt.

Mit der in Art. 32 eingeräumten Möglichkeit eines Verkaufs an nahestehende Personen verbindet sich ein erhebliches Konfliktpotential, wenn und soweit nicht sichergestellt ist, dass der Verkauf marktkonform und unter Ausschluss einer individuellen Bevorzugung durch Insiderinformationen erfolgt.

In den aktuellen britischen Reformvorschlägen (<https://www.gov.uk/government/publications/pre-pack-sales-in-administration>.) wird deshalb besonderer Wert auf die Unabhängigkeit der als Sachwalter beteiligten Personen gelegt. Zur Sicherung dieser Unabhängigkeit sah bereits Art. 26 (1) d) der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz ein Ablehnungsrecht von Schuldner und Gläubigern bei Interessenkonflikten vor.

Der in Art. 2 q definierte Personenkreis umfasst alle Personen, einschließlich juristischer Personen, die bevorzugten Zugang zu nicht öffentlichen Informationen über die Geschäfte des Schuldners haben.

Wenn der Schuldner eine natürliche Person ist, gehören zu den nahestehenden Personen insbesondere

- i) der Ehegatte oder Partner des Schuldners;
- ii) Verwandte in aufsteigender Linie, Verwandte in absteigender Linie und Geschwister des Schuldners oder des Ehegatten oder Partners und die Ehegatten oder Partner dieser Personen;
- iii) Personen, die im Haushalt des Schuldners leben;
- iv) Personen, die im Rahmen eines Arbeitsvertrags für den Schuldner arbeiten und Zugang zu nicht öffentlichen Informationen über die Geschäfte des Schuldners haben oder die anderweitig Aufgaben wahrnehmen, durch die sie Zugang zu nicht öffentlichen Informationen über die Geschäfte des Schuldners haben, einschließlich Beratern, Wirtschaftsprüfern und Notaren;
- v) juristische Personen, bei denen der Schuldner oder eine der unter den Ziffern i bis iv genannten Personen Mitglied des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans ist oder Aufgaben wahrnimmt, durch die sie Zugang zu nicht öffentlichen Informationen über die Geschäfte des Schuldners haben.

Wenn der Schuldner eine juristische Person ist, gehören zu den nahestehenden Personen insbesondere

- i) jedes Mitglied des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Schuldners;
- ii) Anteilseigner mit einer Mehrheitsbeteiligung am Schuldner;

- iii) Personen, die ähnliche Aufgaben wahrnehmen wie die Personen unter Ziffer i;
- iv) Personen, die im Sinne des Unterabsatzes 2 den unter den Ziffern i, ii und iii des vorliegenden Unterabsatzes aufgeführten Personen nahestehen.

Für die Feststellung des maßgeblichen Zeitpunktes stellt Art. 3 b) auf den Tag ab, an dem die Vorbereitungsphase beginnt, oder drei Monate vor Beginn der Vorbereitungsphase.

Im Vergleich etwa mit § 138 InsO ist die Regelung des Art. 2 q weiter gefasst. Ihre Umsetzung für ein PPP in Art. 32 enthält jedoch eine Reihe von Lücken, die ihre Schutzwirkung in diesem Verfahren in Frage stellen.

Art. 32 (1) sieht nur im Falle einer Verletzung der Pflichten aus Art. 32 (1) a eine Sanktion in Gestalt des möglichen Widerrufs der Vorteile für den Käufer nach Art. 28 vor. Das Ausbleiben einer angemessenen Unterrichtung der anderen am Verkaufsprozess beteiligten Parteien über die dem Schuldner nahestehenden Parteien und deren Beziehung zum Schuldner soll dagegen nach Art. 32 (1) b folgenlos bleiben. Da gerade die nahe Beziehung zum Schuldner auch die Möglichkeit bedeutet, durch Insiderinformationen einen Sondervorteil im Verkaufsprozess zu erlangen, wäre in diesem Fall ein Verkaufsprozess nicht mehr im Sinne des Art. 22 wettbewerbsbestimmt, transparent, fair und den Marktstandards entsprechend.

Auch eine unzureichende Zeit für die Abgabe eines eigenen Angebots durch nicht nahestehende Personen soll nach Art. 32 (1) c keine Auswirkungen für die Vorteile des Käufers aus Art. 28 haben. Wie schon im Fall des Art. 32 (1) b wäre auch hier der Verkaufsprozess kompromittiert. Dies übrigens mit der Haftungsfolge nach Art. 31 für Sachwalter und Insolvenzverwalter und damit mit dem höchst problematischen Ergebnis, dass ein Insolvenzverwalter möglicherweise für die von ihm nicht verursachten Defizite eines Verkaufsprozesses haften müsste, während der dem eigentlich informationspflichtigen Schuldner nahestehende Käufer keinerlei Nachteile zu befürchten hätte.

Art 32 (2) formuliert im besonders problematischen Fall eines einzigen Angebots durch eine nahestehende Person eine Ablehnungspflicht durch den Insolvenzverwalter, wenn das Kriterium des Gläubigerinteresses verletzt ist. Art. 2 h) definiert es als Kriterium, nach dem kein Gläubiger im Rahmen einer Liquidation im PPP schlechter gestellt werden darf, als bei Anwendung der normalen Rangfolge der Liquidationsprioritäten im Falle einer stückweisen Liquidation.

Unklar bleibt, wie der Insolvenzverwalter einen Verstoß gegen dieses Kriterium feststellen soll. ErwG. 26 spricht zwar davon, dass der Insolvenzverwalter dafür verantwortlich sein sollte, sicherzustellen, dass der Verkaufsprozess vom Wettbewerb bestimmt, transparent und fair ist und den Marktstandards entspricht. Er wird dies vor dem Hintergrund der nach Art. 22 (4) während der Vorbereitungsphase weiterhin fortbestehenden Kontrolle des Schuldners über seine Vermögenswerte und den täglichen Betrieb des Unternehmens aber nicht umsetzen können, wenn der Schuldner nicht kooperiert. Eine solche Kooperationsbereitschaft erscheint aber gerade im Fall des Verkaufs an eine nahestehende Person besonders zweifelhaft. Hier

entsteht ein starker Anreiz, dem Insolvenzverwalter alle Informationen vorzuenthalten, die den Verkauf in Gefahr bringen könnten.

dd) Art. 33 – Maßnahmen zur Wertmaximierung des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon

- | | |
|-----|--|
| (1) | Ist eine Zwischenfinanzierung erforderlich, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass |
| a) | der Sachwalter beziehungsweise der Insolvenzverwalter für eine möglichst günstige Zwischenfinanzierung sorgt; |
| b) | die Zahlungen an Geber von Zwischenfinanzierungen bei späteren Insolvenzverfahren vorrangig geleistet werden, auch wenn andere Gläubiger höher- oder gleichrangige Forderungen haben; |
| c) | den Gebern von Zwischenfinanzierungen Sicherungsrechte am Verkaufserlös gewährt werden können, um die Rückzahlung zu sichern; |
| d) | Zwischenfinanzierungen, die von interessierten Bietern gewährt wurden, mit dem Preis verrechnet werden dürfen, der im Rahmen des erfolgreichen Angebots zu zahlen ist. |
| (2) | Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass den Bietern keine Vorkaufsrechte eingeräumt werden. |
| (3) | Wenn in Bezug auf das dem Pre-pack-Verfahren unterliegende Unternehmen Sicherungsrechte bestehen, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Gläubiger, die diese Sicherungsrechte genießen, ihre Forderungen nur unter der Voraussetzung mit ihrem Angebot verrechnen können, dass der Wert dieser Forderungen deutlich unter dem Marktwert des Unternehmens liegt. |

(29) Die Möglichkeit, im Laufe des Verkaufsprozesses Vorkaufsrechte durchzusetzen, würde den Wettbewerb im Pre-pack-Verfahren verzerren. Potenzielle Bieter könnten von der Abgabe eines Gebots absehen, wenn die Möglichkeit besteht, dass ihr Gebot unabhängig von der investierten Zeit und den investierten Ressourcen und dem wirtschaftlichen Wert des Gebots aufgrund von Rechten verworfen wird, die ihr Inhaber nach seinem Ermessen geltend machen kann. Um sicherzustellen, dass das erfolgreiche Gebot den besten verfügbaren Preis auf dem Markt widerspiegelt, sollten Vorkaufsrechte weder Bietern eingeräumt noch im Laufe des Bietverfahrens durchgesetzt werden. Inhaber von Vorkaufsrechten, die vor Beginn des Pre-pack-Verfahrens gewährt wurden, sollten zur Teilnahme am Bietverfahren eingeladen werden, anstatt ihre Option auszuüben.

(30) Die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit vorsehen, dass gesicherte Gläubiger am Bietverfahren im Rahmen des Pre-pack-Verfahrens teilnehmen, indem sie die Höhe ihrer gesicherten Forderungen als Gegenleistung für den Kauf der Vermögenswerte anbieten, für die sie eine Sicherheit halten (Credit Bidding). Es sollte jedoch ausgeschlossen werden, dass das Credit Bidding den ge-

sicherten Gläubigern einen ungebührlichen Vorteil im Bietverfahren verschafft, wie beispielsweise dann, wenn der Betrag ihrer gesicherten Forderung gegenüber dem Vermögen des Schuldners über dem Marktwert des Unternehmens liegt.

Art. 33 soll nach seiner Überschrift der Wertmaximierung dienen, ist jedoch in Art.33 (1) nicht auf die Wertmaximierung für alle Gläubiger gerichtet sondern führt eine eigenständige, neue Privilegierung für die Gläubiger von Zwischenfinanzierungen ein.

Art. 2 i) definiert eine Zwischenfinanzierung als *„von einem bestehenden oder einem neuen Gläubiger bereitgestellte neue finanzielle Unterstützung, die mindestens finanzielle Unterstützung während des Pre-pack-Verfahrens umfasst sowie angemessen und unverzüglich notwendig ist, damit das Unternehmen des Schuldners oder ein Teil davon seinen Betrieb fortsetzen kann oder um den Wert dieses Unternehmens zu erhalten oder zu steigern.“*

Diese Definition wurde aus Art. 2 (8) der Richtlinie (EU) 2019/1023 übernommen. Dort war sie jedoch als eine finanzielle Unterstützung mindestens während der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen ausgelegt. Eine Privilegierung sollte also nur stattfinden, wenn zumindest auch in dieser schwierigen, durch die Notwendigkeit einer Aussetzung manifestierten Situation, eine Zwischenfinanzierungszusage gemacht wurde.

Die neue Definition in Art. 2 i) geht über dieses Kriterium hinaus, indem sie keine finanzielle Unterstützung zumindest während Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen mehr voraussetzt.

Diese Aussetzung ist zwar nach Art. 23 schon während der Vorbereitungsphase möglich. Sie soll hier aber offensichtlich als Hürde umgangen werden weil sie nur in Anspruch genommen werden kann, sofern dies die reibungslose und wirksame Durchführung des Pre-pack-Verfahrens erleichtert.

Diese Veränderung der Voraussetzungen für eine Privilegierung gegenüber der Richtlinie (EU) 2019/1023 ist hoch problematisch. Sie verzichtet mit der Anbindung an die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen nach Art. 23 auf ein wesentliches Korrektiv zur Verhinderung von Mißbräuchen.

Zwischenfinanzierende Schuldner könnten ansonsten durch die gezielte Ansprache von Kreditgebern, etwa aus dem Bereich ihnen nahestehender Personen (z.B. der Gesellschafter), eine möglichst günstige Zwischenfinanzierung i.S.v. Art. 33 (1) a) herbeiführen, die ein Sachwalter oder Insolvenzverwalter wegen dieser Eigenschaft auch nicht ablehnen könnte.

In der Folge wären Finanzierungen nach Art.33 (1) a), b) und c) privilegiert.

Die Möglichkeit einer gezielte Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen und die anschließenden Einleitung einer Vorbereitungsphase mit der Gewährung des soeben zurückgezahlten Gesellschafterdarlehens als neue Zwischenfinanzierung wäre ein massiver Anreiz zu einer Umgehung von gläubigerschützenden Regeln, die regelmäßig einen Nachrang von Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz vorsehen.

Zur Erzielung dieses Effekts wäre nicht einmal die Eröffnung der Liquidationsphase notwendig.

Die geschilderte Umgehungsstrategie könnte also auch ohne einen Verkauf gelingen, da der Schuldner in der Vorbereitungsphase nach Art. 22 (4) die Kontrolle über seine Vermögenswerte und den täglichen Betrieb des Unternehmens behält und auf diese Phase nicht zwingend (vgl. Art. 22 (5) a)) eine Liquidationsphase folgen muss.

Da Art. 23 auf die Art. 6 und 7 der Richtlinie (EU) 2019/1023 Bezug nimmt, wären ohne die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen auch die dort vorgesehenen Sicherungen für Arbeitnehmer in Art. 6 (5) wirkungslos. In der Folge könnten Zwischenfinanzierungen in der Einzelvollstreckung während eines PPP Vorrechte gegenüber einer Einzelvollstreckung aus Arbeitnehmerforderungen erhalten. Da nach Art. 23 nur der Schuldner eine Aussetzung beantragen kann, hätten Arbeitnehmer auch keine Möglichkeit, durch einen eigenen Antrag auf Aussetzung die Schutzwirkung des Art. 6 (5) der Richtlinie (EU) 2019/1023 herbeizuführen.

Die geschilderten Lücken wiegen besonders schwer, weil auch die vorgesehene Privilegierung von Zwischenfinanzierungen im PPP in problematischer Weise über die Grenzen hinausgeht, die Art. 17 der Richtlinie (EU) 2019/1023 gesetzt hat.

Nach Art. 17 (5) der Richtlinie (EU) 2019/1023 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Geber von neuen Finanzierungen oder Zwischenfinanzierungen Anspruch darauf haben, in späteren Insolvenzverfahren Zahlungen vorrangig gegenüber anderen Gläubigern zu erhalten, die anderenfalls höher- oder gleichrangige Forderungen hätten. Demgegenüber stellt Art. 33 (1) eine solche Regelung nicht mehr in das Ermessen der Mitgliedstaaten sondern fordert sie als festen Bestandteil eines PPP.

Damit werden die gesetzlichen Rangfolgen in den Mitgliedstaaten übergangen oder, dort wo solche Rangfolgen wie in Deutschland abgeschafft wurden, eine neue Rangfolge etabliert.

Dieser Schritt ist zunächst widersprüchlich, weil er der erklärten Absicht des Vorschlags entgegenläuft, die national geregelten Rangfolgen im Insolvenzverfahren unberührt zu lassen. Er ist zudem sehr konfliktträchtig, weil die Privilegierung in Art. 33 lediglich an das Kriterium der Erforderlichkeit geknüpft wird. Art. 2 i) spricht zuzüglich von Angemessenheit und unverzüglicher Notwendigkeit, bietet aber keine weiteren Anhaltspunkte für diese sehr weit gefassten Rechtsbegriffe.

Wird eine Zahlungsunfähigkeit durch die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen künstlich „erzeugt“, dann wäre auch diese Form des Mißbrauchs durch die Definitionen in Art. 33 (1) und Art. 2 i) gedeckt.

Selbst ein ohne Mißbrauch und im Zustand lediglich drohender Zahlungsunfähigkeit eingeleitetes PPP wird regelmäßig eine Zwischenfinanzierung in diesem Sinne erforderlich machen um den Betrieb fortsetzen zu können. Obwohl nach Art. 20 (1) nur die Liquidationsphase als Insolvenzverfahren im Sinne von Artikel 2 Nummer 4 der Verordnung (EU) 2015/848 (und damit als bekanntmachungspflichtig nach Art. 24 (1) dieser Verordnung) eingeordnet werden soll, wird sich auch eine Vorbereitungsphase kaum verbergen lassen,

wenn sie nach Art. 24 (1) einen Verkaufsprozess auslösen soll, der wettbewerbsbestimmt, transparent und fair ist und den Marktstandards entspricht. Damit werden Lieferanten auf Vorkasse umstellen und ggfl. sogar einen Antrag auf Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen notwendig machen. Im Rahmen einer solchen Aussetzung wäre über Art. 23 wieder Art. 6 Richtlinie (EU) 2019/1023 anwendbar, der in seinen Absätzen 4 und 5 Ausnahmen für bestimmte Forderungen vorsieht. Deren Nutzung, etwa durch Arbeitnehmer, oder die Aufhebung der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen auf Gläubigerantrag nach Abs. 9, würde die Zahlungsunfähigkeit und damit die unverzügliche Notwendigkeit einer Zwischenfinanzierung schnell herbeiführen.

Mit Art. 33 (1) d) wird schließlich ein weiterer Anreiz zum Mißbrauch von Zwischenfinanzierungen gesetzt. Werden sie nach der oben beschriebenen Methode von Gesellschaftern gewährt, dann eröffnet dies die Möglichkeit, für den ursprünglich als nachrangiges Gesellschafterdarlehen zur Finanzierung der eigenen Gesellschaft geleisteten Beitrag einen Kauf der Gesellschaft umzusetzen, an dessen Ende nach Art. 28 ein schuldenfreier Rückerwerb des Unternehmens steht. Da ein Verkauf an nahestehende Personen nicht ausgeschlossen ist und nach Art. 24 (2) selbst dann durchgeführt werden kann, wenn die nahestehende Person das einzige Angebot abgibt, wäre eine Zwischenfinanzierung nach dem geschilderten Muster auch die beste Möglichkeit, im Verkaufsprozess ggfl. einen Abstand zwischen der nahestehenden Person und möglichen weiteren Bietern zu schaffen, um in jedem Fall als bester Bieter i.S.d. Art. 22 (2) c) vorgeschlagen zu werden.

Die zur Wertsicherung formulierte Regelung in Art. 33 (3) liefe hier ins Leere und wäre sogar ein weiterer Anreiz, weil sie Gläubiger mit Sicherungsrechten in Bezug auf das dem Pre-pack-Verfahren unterliegende Unternehmen beschränkt. Dies werden regelmäßig Finanzgläubiger (Banken) sein, die ihre Kredite nur gegen entsprechende Sicherung ausgereicht haben und nun im Gegensatz zu Zwischenfinanzierungen in der Verrechnung ihrer Kreditforderungen eingeschränkt werden. Diese Regelung vermindert also in dem geschilderten Mißbrauchsmodell auch die Gefahr, dass solche Gläubiger als Bieter auftreten und die eigene Strategie unterlaufen.

Zur Vermeidung von gezielten Mißbräuchen sollte Art. 33 klarstellen, dass ein Verkauf an den Schuldner oder ihm nahestehende Personen nur in Frage kommt, wenn diese Personen nicht als Geber von Zwischenfinanzierungen eingebunden waren.

ee) Art. 34 – Schutz der Gläubigerinteressen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Gläubiger und Anteilseigner des Unternehmens des Schuldners berechtigt sind, vor der Genehmigung oder Ausführung des Verkaufs des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon vor Gericht gehört zu werden. Die Mitgliedstaaten legen detaillierte Vorschriften fest, um das Recht auf rechtliches Gehör nach Unterabsatz 1 wirksam zu gewährleisten.

- (2) Abweichend von Absatz 1 können die Mitgliedstaaten in ihren Rechtsvorschriften für die folgenden Personen kein Recht auf rechtliches Gehör vorsehen:
- a) Gläubiger oder Anteilseigner, denen nach nationalem Recht nach der normalen Rangfolge der Liquidationsprioritäten keine Zahlung oder Beteiligung zusteht;
 - b) Gläubiger im Rahmen von noch zu erfüllenden Verträgen, deren Forderungen gegen den Schuldner vor der Genehmigung des Verkaufs des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon entstanden und nach den Bedingungen des Pre-pack-Angebots vollständig zu begleichen sind.
- (3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die Freigabe der Sicherungsrechte im Pre-pack-Verfahren die gleichen Voraussetzungen gelten wie in Liquidationsverfahren.
- (4) Mitgliedstaaten, nach deren Rechtsvorschriften in Liquidationsverfahren für die Freigabe von Sicherungsrechten die Zustimmung der Inhaber gesicherter Forderungen erforderlich ist, können von dieser Zustimmung abweichen, sofern sich die Sicherungsrechte auf Vermögenswerte beziehen, die für die Weiterführung des täglichen Betriebs des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon erforderlich sind, und eine der folgenden Bedingungen erfüllt ist:
- a) Die Gläubiger der gesicherten Forderungen weisen nicht nach, dass das Pre-pack-Angebot das Kriterium des Gläubigerinteresses nicht erfüllt.
 - b) Die Gläubiger der gesicherten Forderungen haben weder direkt noch über einen Dritten ein verbindliches Kaufangebot eingereicht, auf dessen Grundlage mit der Insolvenzmasse eine bessere Verwertung erzielt werden kann als mit dem vorgeschlagenen Pre-pack-Angebot.

Der (vertrauliche) Pre Pack Verkauf hat sich an marktgerechten, transparenten und fairen Kriterien zu orientieren. Die genaue Ausgestaltung obliegt dem Sachwalter, die Kontrolle dem Insolvenzgericht. Weitgehend ungeklärt bleibt dabei die Rolle der Insolvenzgläubiger.

Dem Richtliniengeber ist der Stellenwert der Gläubiger, vertreten durch den Gläubigerausschuss, durchaus bewusst, was durch die Schaffung des Titel VII zum Ausdruck kommt; er unterlässt es lediglich, die Regelungen zum Gläubigerausschuss in die Regelungen des Titel IV zum PPP zu integrieren. Eine Mitsprache der Gläubiger schmälert auch die für die übertragende Sanierung charakteristische Schwierigkeit der Marktpreisfindung, vor allem wenn den Insolvenzgläubigern Teilforderungen gegen den Unternehmenserwerber zugestanden werden.

Deshalb wären nicht nur Anhörungsrechte und ein allgemeiner Hinweis auf den best-interest-of-creditor Test, sondern konkrete Regelungen zur Einbindung der Gläubiger in den Verkaufs-

prozess wünschenswert. Dies wäre der Suche nach einem potenziellen Investor nicht nur förderlich, sondern würde die Akzeptanz für das Verfahrensergebnis noch einmal erheblich steigern.

Folgerichtig muss mit der Stärkung der Gläubigerrechte eine Einbindung der Arbeitnehmer und ein Schutz derselben einhergehen. Die Rechtsprechung des BAG zu § 613a BGB und dessen Geltung bei Erwerb aus der Insolvenz wird mutmaßlich hinreichenden Schutz im Rahmen der Veräußerung darstellen. Für die Mitwirkung und Einbindung in der (entscheidenden) Vorbereitungsphase fehlt ein gesetzlicher Rahmen.

Eine Pflichtmitgliedschaft eines Arbeitnehmervertreters im Gläubigerausschuss könnte die logische Konsequenz der Stärkung dieses Organs sein.

ff) Art. 35 – Auswirkungen wettbewerbsrechtlicher Verfahren auf den Zeitpunkt der Einreichung oder den Erfolg eines Gebots

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Sachwalter die Einreichung weiterer Gebote erleichtert, wenn in Bezug auf ein in der Vorbereitungsphase eingegangenes Angebot infolge eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens eine erhebliche Gefahr einer Verzögerung oder einer ablehnenden Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde besteht.
- (2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Sachwalter über die anwendbaren wettbewerbsrechtlichen Verfahren, die sich auf den Zeitpunkt oder den Erfolg des Gebots auswirken können, und über deren Ergebnisse unterrichtet werden kann, insbesondere durch die Offenlegung von Informationen durch die Bieter oder gegebenenfalls durch die Gewährung eines Verzichts auf den Informationsaustausch mit den Wettbewerbsbehörden. In diesem Zusammenhang unterliegt der Sachwalter einer uneingeschränkten Geheimhaltungspflicht.
- (3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ein Angebot unberücksichtigt bleiben kann, wenn in Bezug auf dieses Angebot eine erhebliche Gefahr einer Verzögerung nach Absatz 1 besteht, sofern die beiden folgenden Bedingungen erfüllt sind:
- a) Das betreffende Angebot ist nicht das einzige bestehende Angebot.
 - b) Durch die Verzögerung des Abschlusses des Pre-pack-Verkaufs mit dem betreffenden Bieter entstünde dem Unternehmen des Schuldners oder einem Teil davon ein Schaden.

(31) Diese Richtlinie sollte die Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union, insbesondere der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates, unberührt lassen und die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, nationale Fusionskontrollregelungen durchzusetzen. Bei der Auswahl des besten Gebots sollte der Sachwalter die regulatorischen Risiken berücksichtigen können, die mit Geboten verbunden sind, die die Genehmigung der Wettbewerbsbehörden erfordern, und er sollte sich mit diesen Behörden beraten können, wenn dies nach den geltenden Vorschriften zulässig ist. Es sollte in der Verantwortung der Bieter liegen, alle erforderlichen Informationen zur Bewertung

dieser Risiken bereitzustellen und sich rechtzeitig mit den zuständigen Wettbewerbsbehörden in Verbindung zu setzen, um diese Risiken zu mindern. Um die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, dass die Verfahren zu einem guten Ende kommen, sollte der Sachwalter bei Vorliegen eines Gebots, das derartige Risiken birgt, verpflichtet sein, seine Funktion so auszuüben, dass die Abgabe alternativer Gebote erleichtert wird.

5. Pflicht der Unternehmensleitung, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen, und zivilrechtliche Haftung (Titel V)

a) Art. 36 – Pflicht zur Beantragung eines Insolvenzverfahrens

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer juristischen Person die Unternehmensleitung verpflichtet ist, spätestens drei Monate, nachdem sie Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit der juristischen Person erlangt hat oder vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass sie Kenntnis davon erlangt hat, beim Gericht einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen.

(32) Die Unternehmensleitung beaufsichtigt die Führung der Geschäfte einer juristischen Person und hat den besten Überblick über ihre finanzielle Situation. Die Mitglieder der Unternehmensleitung gehören daher zu den Ersten, die erkennen, ob eine juristische Person kurz vor der Insolvenz steht oder die Schwelle überschreitet. Eine verspätete Insolvenzanmeldung durch die Unternehmensleitung kann zu niedrigeren Verwertungswerten für die Gläubiger führen; die Mitgliedstaaten sollten daher eine Pflicht für die Unternehmensleitung einführen, innerhalb einer bestimmten Frist einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen. Die Mitgliedstaaten sollten auch festlegen, für wen die Pflichten der Unternehmensleitung gelten sollten, wobei zu berücksichtigen ist, dass der Begriff „Mitglied der Unternehmensleitung“ weit auszulegen ist, damit er alle Personen umfasst, die damit betraut sind, wichtige Entscheidungen in Bezug auf die Geschäftsführung einer juristischen Person zu treffen, oder faktisch solche Entscheidungen treffen oder treffen sollten.

Insolvenzantragspflichten, die durch eine zivilrechtliche, teilweise auch strafrechtliche Haftung flankiert werden (in Deutschland durch § 15 a und b InsO), sind bereits seit Jahrzehnten in vielen Mitgliedstaaten etabliert. Sie haben sich als Instrument des Gläubigerschutzes bewährt. Für natürliche Personen soll eine Antragspflicht nach dem Vorschlag nicht eingeführt werden. Allerdings sind aus deutscher Sicht die genannten 3 Monate deutlich zu lang. Dies könnte zu Wettbewerbsverzerrung und ggf. zu Nachteilen für Unternehmen in Deutschland führen.

Deshalb sollte europaweit eine Verkürzung der 3 Monate erwogen werden.

Die Schutzfunktion von Insolvenzantragspflichten steht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Definition der Insolvenzgründe. Je nachdem wie weit oder wie eng diese gefasst sind, verbleiben Spielräume für eine Antragsstellung, die auch zum Nachteil der Gläubiger genutzt werden können.

Es ist vor diesem Hintergrund sehr bedauerlich, dass der zentrale Begriff der Zahlungsfähigkeit, der in Art. 36 eine Antragspflicht auslösen soll, unklar bleibt. Die in Art. 38 (2) angebotene Teildefinition soll nur für Kleinstunternehmen gelten und zudem in ihren Bedingungen durch die Mitgliedstaaten ausgeformt werden. In der Praxis wird dies zu sehr unterschiedlichen „Zahlungsunfähigkeiten“ führen.

Fragmentierung und Intransparenz, die auch heute schon diesen wichtigsten Insolvenzgrund in Europa prägen, werden nicht verringert oder beseitigt. Das Absehen von einer harmonisierten Definition der Zahlungsunfähigkeit macht sich hier besonders bemerkbar und stellt das Erreichen der Effizienzziele des Vorschlags in Frage.

Klarzustellen ist, dass strengere Vorschriften (so der Verfahrensgrund Überschuldung bei juristischen Personen oder Personengesellschaften ohne natürliche Person als vollhaftendes Rechtssubjekt) weiter gelten, soweit sie in den Mitgliedsstaaten bestehen.

Es wäre im Sinne eines staatenübergreifenden Gläubigerschutzes zu begrüßen, wenn der Verfahrensgrund Überschuldung überhaupt in Europa anerkannt würde nachdem er bereits in einer Reihe von Mitgliedstaaten seinen sinnvollen und positiven Einfluss auf die Früherkennung von Insolvenzrisiken bewiesen hat.

b) Art. 37 - Zivilrechtliche Haftung der Unternehmensleitung

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Unternehmensleitung der zahlungsunfähigen juristischen Person für Schäden haftet, die Gläubigern aufgrund der Nichterfüllung der Verpflichtung nach Artikel 36 entstehen.

(2) Absatz 1 gilt unbeschadet strengerer nationaler Vorschriften über die zivilrechtliche Haftung bei der Verletzung der Pflicht der Unternehmensleitung, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gemäß Artikel 36 zu beantragen.

(33) Um sicherzustellen, dass die Unternehmensleitung nicht in ihrem eigenen Interesse handelt, indem sie die Einreichung eines Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens trotz Anzeichen einer Zahlungsunfähigkeit verzögert, sollten die Mitgliedstaaten Bestimmungen erlassen, die die Unternehmensleitung für eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht zivilrechtlich haftbar machen. In diesem Fall sollte die Unternehmensleitung die Gläubiger für den Schaden entschädigen, der aus der Verschlechterung des Verwertungswerts der juristischen Person im Vergleich zu der Situation bei rechtzeitiger Antragstellung resultiert. Die Mitgliedstaaten sollten nationale Vor-

schriften über die zivilrechtliche Haftung der Unternehmensleitung im Zusammenhang mit Insolvenzanmeldungen erlassen oder beibehalten können, die strenger als die Bestimmungen dieser Richtlinie sind.

Die bereits seit vielen Jahrzehnten bestehenden Schadenshaftungsvorschriften sind in Deutschland in jüngerer Zeit umfangreich kodifiziert worden (vgl. § 15b InsO). Mit der Anknüpfung der Haftung an die in Art. 36 zwar erwähnte aber nicht näher definierte Zahlungsunfähigkeit stellt Art. 37 allerdings die einheitliche Wirkung solcher Haftungsregeln in Frage. Je nach Ausgestaltung der Zahlungsunfähigkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten werden die tatsächlichen Wirkungen der Haftungsandrohung auf das Verhalten der Unternehmensleitung stark unterschiedlich ausfallen.

Damit wird auch die Chance vergeben, einen Anreiz für das eigentlich unerwünschte „forum shopping“ in Europa zu beseitigen. Bei der Verlagerung von Unternehmen hat das Motiv der Haftungsvermeidung bereits in der Vergangenheit eine Rolle gespielt. Durch das „Abschütteln“ von Gläubigern wird deren Beteiligung am Verfahren im Rahmen eines in einem anderen Mitgliedstaat eröffneten Insolvenzverfahrens regelmäßig erschwert. Wird die Zahlungsunfähigkeit im Zielland großzügiger interpretiert, kann eine Unternehmensleitung der Antragspflicht und damit auch der Haftung durch Migration entgehen. Zudem sind haftungsbegründende Sachverhalte im ursprünglichen Herkunftsland des Unternehmens nach seiner Migration regelmäßig nur durch entsprechende Amtshilfe aufklärbar. Die im Vorschlag formulierten Instrumente zur Verbesserung des Asset-tracing (vgl. Art. 13 ff.) können lediglich bei der Klärung der Frage hilfreich sein, ob bei der Geltendmachung einer Haftung gegenüber den handelnden Personen im Erfolgsfall noch Aussicht auf Befriedigung besteht. Die Aufklärung der haftungsbegründenden Sachverhalte ist ohne strafrechtliche Ermittlungsergebnisse regelmäßig auf zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Auskunftersuchen mit je nach Mitgliedstaat sehr unterschiedlichen Ergebnissen und Erfolgsaussichten angewiesen.

6. Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen (Titel VI)

Unter Title VI verbirgt sich der problematischste Abschnitt des Vorschlags.

Nach den dortigen Regelungen sollen Kleinstunternehmen (microenterprises) einem speziellen Liquidationsverfahren unterworfen werden. Art. 2 (j) definiert Kleinstunternehmen im Sinn des Annexes zu der Kommissionsempfehlung 2003/361/EC, als Unternehmen, die im Vorjahresdurchschnitt weniger als 10 Mitarbeiter beschäftigten bei einem Jahresumsatz oder einer Bilanzsumme von maximal 2 Mio. Euro. Diese Unternehmensgröße bildet mit über 80% die absolute Mehrzahl aller nach den amtlichen Statistiken in Deutschland von Insolvenz betroffenen Unternehmen. Für Europa liegen derzeit keine Zahlen vor. Der hohe Anteil der Kleinstunternehmen legt aber auch hier den Schluss nahe, dass ihr Anteil am Gesamtaufkommen der Insolvenzen nicht unter dem in Deutschland liegt. In Erwägungsgrund 35 des Vorschlags

werden die Mitgliedstaaten motiviert, den Zugang zu dem neuen Verfahren nicht nur Kleinstunternehmen, sondern auch kleinen und mittelgroßen Unternehmen zu ermöglichen.

Damit geht der Anwendungsbereich jedenfalls hinsichtlich Umsatz und Bilanzsumme zu weit, weil Unternehmen mit einer entsprechenden Größe schon durchaus komplexe Strukturen und Vermögensverhältnisse haben (können). Realistischer ist insoweit der Ansatz der spanischen Neuregelungen in Art. 685 Ley Concursal, der sich augenscheinlich an Art. 3 (1) der Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2013 orientiert, in dem Kleinstverfahren nach anderen Größenkriterien definiert werden. Kleinstunternehmen sind danach Unternehmen mit maximal 10 Arbeitnehmern, einem Nettoumsatz bis 700.000 € oder einer Bilanzsumme bis 350.000 €.

Nach der praktischen Erfahrung der deutschen Insolvenzverwalter sind Unternehmen dieser Größenordnung auch keine zur verwalterlosen Abwicklung geeignete „Kleinstunternehmen“. Die Regelung wirft auch die verfassungsrechtlich relevante Frage auf, ob dann auch Verbraucherinsolvenzverfahren künftig verwalterlos abgewickelt werden müssten.

a) Kapitel 1 – Allgemeine Bestimmungen (Art. 38-40)

aa) Art. 38 – Bestimmungen für die Liquidation von Kleinstunternehmen

- | |
|---|
| <p>(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass zahlungsunfähige Kleinstunternehmen Zugang zu vereinfachten Liquidationsverfahren erhalten, die den Bestimmungen dieses Titels entsprechen.</p> <p>(2) Ein Kleinstunternehmen gilt für die Zwecke des vereinfachten Liquidationsverfahrens als zahlungsunfähig, wenn es generell nicht in der Lage ist, seine Schulden bei Fälligkeit zu begleichen. Die Mitgliedstaaten legen fest, unter welchen Bedingungen davon auszugehen ist, dass ein Kleinstunternehmen generell nicht in der Lage ist, seine Schulden bei Fälligkeit zu begleichen, und stellen sicher, dass diese Bedingungen klar, einfach und für das betreffende Kleinstunternehmen leicht feststellbar sind.</p> <p>(3) Die Eröffnung und Durchführung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens darf nicht mit der Begründung verweigert werden, dass der Schuldner über keine Vermögenswerte verfügt oder seine Vermögenswerte nicht ausreichen, um die Kosten des vereinfachten Liquidationsverfahrens zu decken.</p> <p>(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Kosten des vereinfachten Liquidationsverfahrens in Situationen nach Absatz 3 gedeckt werden.</p> |
|---|

(34) Kleinstunternehmen sind oft Einpersonengesellschaften oder kleine Personengesellschaften, deren Gründer, Eigentümer oder Gesellschafter keinen beschränkten Haftungsschutz genießen und somit für Geschäftsschulden unbegrenzt haften. Wenn Kleinstunternehmen als Gesellschaften mit beschränkter Haftung tätig sind, ist der beschränkte Haftungsschutz für die Eigentümer der Kleinstunternehmen normalerweise illusorisch, da von ihnen oft erwartet wird, dass sie die Geschäftsschulden ihres Unternehmens mit ihrem persönlichen Vermögen als Sicherheit besichern. Da Kleinstunternehmen außerdem stark von den Zahlungen ihrer Kunden abhängig sind, sehen sie sich häufig mit Liquiditätsproblemen und höheren Ausfallrisiken konfrontiert, die sich aus dem Verlust eines wichtigen Geschäftspartners oder aus verspäteten Zahlungen ihrer Kunden ergeben. Darüber hinaus sind Kleinstunternehmen auch mit knappem Betriebskapital, höheren Zinssätzen und größeren Anforderungen an Sicherheiten konfrontiert, was die Beschaffung von Finanzmitteln, insbesondere in finanziellen Notlagen, schwierig, wenn nicht sogar unmöglich macht. Infolgedessen sind sie möglicherweise öfter insolvenzgefährdet als größere Unternehmen.

(35) Die nationalen Insolvenzvorschriften eignen sich nicht immer zu einem angemessenen und verhältnismäßigen Umgang mit insolventen Kleinstunternehmen. In Anbetracht der besonderen Merkmale von Kleinstunternehmen und ihrer besonderen Erfordernisse in finanziellen Notlagen, insbesondere dem Erfordernis schnellerer, einfacherer und erschwinglicher Verfahren, sollte anerkannt werden, dass auf nationaler Ebene gesonderte Insolvenzverfahren in Übereinstimmung mit den Bestimmungen dieser Richtlinie ausgearbeitet werden sollten. Obwohl die in dieser Richtlinie enthaltenen Bestimmungen über vereinfachte Liquidationsverfahren nur für Kleinstunternehmen gelten, sollte es den Mitgliedstaaten möglich sein, ihre Anwendung auch auf kleine und mittlere Unternehmen auszudehnen, die keine Kleinstunternehmen sind.

(37) Der Solvenztest und der Bilanztest sind in den Mitgliedstaaten die beiden üblichen Auslöser für die Eröffnung eines regulären Insolvenzverfahrens. Der Bilanztest ist jedoch unter Umständen nicht durchführbar, wenn der Schuldner ein Kleinstunternehmen ist, insbesondere im Falle von Einzelunternehmern, da möglicherweise keine ordnungsgemäßen Aufzeichnungen vorliegen und nicht klar zwischen Privatvermögen und -verbindlichkeiten und Geschäftsvermögen und -verbindlichkeiten unterschieden werden kann. Daher sollte die Unfähigkeit, Schulden bei Fälligkeit zu begleichen, das Kriterium für die Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens sein. Die Mitgliedstaaten sollten auch die spezifischen Bedingungen festlegen, unter denen dieses Kriterium erfüllt ist, solange diese Bedingungen klar, einfach und für das betreffende Kleinstunternehmen leicht feststellbar sind.

(39) Alle Kleinstunternehmen sollten die Möglichkeit haben, ein Verfahren einzuleiten, um ihre finanziellen Schwierigkeiten zu bewältigen und in den Genuss einer Entschuldung zu kommen. Der Zugang zu einem vereinfachten Liquidationsverfahren sollte nicht davon abhängen, dass das Kleinstunternehmen in der Lage ist, die Verwaltungskosten eines solchen Verfahrens zu tragen. In die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sollten Vorschriften zur Deckung der Kosten für die Verwaltung vereinfachter Liquidationsverfahren für den Fall aufgenommen werden, dass das Vermögen und die Einnahmequellen des Schuldners nicht ausreichen, um diese Kosten zu decken.

Für Kleinstunternehmen soll – entgegen der sonstigen diesbezüglichen Abstinenz des Vorschlags – nach Art. 38 Abs. 2 der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit eigenständig definiert werden. Die dabei entscheidende Konkretisierung, wann genau davon auszugehen ist, dass ein Kleinstunternehmen seine fälligen Zahlungspflichten nicht mehr erfüllen kann, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Sie sollen für eine klare, einfache und für das Kleinstunternehmen leicht feststellbare Definition sorgen. Diese Vorgabe lässt einen weiten Spielraum, dessen Nutzung mit Blick auf das Harmonisierungsziel zu erheblichen Effizienzverlusten führen dürfte. Zudem ist mit der Einführung eines zusätzlichen, nicht einheitlich vorgegebenen Insolvenzgrunds statt einer Harmonisierung sogar eine weitere Fragmentierung im Bereich der Insolvenzgründe zu befürchten.

Zu begrüßen – und zwar nicht nur für Kleinstunternehmen – ist die in Erwägungsgrund 37 aufgestellte Forderung, dass das Kriterium der Zahlungsunfähigkeit erfüllt ist, „solange diese Bedingungen klar, einfach und für das betreffende Kleinstunternehmen leicht feststellbar sind“. Die rechnerische Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit, oder – wie der Vorschlag es nennt – des „Solvenztests“ muss zum einen in Europa nach einheitlichen Kriterien und zum anderen einfach errechnet werden können.

Dem genügt auch die deutsche Rechtspraxis mit der bisherigen, teilweise unterschiedlichen Rechtsprechung aktuell nicht. Es muss sowohl prospektiv als auch retrospektiv einfach errechnet oder erkannt werden können. Der VID verweist dabei auf seine Empfehlungen zum Insolvenzrecht – Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit vom 22.06.2022 (<https://www.vid.de/bgh-setzt-neue-akzente-bei-der-zahlungsunfaehigkeit/>; veröffentlicht in ZRI 2022, 660). Dabei müssen die zugrunde zu legenden Zahlen zu bestimmten Terminen, die mit den Anforderungen der Buchhaltung und Kostenrechnung korrelieren, ermittelt werden. Eine prozentuale Lücke als relevante Größe sollte ausgeschlossen werden, weil diese missbrauchsanfällig und überhaupt nicht realistisch, weil abhängig vom Zahlungsverhalten (Volumeneffekt und damit Reduzierung der Lücke durch Nichtzahlung von fälligen Verbindlichkeiten) ist.

Die Zahlungsunfähigkeit muss für alle Unternehmen gleich ermittelt werden können und die von dem Vorschlag geforderte Einfachheit der Ermittlung ist auch und gerade für Großunternehmen angesichts der bei diesen Unternehmen vorhandenen Komplexität der Geschäftsvorfälle zu fordern.

Der Vorschlag lässt offen, wie mit Unternehmen zu verfahren ist, die nicht bilanzieren oder die erforderlichen Kennzahlen zu ihrer eigenen Einordnung als Kleinstunternehmen mangels ordnungsgemäßer Buchhaltung nicht zur Verfügung stellen können. In Art. 41 (4) sind bisher Angaben zu Arbeitnehmern, Bilanzsumme oder Umsatz nicht vorgesehen. Die in Art. 41 aufgeführten Antragsinhalte und ErwG. 37 indizieren bisher, dass auch solchen Unternehmen der Verfahrenszugang möglich sein soll.

Da auch Art. 43 (3) davon ausgeht, dass dem Schuldner nur in Ausnahmefällen eine Eigenverwaltung und die damit verbundene Fortsetzung der eigenen Buchhaltungspraxis verweigert werden soll, muss bereits der Antrag erkennen lassen, ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt. Dies erfordert dort einen Nachweis, ob die Buchhaltung aktuell, vollständig und damit aussagekräftig genug ist um die Größenordnung des Unternehmens zu ermitteln. Hierzu fehlen Hinweise sowohl in der Einleitung, in den Erwägungsgründen und dann folgerichtig auch in den Bestimmungen des Art.41 selbst.

Dem Gericht müsste deshalb in jedem Fall zumindest ein Ermessen zur Verweigerung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens eingeräumt werden, wenn die Voraussetzungen der Definition eines Kleinstunternehmens nach Art. 2 lj) des Vorschlags nicht verifiziert werden können.

Ein (kosten-)barrierefreier Zugang zu Insolvenzverfahren und damit zu einer Restschuldbefreiung besteht in Deutschland schon heute auch bei Vermögenslosigkeit für natürliche Personen durch die Möglichkeit der Kostenstundung nach § 4a InsO.

Für juristische Personen könnte zur Umsetzung des Art. 38 (3) ebenfalls ein Stundungsmodell eingeführt werden. Da Art. 56 eine Konsolidierung oder zumindest eine Koordination von Insolvenzverfahren derjenigen Gründer, Eigentümer oder Gesellschafter eines Kleinstunternehmens mit unbeschränkter Haftung, die persönlich für die Schulden des Kleinstunternehmens haften fordert, wäre die Kostenstundung auch möglich, wenn im Anschluss an diese Verfahren das Unternehmen gelöscht würde. Die nun vollständig entschuldeten ehemaligen Gründer, Eigentümer oder Gesellschafter könnten in diesem Fall weiterhin für eine ratenweise Rückzahlung der gestundeten Verfahrenskosten zur Verfügung stehen.

Es stellt sich jedoch die grundsätzliche Frage, welchen Sinn die Durchführung eines vereinfachten Insolvenzverfahrens bei sog. Kleinstunternehmen haben soll, wenn keine Masse für die Verfahrenskosten vorhanden ist, die Restschuldbefreiung des Unternehmers – wie im deutschen Recht – bereits über die vorhandenen Vorschriften gewährleistet ist und eine Löschung des Unternehmens bei Abweisung des Verfahrens mangels Masse nach § 60 Abs.1 Ziff. 5 i. v. m. § 65 Abs.1 GmbHG von Amts wegen erfolgt.

Das im ErwG. 35 genannte Ziel schnellerer, einfacherer und erschwinglicher Verfahren wird hier nicht dadurch erreicht, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde statt eines Verwalters handelt (ErwG 36) und ein Verfahren eröffnet.

Das Ziel, die „Verwaltungskosten“ zu senken, weil „das Eingreifen des Insolvenzverwalters der Hauptkostenfaktor in Insolvenzverfahren ist“ (S. 20 des Richtlinienentwurfs), wird nicht durch den Einsatz – gewöhnlich gerade nicht an ökonomischen Kriterien orientierter – Behörden gefördert, die zudem auf stark schwankende Insolvenzzahlen regelmäßig nicht durch den schnellen Abbau oder Aufbau von Personal reagieren können.

Da das Ziel nur noch eine wie auch immer geartete „geordnete Liquidation“ des Unternehmens ohne Gläubigerbefriedigung sein soll, stellt sich auch die Frage, wo der Anreiz liegen soll, dieses Verfahren rechtzeitig einzuleiten. Es liegt nahe, dass Unternehmen so spät den

Verfahrensweg wählen, dass für die Gläubiger nichts mehr übrigbleibt und nur noch eine einfache Abwicklung in Frage kommt – in Verbindung mit der Tatsache, dass dann – siehe unten, Art. 39 – mit hoher Wahrscheinlichkeit kein Insolvenzverwalter bestellt wird, der die Geschäftsvorfälle aufarbeitet. Damit wird lediglich ein massiver Anreiz zum Missbrauch des Verfahrens geschaffen, der an die Verhältnisse in Deutschland vor Einführung der Insolvenzordnung erinnert.

Eine besondere Gefahr für die Rechtsordnungen entstünde noch zusätzlich, wenn – siehe ErwG. 35 -, die Regelungen auch auf kleine und mittlere Unternehmen ausgedehnt würden.

Art. 38 (1) und (2) lässt sich entnehmen, dass lediglich die Zahlungsunfähigkeit, nicht jedoch die Überschuldung („balance sheet test“, Bilanztest) bei Kleinstunternehmen Eröffnungsgrund sein soll.

Die Überschuldung sollte bei Kleinstunternehmen im Sinne des Vorschlags ebenfalls Eröffnungsgrund sein. Ihre schützende Wirkung für die Gläubiger ist umfangreich beschrieben worden und wäre gerade hier wegen der ansonsten zurückgenommenen Schutzmaßnahmen für Gläubiger von besonderer Bedeutung.

Es wäre sogar weitergehend sinnvoll aus Gläubigerschutzgründen darüber nachzudenken, dass – selbst wenn das europaweit nicht in Gänze „durchsetzbar“ wäre – den Mitgliedstaaten empfohlen wird, bei Unternehmen aller Größenklassen und unabhängig von der Rechtsform die Verfahrensgründe auf die Überschuldung zu erweitern. Der ursprünglich – jedenfalls in Deutschland – geltende Gedanke, dass eine Überschuldung bei einer natürlichen Person (die auch Unternehmer ist) nicht Eröffnungsgrund sein muss, weil die natürliche Person früher oder später alle Schulden zurückzahlen muss, gilt seit Einführung der InsO mit der Restschuldbefreiung nicht mehr.

Dasselbe gilt für eine Antragspflicht bei natürlichen Personen, die Unternehmer sind, im Falle der Zahlungsunfähigkeit (hierüber schweigt sich der Entwurf aus, möglicherweise in der Annahme, dass es eine solche Pflicht per se nicht gibt).

bb) Art. 39 – Insolvenzverwalter

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass bei vereinfachten Liquidationsverfahren ein Insolvenzverwalter nur bestellt werden kann, wenn die beiden folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Der Schuldner, ein Gläubiger oder eine Gruppe von Gläubigern haben eine solche Bestellung beantragt.
- b) Die Kosten für das Eingreifen des Insolvenzverwalters können aus der Insolvenzmasse oder von der Partei finanziert werden, die die Bestellung beantragt hat.

(40) In vereinfachten Liquidationsverfahren muss in der Regel in Anbetracht der einfachen Geschäftstätigkeiten von Kleinstunternehmen, die von der zuständigen Behörde ausreichend beaufsichtigt werden können, kein Insolvenzverwalter bestellt werden. Daher sollte der Schuldner die Kontrolle über sein Vermögen und das Tagesgeschäft behalten. Um zugleich sicherzustellen, dass vereinfachte Liquidationsverfahren effektiv und effizient durchgeführt werden können, sollte der Schuldner zu Beginn und während des gesamten Verfahrens genaue, zuverlässige und vollständige Angaben zu seiner Finanzlage und seinen Geschäftsangelegenheiten machen.

Eine Verwalterbestellung soll nach Art. 39 von einer entsprechenden Entscheidung des Schuldners bzw. eines Gläubigers oder einer Gläubigergruppe und zusätzlich von einer Kostendeckung aus der Masse oder aus einer Finanzierung durch antragstellende Parteien abhängig gemacht werden.

Unabdingbar wäre bei dieser Gestaltung für den Schuldner, der sich gegen einen Insolvenzverwalter entscheidet, eine Aufklärung darüber, welche Pflichten auf ihn zukommen, z.B. Arbeitsbescheinigungen etc., so dass ggf. eine Vielzahl von Schuldnern den Verwalter einsetzen lassen würden.

Wenn ein verwalterloses Verfahren eingeführt werden würde, müsste die Haftung für die handelnden Personen (Geschäftsleiter der juristischen Person, die ein Kleinstunternehmen betreibt) geregelt werden. Ebenso müsste die Haftung der dann teilweise statt des Verwalters handelnden Institutionen (Behörden, Gerichte) an die bisherigen Standards der Verwalterhaftung angepasst werden.

Gegen eine lediglich im Ausnahmefall erfolgende Bestellung von Insolvenzverwaltern sprechen jedoch gerade bei Kleinstunternehmen gewichtige Gründe:

- Mit einer Eigenverwaltung wären gerade Kleinstunternehmen regelmäßig überfordert (vgl. ErWG. 37). Dies betrifft sowohl die insolvenzrechtlichen Pflichten gegenüber den Gläubigern und den Gerichten als auch die besonderen Fürsorgepflichten gegenüber Arbeitnehmern im Insolvenzfall.
- Eine Eröffnung aller Insolvenzverfahren von Kleinstunternehmen, unabhängig von einer Kostendeckung, ist nach der Rechtspraxis vieler Mitgliedstaaten nicht notwendig um zu einer Liquidation und Löschung des Unternehmens zu kommen (vgl. für die deutsche Rechtslage die Ausführungen zu Art. 38)
- Es bestünde die Gefahr der gezielten „Ausplünderung“ des Unternehmens ohne die spätere Durchsetzung von Haftungsansprüchen durch einen Verwalter. Diese Gefahr sieht auch die Weltbank und empfiehlt deshalb gerade bei Kleinstunternehmen nur in Ausnahmefällen auf die Bestellung eines Insolvenzverwalters zu verzichten (Vgl. Principles for effective Insolvency and Creditor/debtor Regimes – revised edition 2021- C

19.6: „In simplified liquidation proceedings, the law should specify under which exceptional circumstances an insolvency representative or liquidator may not be appointed.“) Der Hinweis, dass einzelne Gläubiger diesen Ansprüchen nachgehen könnten, ist praxisfern und wegen der damit individuell verbundenen Kosten unrealistisch.

- Wenn schon bei größeren Insolvenzen trotz großen Aufwands Eigenverwaltungen nicht erfolgreich sind, ist das bei den Kleinverfahren noch mehr zu gewärtigen. Das verwalterlose Verfahren ist zudem eine Eigenverwaltung ohne Sachwalter. Der notwendige Sachverstand könnte hier nur durch externe Berater dargestellt werden, die in Kleinstverfahren ohne Masse regelmäßig auch nicht bezahlt werden können und deshalb dort auch nicht tätig werden.
- Auch bei einem verwalterlosen Verfahren würden Kosten anfallen, die in der Regel nicht weniger sein werden als beim Verfahren mit Verwalter. Kleinverfahren mit all ihren Anforderungen können jedenfalls in Deutschland fast nicht kostendeckend abgewickelt werden, sondern sind für Insolvenzverwalter häufig Teil einer „Mischkalkulation“, die erst dadurch aufgeht, dass die Übernahme von Kleinstverfahren oftmals zur Bedingung für die Bestellung auch in größeren Fällen gemacht wird. Wenn dann das Verfahren vom verwalterlosen Verfahren in das Verfahren mit Verwalter wechselt, könnten ggfs. sogar höhere Kosten entstehen. Zu den vorherigen Beraterkosten, die womöglich bei einem unmittelbaren Verwalterverfahren nicht angefallen wären, kommen dann die Verwalterkosten hinzu.
- Es stellt sich die Frage, wer die im Vorfeld „ungerechten Vermögensverfügungen“ im Wege der Anfechtung geltend machen soll (s. auch die Principles for effective Insolvency and Creditor/debtor Regimes – revised edition 2021). Es höhlt das gläubigerorientierte Verfahren auch dann aus, wenn die Gläubiger selbst die Einsetzung eines Verwalters wegen der zu tragenden Kosten scheuen und aus diesem Grund die Sonderaktiva nicht durchgesetzt werden; dies allein mit der Gläubigerautonomie zu begründen kann nicht im Interesse einer Rechtsordnung sein, in der ordnungspolitische Ziele als wichtig erachtet werden.

Nach Auffassung des VID widerspricht der Vorschlag zu Art. 39 COM (2022) deutlich den Interessen von Schuldnern, Gläubigern oder staatlichen Beteiligten wie Finanzämtern und weiteren Behörden, denen gegenüber im Insolvenzverfahren zahlreiche Pflichten bestehen, die bislang auch in Kleinstverfahren regelmäßig vom Verwalter erfüllt werden. Im verwalterlosen Verfahren wird nach Einschätzung des VID mit hoher Wahrscheinlichkeit niemand diese Pflichten erfüllen. Mit geringer Wahrscheinlichkeit wird diese Pflichten der Schuldner ggf. gemeinsam mit einem Berater erfüllen.

Die Gerichte sollten deshalb die Befugnis erhalten, auf eigene Initiative hin einen Sachverständigen zu bestellen, der das Vorliegen der Voraussetzungen des vereinfachten Liquidationsverfahrens zu prüfen.

Weiterhin sollten die Gerichte in der Lage sein, auch ohne einen Antrag der bisher in Artikel 39 genannten Personen einen Verwalter zu bestellen, wenn das aus ihrer Sicht für die Durchführung des Verfahrens sinnvoll ist – und die Kosten von der Insolvenzmasse getragen werden können (Art. 39 (b)).

Es sollte geregelt werden, wer und in welcher Form ein Sonderkonto für die Erlöse aus der Verwertung der Insolvenzmasse führen darf. Aus Gründen des Gläubigerschutzes wäre es un-
tunlich, die Kontoführung im Falle der Liquidation dem Schuldner zu überlassen.

Um auch ohne anfängliche Deckung der Verfahrenskosten zu einer Eröffnung von Verfahren zu kommen, könnte statt eines Verzichts auf die Bestellung von Insolvenzverwaltern alternativ eine Kostenstundung nach dem Vorbild des § 4a InsO zugelassen werden.

Dieses Modell würde eine Reihe von Anreizen zur Steigerung der Effizienz bieten. Es motiviert den stundenden Mitgliedstaat zu einer vorsichtigen, und (im deutschen Beispiel) gesetzlich begrenzten Vergütung von Insolvenzverwaltern. Gleichzeitig motiviert es die bestellten Insolvenzverwalter zur aktiven Untersuchung von Haftungs- und Anfechtungsansprüchen, die zur Massemehrung beitragen und damit auch seine Vergütung erhöhen können. Die Gläubiger werden in diesem Fall von der Notwendigkeit individueller Verfahrenskostenbeiträge entlastet. Nach den deutschen Erfahrungen sind überdies die Aussichten auf eine ratenweise Rückzahlung der gestundeten Kosten durch die von ihren übrigen Schulden befreiten Schuldner nach Abschluss des Verfahrens überdurchschnittlich gut.

Die regelmäßige Bestellung von Insolvenzverwaltern würde zudem eine ganze Reihe von Folgeproblemen vermeiden, die bei einem Verzicht auf solche Bestellungen entstehen würden:

Finanzierungshoheit der Mitgliedstaaten

Die in Art. 38 (3) und (4) vorgesehene Verpflichtung der Mitgliedstaaten, in jedem Fall die Deckung der Verfahrenskosten sicherzustellen, stellt in Kombination mit Art. 39 auch einen Eingriff in die Finanzhoheit der Mitgliedstaaten dar. Denn wenn den Mitgliedstaaten eine Finanzierungspflicht für das Verfahren auferlegt wird, ist keine Rechtfertigung für ein Verbot erkennbar, nach eigenem Ermessen zu regeln, ob für die zu erledigenden Aufgaben gerichtliche Kapazitäten vorgehalten und finanziert oder Insolvenzverwalter bestellt und finanziert werden sollen. Mitgliedstaaten wie Deutschland, dessen Rechtssystem bereits funktionsfähige, effektive und kostengünstige Liquidationsmöglichkeiten für jede Art von Kleinstunternehmen vorsieht, muss selbst die Entscheidung überlassen bleiben, ob sie sich von einem verwalterlosen Verfahren einen Effizienzgewinn und Kostenvorteil versprechen oder insoweit der Einschätzung der Weltbank folgen.

Neue Anforderungen an zuständige Gerichte / Behörden („Gericht“)

Bereits die Regelungen in Titel IV zur Einführung eines Pre-pack-Verfahrens sehen mit der gerichtlichen Bestätigung eines Unternehmensverkaufs gemäß Art. 26 eine zumindest für Deutschland neue Aufgabe für das Insolvenzgericht vor. Die Regelungen in Titel VI gehen mit der Einführung neuer Aufgaben noch weit darüber hinaus.

Nach dem Vorschlag soll im vereinfachten Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen die Bestellung eines Insolvenzverwalters die Ausnahme sein und nur auf Antrag des Schuldners oder einer Gläubigergruppe erfolgen, wenn zudem die Kosten durch die Masse oder den/die Antragsteller gedeckt sind (ErwG. 40, Art. 39). Eine Verwalterbestellung auf Initiative des Gerichts ist nicht vorgesehen; das Gericht soll das vereinfachte Verfahren nach Art. 47 c) lediglich dann in ein Regelverfahren umwandeln können, wenn die Verfolgung von Anfechtungsansprüchen, die ohne Verwalter nach Art. 47 a) im Ermessen der Gläubiger steht, unter den Bedingungen des vereinfachten Verfahrens nicht möglich wäre. Der Verzicht auf einen Verwalter soll dadurch kompensiert werden, dass das Gericht oder auch Gläubiger Aufgaben übernehmen, die üblicherweise einem Verwalter oder einer anderen vom Gericht bestellten Person bzw. jedenfalls nicht dem Gericht obliegen.

Das Absehen von der Bestellung eines Verwalters soll offenkundig der Kostenersparnis dienen. Im Explanatory Memorandum zum Vorschlag (Punkt 5., S. 20 der deutschen Fassung) heißt es explizit: „Beispielsweise sollte in der Regel kein Insolvenzverwalter im Verfahren bestellt werden, da das Eingreifen des Insolvenzverwalters der Hauptkostenfaktor in Insolvenzverfahren ist“.

Nach ErwG. 35 Satz 2 besteht (angeblich) ein „Erfordernis schnellerer, einfacherer und erschwinglicher Verfahren“.

Die Überlegung, dass ein Verwalter im vereinfachten Liquidationsverfahren verzichtbar ist, basiert zudem auf der in ErwG. 40 zum Ausdruck gebrachten Annahme: „In vereinfachten Liquidationsverfahren muss in der Regel in Anbetracht der einfachen Geschäftstätigkeiten von Kleinstunternehmen, die von der zuständigen Behörde ausreichend beaufsichtigt werden können, kein Insolvenzverwalter bestellt werden.“ (ebenso Punkt 5., S. 20 der deutschen Fassung des Explanatory Memorandum zum Vorschlag).

Diese Annahmen sind weder im Kontext des Vorschlags nachvollziehbar noch bei isolierter Betrachtung des vereinfachten Verfahrens nach dem Konzept der Art. 38 ff. zutreffend.

Kein Bedarf für eine vereinfachtes Liquidationsverfahren

Bei welchen Mitgliedstaaten tatsächlich der Bedarf für ein schnelleres, einfacheres und kostengünstigeres Liquidationsverfahren besteht, sei es für Kleinstunternehmen oder allgemein,

geht aus dem Vorschlag und den ergänzenden Dokumenten nicht hervor. Selbst wenn man einen grundsätzlichen Bedarf in einigen Mitgliedstaaten unterstellt, ist allerdings unklar, für wen der Bedarf bestehen soll. Der Vorschlag geht offenbar davon aus, dass bei Mikrounternehmen(r)n selbst die Nachfrage nach einer Möglichkeit besteht, ihr Unternehmen in einem vereinfachten Verfahren zu liquidieren und hierbei Schuldbefreiung zu erlangen. Für die Schuldbefreiung mochte dies früher zutreffen, hat sich aber durch die Umsetzung der Art. 20 ff. der Richtlinie (EU) 2019/1023 erübrigt. Auch hinsichtlich eines vereinfachten Verfahrens ist eine solche Nachfrage jedenfalls in Deutschland nicht feststellbar:

Sowohl natürliche als auch juristische Personen können jederzeit ihren Betrieb einstellen. Wird der Insolvenzantrag einer juristischen Person mangels Masse abgewiesen, versetzt dies die juristischen Personen zwangsweise ins Liquidationsstadium und die Gläubiger unterliegen keinen Beschränkungen bei der Verfolgung ihrer Rechte. Sie haben nach Maßgabe des AnfG sogar Möglichkeiten zur Geltendmachung der Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners (*actio pauliana*). Bei Bedarf können die Gläubiger aber auch in diesem Stadium – selbst nach Löschung des Schuldners im Handelsregister – noch die Durchführung eines Insolvenzverfahrens erreichen, wenn sie einen Vorschuss zahlen oder kostendeckendes Vermögen noch aufgedeckt werden kann. Soweit es dem Richtlinienvorschlag nur darum geht, die unwirtschaftliche Befassung von Gerichten und Insolvenzverwaltern zu vermeiden und die Abwicklung des Unternehmens dem Schuldner zu überlassen, wird dieses Ziel mit der deutschen Rechtsfolge der Abweisung eines Insolvenzantrags mangels Masse erreicht. Natürliche Personen – seien es Unternehmer oder für Unternehmen mithaftende, ggf. auch selbst nicht unternehmerisch tätige Schuldner – können über eine Stundung der Verfahrenskosten auch ohne kostendeckendes Vermögen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erreichen und über die Möglichkeit einer „Freigabe“ der selbstständigen Tätigkeit nach § 35 Abs. 2 InsO eine unternehmerische Tätigkeit unmittelbar nach der Verfahrenseröffnung insolvenzfrei fortsetzen oder eine solche neu beginnen, noch während über das Altvermögen das Insolvenzverfahren läuft, in welchem sie – gemäß der Richtlinie (EU) 2019/1023 – nach drei Jahren Restschuldbefreiung erlangen können. Die Möglichkeit der Eigenverwaltung besteht in Deutschland unabhängig von der Verfahrensgröße, ist allerdings an eine hinreichende Qualität des Insolvenzantrags und Qualifikation des Schuldners oder seiner Berater zur Wahrnehmung der verfahrensspezifischen Aufgaben geknüpft. Die Kosten eines Insolvenzverfahrens (mit Verwalter) bewegen sich im Fall der Masselosigkeit üblicherweise in einem Bereich unter 5.000,00 €.

Daneben besteht für Unternehmen jeder Verfahrensgröße die Möglichkeit einer vorinsolvenzlichen Restrukturierung nach dem StaRUG, mit dem Deutschland die Richtlinie (EU) 2019/1023 umgesetzt hat.

Sowohl das StaRUG als auch die InsO sehen die Möglichkeit vor, über einen Restrukturierungs- oder Insolvenzplan neben dem Schuldner auch mithaftende Gesellschafter zu entschulden. Wie bereits erwähnt, hat unabhängig davon jede natürliche Person eine Entschuldungsperspektive über ein eigenes Insolvenzverfahren.

Wenn, wie das Explanatory Memorandum zum Vorschlag (Punkt 5., S. 20 der deutschen Fassung) feststellt, insbesondere Kleinstunternehmen von den vorgenannten Möglichkeiten keinen Gebrauch machen, liegt dies nicht daran, dass die verfügbaren Möglichkeiten zu aufwendig oder zu teuer sind. Wesentliche Gründe sind aus Sicht der Praxis vielmehr, dass Schuldner oder ihre Berater die bestehenden Möglichkeiten nicht hinreichend kennen oder verstehen, Krisenanzeichen und ggf. auch Beratung ignorieren und sich an unrealistische Hoffnungen klammern, nicht gewillt sind ihr Unternehmen zu liquidieren und/oder sich dem vermeintlichen Stigma eines Verfahrens nicht aussetzen wollen. Das Problem, von bestehenden Möglichkeiten Kenntnis zu erlangen und sie zu verstehen, wird sich mutmaßlich nicht dadurch verringern, dass das Angebot an Möglichkeiten erweitert und diversifiziert wird.

Ob die Nachfrage nach einem vereinfachten Liquidationsverfahren im Sinn des Vorschlags bei Gläubigern oder Gerichten oder aus volkswirtschaftlichen Überlegungen besteht, kann dahingestellt bleiben. Denn nach dem Vorschlag ist das Verfahren nur auf Initiative des Schuldners bzw. jedenfalls nur mit dessen aktiver und freiwilliger Mitwirkung möglich, wie sich aus Art. 41 (3), (4), (6), (7) und Art. 43 ergibt. Nach ErwG. 40 Satz 3 "sollte der Schuldner zu Beginn und während des gesamten Verfahrens genaue, zuverlässige und vollständige Angaben zu seiner Finanzlage und seinen Geschäftsangelegenheiten machen." Verweigert sich der Schuldner einer ordnungsgemäßen Mitwirkung oder ist er hierzu nicht in der Lage, kann das Verfahren nicht zur Eröffnung bzw. zu einer ordnungsgemäßen Durchführung kommen, unabhängig von etwaigen Wunschvorstellungen der Gläubiger, Gerichte oder des Gesetzgebers.

Reduzierung der Ordnungsfunktion

Die Durchführung eines Insolvenzverfahrens unter Einsetzung eines neutralen, fachkundigen Verwalters erfüllt auch eine Ordnungsfunktion, weil der Verwalter Aufgaben erledigt, die im öffentlichen Interesse liegen und vom Schuldner üblicherweise nicht erfüllt werden oder erfüllt werden können. Dieses Verfahrensziel äußert sich im deutschen Recht insbesondere darin, dass Verfahren nach § 26 InsO auch dann zur Eröffnung kommen, wenn keine Gläubigerbefriedigung in Aussicht steht, sondern nur die Verfahrenskosten gedeckt sind. Die Begründung zum Vorschlag adressiert einerseits zwar diese Ordnungsfunktion, indem als Ziel ausgegeben wird, dass auch für Kleinstunternehmen, für die aktuell mangels Kostendeckung kein Insolvenzverfahren eröffnet würde, „eine geordnete Liquidation“ sichergestellt wird (Explanatory Memorandum, Punkt 5., S. 20 der deutschen Fassung). Andererseits soll das Ziel des vereinfachten Verfahrens aber vor allem die schnelle, einfache und kostengünstige Liquidation

tion des Schuldnerunternehmens sein. Diese Ziele sind schwer vereinbar, wenn Geschwindigkeit und Kostenersparnis, wie beim Vorschlag der Fall, zwangsläufig zu Lasten der Ordnungsfunktion gehen. Der Sinn einer Verfahrenseröffnung ist schwer nachvollziehbar, wenn von der Ordnungsfunktion praktisch nichts übrig bleibt außer dem Umstand, dass ein Verfahren bzw. Verfahrenshandlungen stattfinden, die über rituelle Elemente kaum hinausgehen. Wenn die Ordnungsfunktion ohnehin der Geschwindigkeit und Kostenersparnis untergeordnet werden soll, wäre es schneller, einfacher, kostengünstiger und schonender für gerichtliche Kapazitäten, dem Schuldner die Anzeige der Betriebseinstellung und massearmen Liquidation zu ermöglichen und die Verteilung etwaigen Vermögens dem Schuldner und der individuellen Gläubigerinitiative zu überlassen. Natürliche Personen haben schon nach der Richtlinie 2019/1023 die Möglichkeit Restschuldbefreiung und einen Neustart zu erlangen; juristische Personen können gelöscht werden und bedürfen keiner Schuldbefreiung. Sollte dem Vorschlag die Vorstellung zugrunde liegen, dass auch ein regelmäßig ohne Verwalter durchgeführtes Verfahren die Ordnungsfunktion erfüllen kann, ist dies von mangelndem Verständnis der Aufgaben geprägt, die zur Erfüllung der Ordnungsfunktion erledigt werden müssen.

Diese Fehlvorstellung kommt z.B. in der Annahme zum Ausdruck, eine Verwalterbestellung sei verzichtbar, weil die „einfachen Geschäftstätigkeiten von Kleinstunternehmen“ (ErwG. 40) nur der Aufsicht des Gerichts, aber keines Verwalters bedürften. Abgesehen davon, dass das Verfahren auf eine Betriebsstilllegung und Liquidation abzielt, die für sich schon Maßnahmen außerhalb des üblichen Geschäftsbetriebs implizieren, mit denen Schuldner in der Regel nicht vertraut sind, blendet der Vorschlag in ErwG. 40 aus, dass es verfahrensspezifische Aufgaben gibt, für deren Erledigung ein Schuldner in aller Regel weder über die erforderliche Qualifikation noch die verwaltungstechnische Infrastruktur verfügt, und die auch außerhalb dessen liegen, wofür Gerichtspersonal ausgebildet und ausgestattet ist.

Kein Beschleunigungseffekt

Sollte der Vorschlag auf der Annahme basieren, dass Verfahren zur Liquidation eines insolventen Unternehmens schneller und einfacher (ErwG. 35 Satz 2) abgewickelt werden, wenn kein Verwalter bestellt wird, wäre diese Annahme nicht nachvollziehbar. Denn warum sollte es das Verfahren beschleunigen und verkomplizieren, wenn die Abwicklung einer Person anvertraut wird, die – im Gegensatz zum Schuldner – weiß was zu tun ist und wie es zu tun ist? Basiert der Vorschlag nicht auf der vorgenannten Annahme, bleibt als einziger Grund für den Verzicht auf einen Verwalter die vermeintliche Kostenersparnis. Auch diese ist aber in Zweifel zu ziehen.

Es ist bezeichnend, dass das in Spanien soeben eingeführte Sonderverfahren für Kleinstunternehmen gemäß Art. 687 Abs. 6 des Ley Concursal nur Schuldnern zugänglich ist, die von einem Rechtsbeistand oder Rechtsanwalt vertreten sind. Das neue spanische Recht, das sich hier der Erkenntnis beugt, dass speziell Schuldnern im Bereich der Kleinstunternehmen die Qualifikation zur Abwicklung auch eines vereinfachten Verfahrens fehlt, wurde entworfen von

Ignacio Tirado, der auch maßgeblich an den akademischen Vorarbeiten beteiligt war, die dem Verfahren nach Titel VI des Vorschlags zugrunde liegen (UNCITRAL, ELI, CODIRE). Mit der spanischen Regelung findet eine Kostenentlastung nur dem Anschein nach statt, indem statt der Kosten eines Insolvenzverwalters die Kosten eines Schuldnerberaters anfallen.

Dass die Annahmen, auf denen der Vorschlag beruht, unzutreffend sind, indiziert auch der Umstand, dass sie den einschlägigen Empfehlungen der Weltbank (PRINCIPLES FOR EFFECTIVE INSOLVENCY AND CREDITOR/DEBTOR REGIMES – revised edition 2021 – C 6.1 und C 19.6) diametral entgegenstehen. Die Weltbank empfiehlt nicht nur allgemein in Liquidationsverfahren einen „insolvency representative“ zu bestellen, sondern insbesondere in vereinfachten Verfahren nur in Ausnahmefällen von der Bestellung eines „insolvency representative or liquidator“ abzusehen.

cc) Art. 40 – Kommunikationsmittel

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass bei vereinfachten Liquidationsverfahren die gesamte Kommunikation zwischen der zuständigen Behörde und gegebenenfalls dem Insolvenzverwalter einerseits und den Verfahrensparteien andererseits gemäß Artikel 28 der Richtlinie (EU) 2019/1023 auf elektronischem Wege erfolgen kann.

Die Sicherstellung, dass die gesamte verfahrensbezogene Kommunikation der Beteiligten auf elektronischem Weg erfolgen kann, ist grundsätzlich sinnvoll, stößt in der Praxis jedoch an verschiedene potenzielle Grenzen:

Zum einen ist (noch) nicht gewährleistet, dass alle Gläubiger Zugang zu elektronischen Kommunikationsmitteln haben. Es dürfte schon aufgrund des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz unzulässig sein, die Verfahrensteilnahme an technische Voraussetzungen zu knüpfen.

Zum zweiten ist gerade bei Schuldern, deren Vermögen noch nicht einmal mehr zur Deckung der Verfahrenskosten reicht, nicht gewährleistet, dass sie die technischen Einrichtungen und Dienste bezahlen und damit aufrechterhalten bzw. weiter nutzen können, die für die elektronische Datenverarbeitung und Kommunikation erforderlich sind. Regelmäßig übertragen Kleinstunternehmen mangels eigener Kapazitäten und Qualifikation Buchhaltungsarbeiten externen Dienstleistern und regelmäßig bestehen im Fall der Insolvenz Zahlungsrückstände gegenüber diesen Dienstleistern. Regelmäßig bestehen auch Zahlungsrückstände gegenüber Telekommunikationsanbietern und Providern von Internetdiensten. Diese Dienstleister fordern üblicherweise kurz nach Bekanntwerden eines (vorläufigen) Insolvenzverfahrens eine Zahlungszusage des (vorläufigen) Verwalters oder Vorkasse-Zahlung für künftige Leistungen an und sperren ihre Dienste, wenn sie keine Zahlungszusage erhalten.

Zum dritten trägt eine Umstellung der verfahrensbezogenen Kommunikation auf den elektronischen Weg nur dann zu einer signifikanten Effektivierung und Erleichterung bei, wenn für

das Verfahren eine gemeinsame elektronische Plattform in der Form wie die bei belgischen Insolvenzgerichten etablierte Plattform „Regsol“ genutzt wird, bei der die verfahrensbezogenen Daten und Kommunikationen auf einer Plattform zusammengezogen werden.

b) Kapitel 2 – Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens (Art. 41-45)

Allgemeines

Verbesserung der Transparenz für grenzüberschreitende Investitionen?

Der Vorschlag ist Teil der Umsetzung des Action Plans zur Herstellung einer Kapitalmarktunion. Im Explanatory Memorandum zum Vorschlag (Punkt 1., S. 1) wird neben diesem Umstand adressiert, dass die insolvenzrechtlichen Regeln in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sind. Grenzüberschreitende Investitionen würden unter anderem dadurch erschwert, dass es für Investoren schwierig sei, 27 unterschiedliche Insolvenzsysteme einzuschätzen. Ohne weitere Vereinheitlichung der Insolvenzsysteme könne das Potential grenzüberschreitender Investitionen und Geschäftsbeziehungen nicht voll ausgeschöpft werden.

Titel VIII des Vorschlags enthält Regelungen, aufgrund derer die Insolvenzsysteme der Mitgliedstaaten transparenter gemacht werden sollen.

Es ist zweifelhaft, ob die geplante Einführung von vereinfachten Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen geeignet ist, die Transparenz der Insolvenzsysteme zu erhöhen und die Einschätzbarkeit der verschiedenen Systeme für grenzüberschreitende Investoren zu erleichtern. Denn die Regelungen des Titel VI stellen einen Rahmen dar, innerhalb dessen Mitgliedstaaten gehalten sind, ein neues Verfahren bzw. eine neue Verfahrensart einzuführen. Zudem sollen die Mitgliedstaaten nach den Ausführungen in ErwG. 37 und Art. 38 (2) offenbar eine eigenständige Definition von Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzgrund für Kleinstunternehmen einführen, die sich von bestehenden Definitionen dieses Insolvenzgrunds unterscheidet, sofern sie der neuen Vorgabe nicht schon entsprechen. Da die Regelungen nur einen Rahmen bilden, werden sich die einzelnen Verfahren und die Definitionen des „neuen“ Insolvenzgrunds für Kleinstunternehmen in den Mitgliedstaaten unterscheiden. Zudem werden die Mitgliedstaaten in ErwG. 35 motiviert, den Zugang zu dem neuen Verfahren nicht nur Kleinstunternehmen, sondern auch kleinen und mittelgroßen Unternehmen zu ermöglichen. Machen Mitgliedstaaten hiervon unterschiedlich Gebrauch, werden sich nicht nur die neuen Verfahren, sondern auch die Anwendungsbereiche unterscheiden. Dies führt nicht zu einer Reduzierung der Diversität, sondern zu ihrer Erhöhung. Grenzüberschreitende Investoren werden mit einer erhöhten Komplexität konfrontiert, da in jedem Mitgliedstaat eine neue Verfahrensart sowie eventuell ein neuer Insolvenzgrund hinzukommen, die sich potentiell im Anwendungsbereich und in jedem Fall innerhalb des sonstigen Umsetzungsspielraums unterscheiden.

Das Beispiel der Einführung eines Spezialregimes für Kleinstunternehmen in Spanien zeigt, dass ein entsprechendes Spezialregime sehr komplex sein kann.

Verbesserung des Ergebnisses von Verfahren?

Im Explanatory Memorandum zum Vorschlag (Punkt 1., S. 1 f.) wird als Missstand dargestellt, dass das Ergebnis von Insolvenzverfahren u.a. im Hinblick auf die Befriedigungsquoten für Gläubiger stark variiert.

Auf welcher Vergleichsgrundlage diese Analyse beruht, ist unklar. Festzuhalten ist jedenfalls, dass statistische Erhebungen zu Befriedigungsquoten in Insolvenzverfahren nur vergleichbar sind, soweit auch die Verfahren und deren Eröffnungsvoraussetzungen sich gleichen, und dass Befriedigungsquoten keine Aussagekraft für die Effizienz von Insolvenzverfahren haben. Wird – im Interesse der Ordnungsfunktion von Insolvenzverfahren – beispielsweise die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht an die Voraussetzung geknüpft, dass eine Befriedigung für die Gläubiger in Aussicht steht, wie dies im Übrigen auch Art. 38 (3) des Vorschlags vorsieht, wird die durchschnittliche Eröffnungsquote erhöht, die Befriedigungsquote aber zwangsläufig durch Verfahren verschlechtert, die ohne Quotenperspektive eröffnet werden. Zudem sind Befriedigungsquoten nicht vergleichbar, wenn keine Unterscheidung zwischen gesicherten und ungesicherten Forderungen erfolgt und wenn Systeme mit und ohne oder mit unterschiedlichen Vorrechten oder Rangfolgen der Forderungen verglichen werden.

Die vorgeschlagenen Sonderregeln würden insoweit nicht zur Verbesserung, sondern zur Verschlechterung der durchschnittlichen Befriedigungsquote führen, weil nach der Vorgabe in Art. 38 (3) im Zweifel mehr Verfahren zu eröffnen wären und zudem die Einschränkung der Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen nach Art. 47 potentielle Massezuflüsse verhindern würde.

Vor diesem Hintergrund ist auch die These im Impact Assessment Report vom 07.12.2022 nicht nachvollziehbar, „A special regime for MSEs and transparency on insolvency triggers would increase the recovery value because more MSEs would be subject to an orderly liquidation and faster debt discharge.“

Die bloße Eröffnung und Durchführung eines Verfahrens mehrt das Schuldnervermögen nicht, insbesondere dann, wenn das Verfahren nicht auf professionelle und bestmögliche Aufdeckung und Realisierung von Werten und Anfechtungsansprüchen ausgerichtet ist, sondern auf Geschwindigkeit und Kostenersparnis. Mit dieser Verlagerung der Verfahrenszwecke führen auch reduzierte Kosten nicht zu einer nennenswerten Quotenverbesserung, wenn das Schuldnervermögen nicht zur Deckung der Kosten eines Regelinsolvenzverfahrens ausreicht.

Die Annahme im Impact Assessment Report (a.a.O.), eine Reduzierung der Verfahrensdauer und der Kosten „incurred for MSEs“ würde den Anreiz für Schuldner erhöhen, von dem Ver-

fahren Gebrauch zu machen, ist praxisfremd und von einer Fehlvorstellung geprägt. Üblicherweise haben Schuldner der Zielgruppengröße kaum eine Vorstellung von der Dauer und den Kosten eines Insolvenzverfahrens. Nicht diese Faktoren sind für Vorbehalte gegenüber einem Insolvenzverfahren ausschlaggebend, sondern erfahrungsgemäß Verlust- und Stigmatisierungsängste sowie irrationale Hoffnungen. Es ist nicht erkennbar, dass die anderslautende Annahme im Impact Assessment Report auf empirisch erlangten Erkenntnissen beruht. Schuldner, die über eine Insolvenzantragstellung nachdenken (sollten), dürften zudem auch kaum dem Irrtum unterliegen, bei einer Reduzierung der Verfahrenskosten blieben ihnen selbst Vermögenswerte übrig. Die Kosten fallen zwar dem Schuldnervermögen zur Last, treffen wirtschaftlich aber die Gläubiger, sind also in Wirklichkeit „incurred for creditors“. Anders als im Impact Assessment angenommen, können daher Schuldner die Verfahrenskosten gleichgültig sein und sind es in der Regel auch. Wenn die generelle Schuldnermotivation zur Einleitung eines Verfahrens die bestmögliche Wahrung der Gläubigerinteressen wäre, würden allgemein jetzt schon frühzeitiger Anträge gestellt.

Widersprüchlichkeit und Unvereinbarkeit von Titel IV mit anderen Bestandteilen des Vorschlags

Der Ansatz der Regelungen in Titel VI des Vorschlags über ein Sonderverfahren für die Liquidation von Kleinstunternehmen, welche die Mitgliedstaaten nach ErWG. 35 optional auch für kleine und mittlere Unternehmen zugänglich machen sollen, steht nicht in Einklang mit anderen Teilen des Vorschlags, insbesondere mit Titel II bis IV. Zweifel bestehen aber auch hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Titel VII.

Widerspruch zwischen Titel VI und Titel II

Nach Titel II des Vorschlags sollen Minimum-Standards für die Anfechtung von Rechtshandlungen eingeführt werden, „Zum Schutz des Werts der Insolvenzmasse für die Gläubiger“ (ErWG. 5 Satz 1). Zu Titel II wird die Bedeutung des Insolvenzverfahrens und insbesondere der Insolvenzanfechtung zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Gläubiger herausgestellt. Die Titel II zugrunde liegende Studie von *Bork/Veder* basiert auf Grundprinzipien, die historisch und rechtsvergleichend allen Insolvenzrechtssystemen inhärent sind.

Demgegenüber soll im vereinfachten Liquidationsverfahren nach Titel VI regelmäßig keine neutrale Person mit umfassendem Informationszugang das Bestehen von Anfechtungsansprüchen prüfen; vielmehr soll die Geltendmachung solcher Ansprüche nach Art. 47 a) im Ermessen der Gläubiger stehen. Gläubiger können indes mangels Informationszugang in der Regel keine Kenntnis von Anfechtungstatbeständen haben, die sie nicht selbst betreffen, und selbst im Fall der Kenntnis haben Gläubiger üblicherweise keinen Zugriff auf notwendige Beweismittel aus der Buchhaltung und den Geschäftsunterlagen des Schuldners.

Wenn gerade in Fällen, in denen das Vermögen so weit verbraucht ist, dass noch nicht einmal die Verfahrenskostendeckung gewährleistet ist, auf eine standardmäßige Prüfung von Anfechtungsansprüchen verzichtet wird, geht dies zu Lasten der Gläubigergemeinschaft und widerspricht insolvenzrechtlichen Grundprinzipien.

Widerspruch zwischen Titel VI und Titel III

Titel III des Vorschlags enthält Regelungen, die Insolvenzverwaltern einen besseren und leichteren Zugang zu Informationen ermöglichen, um Gegenstände der Insolvenzmasse zu ermitteln und in Besitz zu nehmen. Entsprechende Regelungen sind nach ErwG. 13 "für die Maximierung des Wertes dieser Insolvenzmasse von wesentlicher Bedeutung". In ErwG. 14 heißt es weiter: "Daher müssen Bestimmungen festgelegt werden, durch die sichergestellt wird, dass Insolvenzverwalter bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben in Insolvenzverfahren direkt oder indirekt Zugang zu Informationen haben können, die in nicht öffentlich zugänglichen Datenbanken gespeichert sind."

Zu diesen Feststellungen steht in Widerspruch, dass in vereinfachten Verfahren nach Titel VI des Vorschlags regelmäßig gar keine Ermittlungen durch einen neutralen und mit Ermittlungsbefugnissen ausgestatteten Verwalter stattfinden sollen. Der Bestand der Insolvenzmasse soll allein auf Grundlage der Angaben des Schuldners ermittelt werden, Art. 41 (4) c), Art. 48 (1), und die Vermögensaufstellung des Schuldners ist noch nicht einmal standardmäßig nach Art. 45 (2) Satz 2 zum Versand an die Gläubiger vorgesehen. Sie können die Vermögensaufstellung daher nicht auf Vollständigkeit und Richtigkeit prüfen.

Selbst wenn den Gläubigern Gelegenheit zur Ergänzung der Vermögensaufstellung des Schuldners gegeben würde, können ihre Ermittlungsmöglichkeiten nie so weit gehen wie die eines Insolvenzverwalters, dem die Mittel aus Titel III zur Verfügung stehen. Die Regeln des vereinfachten Verfahrens nach Titel VI machen es somit dem Schuldner nicht nur leicht, anfechtbare Vermögensschmälerungen der Vergangenheit unentdeckt zu lassen, sie vereinfachen auch die Verschleierung des bei Insolvenzeröffnung noch vorhandenen Bestandsvermögens.

Widerspruch zwischen Titel VI und Titel IV

Nach Titel IV des Vorschlags sollen die Mitgliedstaaten Pre-pack-Verfahren einführen, bei denen der Eröffnung des eigentlichen Insolvenzverfahrens eine Vorbereitungsphase vorausgeht, in der ein mit Insolvenzeröffnung stattfindender Verkauf des Unternehmens vorbereitet werden kann. Für die Vorbereitungsphase wird gemäß Art. 22 (3) die Einsetzung eines unabhängigen und qualifizierten Monitors für erforderlich erachtet, um nach ErwG. 26 sicherzustellen, „dass der Verkaufsprozess vom Wettbewerb bestimmt, transparent und fair ist und den Marktstandards entspricht.“ Der Monitor ist nach Art. 25 bei Eröffnung der Liquidationsphase als Insolvenzverwalter zu bestellen.

Auch im vereinfachten Verfahren soll gemäß Art. 50 (1) Satz 2 ein Verkauf des Unternehmens als laufender Betrieb möglich sein. Allerdings ist dabei keine standardmäßige Begleitung durch eine neutrale, qualifizierte Person vorgesehen. Dies lässt sich nicht damit begründen, dass der Verkauf im Rahmen einer Auktion erfolgt und ein Angebot für den Betrieb im Ganzen notwendigerweise besser sein muss als die Summe der Erlöse für einen Einzelverkauf. Denn ohne transparente, marktkonforme Verkaufsbemühungen ist nicht sichergestellt, dass das Wertpotential des Betriebs ausgeschöpft wird. Warum das, was im Pre-pack-Verfahren als notwendig erachtet wird, im vereinfachten Verfahren nicht gelten soll, erschließt sich nicht.

Hinzu kommt, dass dem Vorschlag keine Hinderungsgründe zu entnehmen sind, das Pre-pack-Verfahren mit dem vereinfachten Liquidationsverfahren zu kombinieren. Insbesondere enthält Art. 42 (2) nicht die Möglichkeit, die Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens mit der Begründung zu verweigern, dass der Schuldner zuvor die Vorbereitungsphase der Art. 22 ff. durchlaufen hat. In diesem Fall widersprechen sich aber die Regelungen zur Verwalterbestellung in Art. 25 und Art. 39.

Unvereinbarkeit mit Titel V

Titel V des Vorschlags gibt den Mitgliedstaaten auf, für juristische Personen eine Insolvenzantragspflicht einzuführen und Regeln zur Haftung der Geschäftsleitung bei Verletzung der Antragspflicht.

Die Bestimmungen für das vereinfachte Liquidationsverfahren nach Titel VI sehen nicht vor, dass das Gericht einen Eröffnungsantrag zurückweisen kann, wenn Haftungsansprüche gegen die Geschäftsleiter z.B. wegen Insolvenzverschleppung im Raum stehen (Art. 42 (2)). Zudem soll auch in diesem Fall der Grundsatz der Eigenverwaltung gelten (Art. 43 (1)), das Gericht soll nicht nach eigenem Ermessen einen Insolvenzverwalter bestellen können (Art. 39) und der etwaigen Geltendmachung durch Gläubiger sind nur Anfechtungsansprüche zugewiesen (Art. 47). Somit kann davon ausgegangen werden, dass Haftungsansprüche gegen die Geschäftsleitung – z.B. gemäß Art. 37 – aber auch gegen Gesellschafter im vereinfachten Liquidationsverfahren leerlaufen. Denn es ist nicht zu erwarten, dass die Geschäftsleitung Ansprüche gegen sich selbst verfolgt. Entweder erkennt sie das Bestehen von Haftungsansprüchen, weil sie schon die Insolvenzverschleppung erkennt, oder sie verschleiert solche Ansprüche bewusst.

Geschäftsleiter, die ihre persönliche Haftung erkennen aber zu verschleiern suchen, erhalten hierfür somit durch das vereinfachte Liquidationsverfahren ideale Rahmenbedingungen zum Missbrauch, was dem Sinn und Zweck der Vorgaben in Titel V entgegensteht.

Vereinbarkeit mit Titel VII?

Die Regelungen in Titel VII des Vorschlags betreffen die Einsetzung von Gläubigerausschüssen. Sie soll nach Art. 58 (1) in der Regel nur aufgrund einer Entscheidung der Gläubigerversammlung erfolgen; die Mitgliedstaaten können nach Art. 58 (2) aber auch dem Gericht die vorläufige Einsetzung eines Gläubigerausschusses gestatten, wenn mindestens ein Gläubiger dies beantragt. Nach Art. 58 (3) können Mitgliedstaaten die Bestellung eines Gläubigerausschusses u.a. dann für unzulässig erklären, wenn der Schuldner ein Kleinunternehmen ist.

Auf den ersten Blick spielen Gläubigerausschüsse in vereinfachten Verfahren nach Titel VI daher keine Rolle. Zum einen sind Mitgliedstaaten aber nicht gezwungen, vereinfachte Verfahren von den Regelungen des Titel VII auszunehmen; zum anderen kann die Einsetzung eines Gläubigerausschusses aus den in ErwG. 47 genannten Gründen auch bei Kleinunternehmen gläubigerseits gewünscht und objektiv sinnvoll sein. Zudem ermutigt ErwG. 35 Satz 3 die Mitgliedstaaten, vereinfachte Verfahren auch kleinen und mittleren Unternehmen zugänglich zu machen. Die Regeln über das vereinfachte Verfahren sehen indes keine Gläubigerversammlungen vor, in denen abschließend über die Einsetzung eines Gläubigerausschusses beschlossen werden könnte. Zumindest insoweit sind sie daher nicht mit den Regelungen in Titel VII vereinbar.

aa) Art. 41 – Antrag auf Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass zahlungsunfähige Kleinunternehmen bei einer zuständigen Behörde die Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens beantragen können.
- (2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass jeder Gläubiger eines zahlungsunfähigen Kleinunternehmens bei einer zuständigen Behörde die Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens in Bezug auf das Kleinunternehmen beantragen kann. Das betreffende Kleinunternehmen erhält Gelegenheit, diesem Antrag zu widersprechen oder zuzustimmen.
- (3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Kleinunternehmen die Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens mittels eines Standardformulars beantragen können.
- (4) Das Standardformular nach Absatz 3 ermöglicht unter anderem die folgenden Angaben:
 - a) Name, Registernummer, Sitz oder, sofern davon abweichend, Postanschrift des Schuldners, wenn es sich bei dem Kleinunternehmen um eine juristische Person handelt;
 - b) Name, gegebenenfalls Registernummer sowie Postanschrift des Schuldners oder, falls die Anschrift geschützt ist, Geburtsort und Geburtsdatum des Schuldners, wenn es sich bei dem Kleinunternehmen um einen Einzelunternehmer handelt;
 - c) Verzeichnis der Vermögenswerte des Kleinunternehmens;

- d) Name, Anschrift oder sonstige Kontaktdaten der Gläubiger des Kleinstunternehmens, die dem Kleinstunternehmen zum Zeitpunkt der Antragstellung vorliegen;
 - e) Verzeichnis der Forderungen gegenüber dem Kleinstunternehmen, wobei für jede Forderung der Betrag, die Hauptforderung und gegebenenfalls die Zinsen sowie der Entstehungszeitpunkt der Forderung und, sofern davon abweichend, das Fälligkeitsdatum angegeben wird;
 - f) Angabe, ob für eine bestimmte Forderung eine dingliche Sicherheit oder ein Eigentumsvorbehalt geltend gemacht wird und, wenn ja, welche Vermögenswerte Gegenstand der Sicherheit sind.
- (5) Die Kommission legt das in Absatz 3 genannte Standardformular im Wege von Durchführungsrechtsakten fest. Diese Durchführungsrechtsakte werden nach dem in Artikel 69 Absatz 2 genannten Prüfverfahren erlassen.
- (6) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Kleinstunternehmen, wenn der Antrag auf Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens von einem Gläubiger gestellt wird und es der Eröffnung des Verfahrens zustimmt, verpflichtet ist, zusammen mit seiner Antwort nach Absatz 2 die in Absatz 4 aufgeführten Informationen vorzulegen, soweit ihm diese vorliegen.

(36) Es sollte sichergestellt werden, dass die Durchführung und Beaufsichtigung vereinfachter Liquidationsverfahren von den Mitgliedstaaten einer zuständigen Behörde übertragen werden können, bei der es sich entweder um ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde handelt. Die Wahl würde unter anderem von den Verwaltungs- und Rechtssystemen der Mitgliedstaaten sowie den Kapazitäten der Gerichte und dem Erfordernis abhängen, die Kosteneffizienz und Schnelligkeit der Verfahren sicherzustellen.

(38) Um kostengünstige und zügige vereinfachte Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen einzurichten, sollten kurze Fristen eingeführt werden. Ebenso sollten die Formalitäten auf allen Stufen des Verfahrens, einschließlich der Eröffnung des Verfahrens, der Anmeldung und Zulassung von Forderungen, der Feststellung der Insolvenzmasse und der Verwertung des Vermögens, auf ein Minimum reduziert werden. Für die Einreichung eines Antrags auf Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens sollte ein Standardformular verwendet werden, und für die gesamte Kommunikation zwischen der zuständigen Behörde und gegebenenfalls dem Insolvenzverwalter und den Verfahrensbeteiligten sollten elektronische Mittel verwendet werden.

Schuldnerantrag

Der Verfahrenszugang auf Schuldnerantrag gemäß Abs. 1 ist für sich nicht weiter kommentierungsbedürftig. Ein Formularzwang kann grundsätzlich hilfreich sein, um zu gewährleisten, dass die notwendigen Informationen möglichst vollständig zur Verfügung gestellt werden. Al-

lerdings kann die Vorgabe eines Formulars auch kontraproduktiv sein, wenn es nicht benutzerfreundlich ist. Das Standardformular zur Forderungsanmeldung gemäß Art. 55 (1), 88 der Verordnung (EU) 2015/848 ist insoweit ein Negativbeispiel. Deutsche Erfahrungen mit zwischenzeitlichen Versuchen zur Einführung von Standardformularen für Unternehmensinsolvenzen weisen in eine ähnliche Richtung.

Die Formulierung von Art. 41 (3) („...dass Kleinunternehmen die Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens mittels eines Standardformulars beantragen können“) lässt die Auslegung zu, dass die Mitgliedstaaten die Verwendung des Standardformulars nicht zwingend vorgeben müssen. Dies kann Vorteile haben, wenn das Standardformular nicht benutzerfreundlich gestaltet ist. Es kann aber auch zu einem Mehraufwand für das Gericht führen, wenn Anträge, die nicht per Formular gestellt werden, schwieriger zu prüfen sind und das Gericht sie nicht allein deshalb zurückweisen kann, weil kein Formular verwendet wurde. Vorzugswürdig wäre daher ein Formularzwang bei Vorgabe eines (benutzerfreundlichen) Standardformulars.

In Zusammenschau mit den in Art. 41 (4) geregelten inhaltlichen Anforderungen an einen Schuldnerantrag muss die in Art. 42 (1) vorgesehenen Pflicht des Gerichts, binnen längstens zwei Wochen über einen Insolvenzantrag zu entscheiden, so zu interpretieren sein, dass nur ein vollständiger Antrag die Entscheidungsfrist auslöst.

Mit Vollständigkeit ist dabei die inhaltliche Qualität gemeint, die auch im Rahmen elektronischer Antragstellung nicht automatisiert überprüfbar ist. Das Gericht muss daher bei einem fehlerhaften oder unvollständigen Antrag die Möglichkeit haben, den Schuldner zur Nachbesserung aufzufordern. Ungeregelt ist die Folge in dem Fall, dass dem Schuldner keine hinreichende Nachbesserung innerhalb gesetzter Frist gelingt. In Betracht kommt dann die Eröffnung eines Regelverfahrens, sofern der Antrag dessen Voraussetzungen erfüllt, oder die Abweisung des Antrags.

Das Gericht sollte die Möglichkeit erhalten, einen unvollständigen Antrag zur Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens als Antrag auf Eröffnung eines Regelverfahrens auszulegen, sofern der Schuldner nicht hilfsweise selbst einen entsprechenden Antrag gestellt hat. Eine Klarstellung in der Richtlinie wäre hilfreich.

Gläubigerantrag

Einem Gläubigerantrag nach Art. 41 (3) Satz 1 folgt nach Satz 2 eine Anhörung des Schuldners. Art. 42 (1) unterscheidet hinsichtlich der Zweiwochenfrist, innerhalb derer das Gerichts über einen Antrag zu entscheiden hat, nicht zwischen Schuldner- und Gläubigerantrag. Da das Gericht einen Gläubigerantrag zunächst prüfen und dann das Anhörungsverfahren nach Art. 41 (3) Satz 2 durchführen muss, das einen Austausch beidseitiger Stellungnahmen umfassen kann, ist die Zweiwochenfrist für die Entscheidung über einen Gläubigerantrag zu kurz.

Art. 42 (1) sollte dahingehend korrigiert werden, dass nur zulässige Schuldneranträge die Frist in Lauf setzen.

Vor allem aus der Möglichkeit der Verfahrensumwandlung in Art. 47 c) folgt, dass über das Vermögen von Kleinstunternehme(r)n auch ein Regelverfahren durchgeführt werden kann, dass also das Sonderverfahren nach Titel VI des Vorschlags nicht zwingend das einzig zulässige Verfahren für Kleinstunternehmen sein muss.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, warum in Art. 41 (3) auch Gläubigern das Recht zuerkannt wird, ein Sonderverfahren zu beantragen. Auf den ersten Blick liegt das Argument nah, dass auch Gläubiger Interesse an einem Verfahren haben können, das verwalterlos vermeintlich schneller und kostengünstiger durchgeführt wird. Bei näherer Betrachtung trägt dieses Argument aber nicht. Denkbare Motive von Gläubigern, statt eines Regelverfahrens ein Sonderverfahren ohne Verwalter zu beantragen, können sein:

- a) Der antragstellende Gläubiger hat dominierenden Einfluss auf den Schuldner oder hat Absprachen mit ihm getroffen, verspricht sich also individuelle Vorteile, die ein Insolvenzverwalter durchkreuzen könnte.
- b) Der antragstellende Gläubiger will die Bestellung eines Verwalters vermeiden, weil er dann die Aufdeckung und Verfolgung von Anfechtungsansprüchen zu befürchten hätte.
- c) Der antragstellende Gläubiger setzt das Verfahren lediglich als Druckmittel ein, um den Schuldner zu Zahlungen zu veranlassen oder um dessen Marktaustritt zu erreichen, zumal nach Art. 41 (6) eine Verfahrenseröffnung auch gegen einen Widerspruch des Schuldners möglich sein soll.

Sämtliche vorgenannten Motive basieren – jedenfalls nach bisherigem deutschem Verständnis – nicht auf Interessen, die in Abwägung zu den Interessen des Schuldners, der Gläubigersamtheit und der Öffentlichkeit schützenswert wären.

Ein wirtschaftliches Interesse im Sinn einer höheren Quotenerwartung ist kein plausibles Motiv für einen Gläubigerantrag, wenn der Schuldner kein nennenswertes Vermögen hat. Hat er Vermögen, wiegt der Vorteil einer professionelleren Verfahrensabwicklung den vermeintlichen Kostennachteil auf.

Des Weiteren dürfte die Perspektive der Entschuldung mithaftender Personen nach Art. 56 und 57 für Gläubiger einen abschreckenden Effekt haben. Die Gläubiger, die entsprechende Drittsicherheiten haben, können kein Interesse an deren Entwertung haben, und die anderen Gläubiger ebenfalls nicht, weil sich durch Inanspruchnahmen der Drittsicherheiten die Gesamtforderungen gegenüber dem Schuldner – für die anderen Gläubiger quotenerhöhend – reduzieren können.

Zudem ergibt sich aus der fehlenden Einbeziehung von Gläubigern in Art. 41 (3) sowie aus der Informationspflicht des Schuldners gemäß Abs. (6) und (7), dass der Gläubiger für seinen Antrag kein Formular verwenden muss. Er wird daher nur seine Forderung und die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners i.S.v. Art. 38 (2) darlegen müssen. Stimmt der Schuldner gemäß Abs. (6) der Eröffnung des Sonderverfahrens zu und kann die Informationen gemäß Abs. (4) vorlegen, hätte er auch selbst den Antrag stellen können. In diesem Fall ist nicht ersichtlich, wofür es des Gläubigerantragsrechts bedarf. Kein plausibler Grund ist die Überwindung von Gesellschafterwiderstand, der einen Schuldner-Geschäftsführer von der eigenen Antragstellung abhält. Denn bei Vorliegen des Insolvenzgrunds des Art. 38 (2) besteht ohnehin eine Antragspflicht (vgl. Titel V, Artt. 36, 37 des Vorschlags).

Kann der Schuldner die Informationen nach Art. 41 (4) trotz Zustimmung zur Verfahrenseröffnung nicht vorlegen, ist die Konsequenz unklar. Abs. (7) legt zwar nahe, dass eine Verfahrenseröffnung möglich ist, wenn der Schuldner ihr widerspricht oder im Rahmen der Anhörung nicht reagiert; nicht geregelt ist jedoch der Fall, dass der Schuldner zustimmt, aber trotzdem keine Informationen vorlegt.

Selbst wenn man auch in diesem Fall – über einen Erst-recht-Schluss – die Verfahrenseröffnung zulässt und entsprechend Art. 41 (7) verlangt, dass der Schuldner die Informationen nach Abs. (4) nachreicht, stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn der Schuldner seiner Informationspflicht auch nach Verfahrenseröffnung nicht oder nicht vollständig nachkommt. Nach den praktischen Erfahrungen ist ein solches Schuldnerverhalten bei Gläubigeranträgen der Standardfall. Als Gründe kommen Inkompetenz, Obstruktion oder eine Fehleinschätzung der eigenen Situation in Betracht. In all diesen Fällen ist das Verfahren dann jedoch nach Vorstellung des Vorschlags bereits in Eigenverwaltung eröffnet. Es unterscheidet sich bei einem unfähigen, obstruktiven oder realitätsverweigernden Schuldner qualitativ nicht wesentlich von dem Fall, dass kein Verfahren eröffnet wird, außer, dass das Gericht erheblichen Aufwand hat. Die Möglichkeit aus eigener Initiative einen Insolvenzverwalter zu bestellen, hat das Gericht nur in der Konstellation des Art. 47 c), bei bloßer Inkompetenz, Obstruktion oder Realitätsferne des Schuldners also nicht. Dem Gericht wird dann ein Verfahren aufgezwungen, das Verwaltungsaufwand verursacht, aber seinen Zweck verfehlt.

Wenn ein Eigenverwaltungsverfahren ohne hinreichende Mitwirkung des Schuldners aber seinen Zweck verfehlt, sollte von der Möglichkeit eines Gläubigerantrags von vornherein Abstand genommen werden, zumindest wenn daran festgehalten werden soll, dass das Verfahren standardmäßig verwalterlos zu führen ist, ohne dass das Gericht hiervon generell abweichen kann, sei es durch das Recht, nach eigenem Ermessen einen Verwalter zu bestellen, oder durch ein Umwandlungsrecht entsprechend Art. 47 c) auch in Fällen, in denen sich der Schuldner für die Eigenverwaltung als ungeeignet erweist.

Ein Ergebnis der ESUG-Evaluation (https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018_Gesamtbericht_Evaluierung_ESUG.html) in Deutschland

war, dass Eigenverwaltungsverfahren nur sinnvoll sind, wenn der Schuldner für eine ordnungsgemäße Verfahrensabwicklung – selbst oder durch geeignete Berater – ausreichend qualifiziert ist. Der deutsche Gesetzgeber erhöhte daher die Anforderungen an die Anordnung der Eigenverwaltung. Ist der Schuldner nicht nur unqualifiziert, sondern will das Verfahren gar nicht, kann eine Eigenverwaltung nicht funktionieren.

Inhalt des Standardformulars

Die nach Art. 41 (4) zwingenden Angaben des Schuldners sind sinnvoll. Allerdings wird ein Großteil der Schuldner schon dieses Standardformular nur mit professioneller und damit kostenträchtiger Hilfe ausfüllen können und anderenfalls insbesondere an ordnungsgemäßen bzw. zutreffenden Angaben nach Art. 41 (4) e) (genaue Aufstellung von Haupt- und Nebenforderung mit Entstehungs- und Fälligkeitszeitpunkt) und f) (Bezeichnung der Sicherungsrechte) regelmäßig scheitern.

ErwG. 37 erkennt diesen Umstand, wenn er ausdrücklich feststellt, dass ein Bilanztest unter Umständen nicht durchführbar ist, wenn der Schuldner ein Kleinunternehmen ist, insbesondere im Falle von Einzelunternehmern, da möglicherweise keine ordnungsgemäßen Aufzeichnungen vorliegen und nicht klar zwischen Privatvermögen und -verbindlichkeiten und Geschäftsvermögen und -verbindlichkeiten unterschieden werden kann.

Sieht man bei nicht beratenen Schuldner das Gericht in der Pflicht, den Schuldner bei den Formularangaben zu unterstützen, entsteht für das Gericht ein erheblicher Aufwand. Soll das Gericht demgegenüber bei der Antragstellung nicht unterstützen und die Angaben des Schuldners nicht eingehend prüfen (müssen), fehlen für die in der späteren Verfahrensdurchführung zu treffenden Entscheidungen (insbesondere Art. 49) maßgebliche Grundlagen.

Die nach Art. 41 (4) d) anzugebenden Namen und Kontaktdaten der Gläubiger, ergänzt durch Angaben zu den Forderungen, werden oftmals personenbezogene Daten im Sinn von Art. 4 Nr. 1 DSGVO umfassen, deren konkreter Verarbeitung im Verfahren und vor allem deren Versendung an andere Gläubiger gemäß Art. 45 (2) a) des Vorschlags in der Regel keiner der Gläubiger vorab gemäß Art. 6 (1) a) DSGVO zugestimmt haben wird. Um weder den Schuldner noch das Gericht und die Gläubiger, die personenbezogene Daten der anderen Gläubiger erhalten, datenschutzrechtlichen Problemen auszusetzen, wären gesetzliche Klarstellungen zur Zulässigkeit der Verarbeitung wünschenswert, sofern dies aus Sicht des Datenschutzes überhaupt möglich ist.

Die Liste der Informationen in Art. 41 (4) ist nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht abschließend, sie enthält offenbar nur die als zwingend erachteten Angaben. Diese reichen jedoch nicht aus.

Zwingend wäre auch, dass der Schuldner Angaben zur Bilanzsumme und dem Jahresumsatz sowie zu den bei ihm ggf. beschäftigten Arbeitnehmern macht (vgl. oben die Anmerkungen zu Art.38). Diese Angaben nebst Belegen – bei den Arbeitnehmern zumindest zur Anzahl –

sind erforderlich, weil das Gericht nach Art. 42 (2) a) prüfen können muss, ob der Anwendungsbereich des Sonderverfahrens eröffnet ist (weniger als 10 Arbeitnehmer).

Die Angaben zu Bilanzsumme und Jahresumsatz müssen durch eine Bilanz oder zumindest durch Buchhaltungsunterlagen plausibel gemacht werden. Die reine Behauptung des Schuldners, er entspreche mit seinem Unternehmen den Kriterien des Art. 2 j), kann hier nicht ausreichen, weil sie bestehende und weiterreichende Nachweispflichten in einzelnen Mitgliedstaaten wegen der in Art. 42 formulierten Eröffnungspflicht sonst einfach übergehen würde. Deutschland fordert in §13 Abs. 1 Satz 5 InsO solche Angaben im Insolvenzantrag zum vorangegangenen Geschäftsjahr, wenn der Schuldner einen Geschäftsbetrieb hat, der nicht eingestellt ist.

Die Vorgabe zu den Pflichtangaben sollte auch konkretisieren, auf welchen Zeitraum sich die Angaben zu den betriebswirtschaftlichen Kennzahlen zu erstrecken haben, wie zu verfahren ist, wenn das Unternehmen für diesen Zeitraum keine (Bilanz-)Kennzahlen zur Verfügung stellen kann, und ob die Arbeitnehmerzahl sich auf Köpfe oder Vollzeitstellen bezieht.

Die Prüfungspunkte in Art. 42 (2) c) und d) bedingen das Erfordernis weiterer Pflichtangaben: Schuldner müssen auch die Tatsachen darlegen, die nach nationalem Recht für die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts relevant sind, und sie müssen die Tatsachen darlegen und ggf. belegen, die eine Prüfung der internationalen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nach Art. 3 (1) der Verordnung (EU) 2015/848 zulassen.

Ebenfalls verpflichtend sollten Angaben sein, die eine Beurteilung zulassen, ob nach dem jeweiligen nationalen Recht Ansprüche aus Insolvenzanfechtung bestehen, also z.B. Angaben über unentgeltliche Zuwendungen im relevanten Zeitraum vor der Antragstellung.

Die in Art. 41 (4) aufgezählten Mindestangaben des antragstellenden Schuldners sollten um die vorstehend erläuterten Angaben ergänzt werden um dem Gericht eine schnelle Prüfung des Antrages zu ermöglichen.

bb) Art. 42 – Entscheidung über den Antrag auf Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde spätestens zwei Wochen nach Eingang des Antrags auf Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens über den Antrag entscheidet.

(2) Die Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens kann nur abgelehnt werden, wenn eine oder mehrere der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Der Schuldner ist kein Kleinunternehmen.
- b) Der Schuldner ist nach Artikel 38 Absatz 2 dieser Richtlinie nicht zahlungsunfähig.
- c) Die zuständige Behörde, bei der der Antrag gestellt wurde, ist für den Fall nicht zuständig.

d) Der Mitgliedstaat, in dem der Antrag gestellt wurde, hat nicht die internationale Zuständigkeit für den Fall.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Kleinstunternehmen sowie jeder Gläubiger des Kleinstunternehmens die Entscheidung über den Antrag auf Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens vor Gericht anfechten kann. Die Anfechtung hat keine aufschiebende Wirkung für die Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens und wird vom Gericht unverzüglich bearbeitet.

Entscheidungsfrist

Die Zweiwochenfrist, innerhalb derer das Gericht nach Eingang eines Antrags über die Eröffnung eines vereinfachten Verfahrens entscheiden soll, ist selbst dann sehr kurz, wenn der Antrag und die Anlagen vollständig und ordnungsgemäß sind. Denn das Gericht muss die Angaben des Schuldners überprüfen und sie dazu unter Umständen verifizieren (siehe oben). Dies ergibt sich z.B. schon aus Art. 42 (2) d) des Vorschlags in Verbindung mit der Verpflichtung des Gerichts nach Art. 4 (1) der Verordnung (EU) 2015/848, seine internationale Zuständigkeit zu prüfen und schriftlich zu begründen. Diese Prüfung wäre reiner Formalismus, wenn sie sich auf eine Schlüssigkeitsprüfung der Schuldnerangaben beschränkt. Muss das Gericht aber die vom Schuldner behaupteten Tatsachen verifizieren und z.B. mit Dritten korrespondieren, sind zwei Wochen als Entscheidungsfrist zu kurz.

Wäre das Gericht auch dann zu einer Entscheidung innerhalb der Zweiwochenfrist verpflichtet, wenn der Schuldnerantrag unvollständig oder nicht ordnungsgemäß ist, wäre nur eine Ablehnung der Verfahrenseröffnung als Entscheidung sinnvoll. Eine Ablehnung aus diesem Grund sieht Art. 42 (2) indes nicht vor. Zur Verfahrenseröffnung kann das Gericht aber nicht verpflichtet sein, wenn der Antrag unvollständig oder nicht ordnungsgemäß ist, weil dann erforderliche Entscheidungsgrundlagen fehlen.

Wie oben bereits erwähnt, muss Art. 42 (1) daher so interpretiert (und sollte entsprechend ergänzt) werden, dass nur ein zulässiger Schuldnerantrag eine Frist für das Gericht in Gang setzt.

In der Verordnung (EU) 2015/848 wurden – der Eurofood-Entscheidung des EuGH folgend – die Definitionen der Begriffe „Entscheidung zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens“ und „Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung“ in Art. 2 Nr. 7 und 8 EuInsVO bewusst so gewählt, dass auch vorläufige Insolvenzverfahren erfasst sind. Die Regelungen in Artt. 42 und 45 des Vorschlags indizieren, dass im vereinfachten Liquidationsverfahren kein vorläufiges Verfahren stattfinden kann. Zumindest für Deutschland wäre dies für den Schuldner, aber auch und insbesondere für die Gläubiger nachteilig, weil dann die Möglichkeit entfielen, unter Vorfinanzierung des Insolvenzgelds noch Mittel zu erwirtschaften und eine Betriebsveräußerung vorzubereiten.

Offen bleibt, welche Konsequenz es ggf. hat, wenn das Gericht die Frist des Art. 42 (1) nicht einhält. Soll eine Fristüberschreitung folgenlos bleiben, würde eine Soll-Bestimmung genügen. Alternativ kommt als Folge einer Fristüberschreitung die Möglichkeit in Betracht, dass das Gericht einen etwaigen Verzögerungsschaden zu ersetzen hat. Dies wäre die naheliegende Interpretation der aktuellen Fassung von Art. 42 (1). Dann müsste die Frist im Ausgangspunkt aber so ausgestaltet sein, dass sie in jedem Fall eingehalten werden kann (siehe oben). Eine dem Gericht drohende Schadenersatzpflicht würde allerdings Anreize schaffen, die Fristeinhaltung vor eine ordnungsgemäße, sorgfältige Bearbeitung des Antrags zu stellen. Dies wäre nicht im Sinn eines ordentlichen Verfahrens, das der Vorschlag angeblich anstrebt.

Prüfungsverfahren

Bei Vorliegen eines (ordnungsgemäßen) Antrags gemäß Art. 41 soll das Gericht nur aus den abschließend in Art. 42 (2) aufgeführten Gründen die Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens ablehnen können.

Zunächst kann hierzu in zweierlei Hinsicht auf die obigen Ausführungen verwiesen werden:

Erstens sind, wie bereits dargelegt, die für das Standardformular gemäß Art. 41 (4) vorgesehenen Pflichtangaben nicht ausreichend, um dem Gericht eine vollständige Prüfung der Eröffnungs- bzw. Abweisungsvoraussetzungen in Art. 42 (2) zu ermöglichen.

Zweitens wäre eine Klarstellung sinnvoll, dass sich die gerichtliche Prüfung nicht auf die Schlüssigkeit der im Antrag enthaltenen Angaben beschränkt, sondern im Sinn einer Amtsermittlung auch darüber hinaus geht (siehe oben).

Zudem ist festzuhalten, dass im Fall der nationalen örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts gemäß Art. 42 (2) c) neben einer Abweisung des Eröffnungsantrags auch ein Hinweis und, auf Antrag, eine Verweisung an das zuständige Gericht in Betracht kommen sollte.

Zur Frage der internationalen Zuständigkeit gemäß Art. 42 (2) d) ist die Möglichkeit eines Sekundär- oder Partikularinsolvenzverfahrens gemäß Art. 3 (2), (4) der Verordnung (EU) 2015/848 zu erwähnen (siehe dazu auch oben), für die ebenfalls Angaben erforderlich wären, die über die in Art. 41 (4) für das Standardformular vorgesehenen hinausgehen.

Wie schon mehrfach erwähnt, sind aufgrund der praktischen Erfahrungen erhebliche Zweifel angezeigt, dass Schuldner der Zielgruppe des vereinfachten Liquidationsverfahrens in der Lage wären, die bei der Abwicklung anfallenden Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Die im Rahmen der ESUG-Evaluation in Deutschland verarbeiteten praktischen Erfahrungen mit den Unzulänglichkeiten eigenverwaltender Schuldner veranlassten den deutschen Ge-

setzgeber zur Einführung von Regelungen, die dem Gericht ermöglichen, eine Eigenverwaltung von vornherein abzulehnen (§ 270b Abs. 1 Satz 1 InsO) oder nach Anordnung wieder aufzuheben (§§ 270e, 272 InsO), wenn zu befürchten ist, dass der Schuldner zur ordnungsgemäßen Verfahrensführung nicht in der Lage ist.

Sofern der – aus hiesiger Sicht verfehlt – Ansatz nicht aufgegeben wird, dass ein Insolvenzverwalter nur im Ausnahmefall und nicht nach dem Ermessen des Gerichts bestellt werden kann, sollte dem Gericht zumindest in Ergänzung von Art. 42 (2) die Möglichkeit eingeräumt werden, die Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens in Eigenverwaltung abzulehnen, wenn der Schuldner offensichtlich zur seiner ordnungsgemäßen Durchführung nicht in der Lage ist oder aus anderen Gründen die Eigenverwaltung nicht nur unerhebliche Nachteile für die Gläubiger befürchten ließe.

Nachteile für die Gläubiger werden insbesondere dann regelmäßig zu befürchten sein, wenn der Schuldner sich bereits im Zustand der Insolvenzverschleppung im Sinn von Art. 36 des Vorschlags befindet und Ansprüche gegen die Geschäftsleitung gemäß Art. 37 bestehen. Denn es ist nicht zu erwarten, dass Geschäftsleiter des Schuldners, die sich durch Missachtung der Insolvenzantragspflicht persönlich haftbar gemacht haben, entsprechende Ansprüche gegen sich selbst verfolgen.

Entweder sind sie sich der Insolvenzverschleppung und Haftung gar nicht bewusst oder sie sind sich dessen bewusst und wählen gezielt eine Verfahrensart, bei der sie die Geltendmachung der Haftung umgehen können. Entsprechendes gilt für den Fall, dass Ansprüche gegen Gesellschafter bestehen. Der deutsche Gesetzgeber hat bewusst in § 280 InsO die Geltendmachung entsprechender Haftungsansprüche in der Eigenverwaltung dem gerichtlich bestellten Sachwalter zugewiesen.

Rechtsmittel

Nach dem Wortlaut von Art. 42 (3) Satz 1 ist davon auszugehen, dass ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung über einen Antrag nach Art. 41 (1) oder (2) nicht nur für den jeweiligen Antragsteller besteht, wenn das Gericht seinem Antrag nicht entspricht, sondern auch

- a) für den Schuldner, wenn das Gericht das Verfahren auf Gläubigerantrag eröffnet;
- b) für den Schuldner, wenn das Gericht einen Gläubigerantrag abweist;
- c) für jeden Gläubiger, wenn das Gericht das Verfahren auf Schuldnerantrag eröffnet;
- d) für jeden Gläubiger, wenn das Gericht einen Schuldnerantrag abweist;
- e) für jeden nicht Antrag stellenden Gläubiger, wenn das Gericht das Verfahren auf Antrag eines anderen Gläubigers eröffnet;
- f) für jeden nicht Antrag stellenden Gläubiger, wenn das Gericht den Antrag eines anderen Gläubigers abweist.

In den Fällen d)-f) dürfte ein Rechtsmittel nicht gewollt sein und wäre jedenfalls weder notwendig noch sinnvoll oder gerechtfertigt.

Auch im Fall b) ist kein Bedarf für ein Rechtsmittel ersichtlich.

Der Wortlaut von Art. 42 (3) sollte dahingehend korrigiert werden, dass er die Mitgliedstaaten nur zur Zulassung von Rechtsmitteln verpflichtet, die sinnvoll und gerechtfertigt sind und für die ein schützenswertes Interesse besteht.

Darüber hinaus sollte über Art. 42 (3) die fehlende internationale Zuständigkeit des Gerichts nach Abs. (2) d) keinem gesonderten Rechtsmittel zugänglich sein.

Insoweit besteht ein Rechtsmittel bereits nach Art. 5 der Verordnung (EU) 2015/848 und soweit dieses Rechtsmittel nach nationalem Recht einen Suspensiveffekt hat (was die Vorschrift nicht ausschließt), ergäbe sich ein Widerspruch zu Art. 42 (3) Satz 2 des Vorschlags.

Aus systematischen Gründen ist davon auszugehen, dass ein Rechtsmittel nach Art. 42 (3) nur auf Gründe gestützt werden kann, die in Art. 42 (2) aufgeführt sind. Damit dürfte die Rechtsmittelfähigkeit der Entscheidung für gläubigerseitige Rechtsmittel praktisch leerlaufen, weil Gläubiger in aller Regel nicht über Informationen und Belege verfügen, die den Nachweis ermöglichen würden, dass der Schuldner kein Kleinstunternehmen im Sinn von Art. 2 j) oder nicht insolvent im Sinn von Art. 38 (2) ist. Das Rechtsmittel für die Gläubiger hat dann Sinn, wenn, wie oben vorgeschlagen, weitere Ablehnungsgründe eingeführt werden.

Mit dem durch Art. 42 (3) Satz 2 ausgeschlossenen Suspensiveffekt einer Beschwerde wird das Risiko in Kauf genommen, dass ein Schuldner, der eigentlich keinen Verfahrenszugang erhalten sollte, in einem – vorgeblich ordentlichen – Verfahren in Eigenverwaltung wirksame Verfügungen zum Nachteil der Gläubiger vornimmt, bis über das Rechtsmittel rechtskräftig entschieden ist.

Um dem Risiko einer Schädigung von Gläubigern zu begegnen, sollte dem Gericht zumindest die Möglichkeit eingeräumt werden, einen Suspensiveffekt des Rechtsmittels anzuordnen, wenn nach dessen Begründung die Vorteile des Suspensiveffekts seine etwaigen Nachteile überwiegen.

Das Konzept, dass die – nach Art. 42 (1) sehr kurzfristig zu treffende – Entscheidung über die Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens nur auf dem Rechtsmittelweg revidiert werden kann und eine Umwandlung in ein Regelverfahren nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 47 c) möglich ist, führt außerdem dazu, dass das vereinfachte Liquidationsverfahren selbst dann als solches fortzuführen ist, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Schuldner sich den Zugang mit falschen oder unvollständigen Angaben erschlichen hat.

Dem Gericht sollte auch bei vorsätzlich falschen oder unvollständigen Angaben des Schuldners eine Umwandlung des vereinfachten Liquidationsverfahrens in ein normales Insolvenzverfahren entsprechend Art. 47 c) möglich sein.

cc) Art. 43 – Schuldner in Eigenverwaltung

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Schuldner, die vereinfachte Liquidationsverfahren in Anspruch nehmen, unter den in den Absätzen 2, 3 und 4 genannten Bedingungen die Kontrolle über ihre Vermögenswerte und den täglichen Betrieb des Unternehmens behalten.
- (2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde im Fall der Bestellung eines Insolvenzverwalters in der Entscheidung über die Bestellung festlegt, ob die Rechte und Pflichten zur Verwaltung und Veräußerung des Vermögens des Schuldners auf den Insolvenzverwalter übertragen werden.
- (3) Die Mitgliedstaaten legen die Umstände fest, unter denen die zuständige Behörde in Ausnahmefällen beschließen kann, dem Schuldner das Recht auf Verwaltung und Veräußerung seiner Vermögenswerte zu entziehen. Dieser Beschluss muss auf einer Einzelfallprüfung beruhen, bei der allen relevanten rechtlichen und tatsächlichen Umständen Rechnung getragen wird.
- (4) Falls dem Schuldner das Recht auf Verwaltung und Veräußerung seiner Vermögenswerte entzogen wurde und kein Insolvenzverwalter bestellt wurde, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass
- a) jede diesbezügliche Entscheidung des Schuldners der Genehmigung der zuständigen Behörde unterliegt oder
 - b) die zuständige Behörde das Recht auf Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte des Schuldners einem Gläubiger überträgt.

Überschrift

Art. 43 ist mit „Schuldner in Eigenverwaltung“ überschrieben. Für diese Formulierung enthält die Verordnung (EU) 2015/848 in Art. 2 Nr. 3 eine Legaldefinition, Art. 2 des Vorschlags aber nicht.

Auch wenn die Legaldefinition der Verordnung nicht automatisch für die Richtlinie Anwendung findet, sollte zur Vermeidung von Inkonsistenzen darauf geachtet werden, dass die Eigenverwaltung im vereinfachten Liquidationsverfahren der Definition entspricht oder, wenn dies nicht gewollt ist, in der Überschrift anders bezeichnet wird.

Verfügungsbefugnis des Schuldners und Tagesgeschäft

Art. 43 (1) legt als Grundregel fest, dass der Schuldner das Verfahren in Eigenverwaltung führt. Die Absätze (2) und (3) befassen sich mit Ausnahmen von dieser Regel. Der Grundsatz der Eigenverwaltung ist die Konsequenz der in Art. 39 aufgestellten Hürden für die Bestellung eines Insolvenzverwalters. Die Ausnahme in Art. 43 (2) setzt voraus, dass Beteiligte die Bestellung eines Insolvenzverwalters beantragen. Hält das Gericht es für nachteilig, dass der Schuldner die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis behält, bleibt ihm anderenfalls nur die Möglichkeit, nach Art. 43 (3) und (4) selbst Verwalteraufgaben zu übernehmen oder hierfür einen Gläubiger zu finden, was auf die bereits dargestellten Probleme stößt (siehe oben).

Eine gewisse Inkonsequenz enthält Art. 43 (1) gleichwohl insoweit, als der Kontrolle des Schuldners neben den Vermögenswerten nur der tägliche Betrieb des Unternehmens unterliegen soll.

Wie oben bereits ausgeführt, stellen eine Liquidation und die Abwicklung eines Insolvenzverfahrens verfahrensspezifische Anforderungen, die jenseits des täglichen Betriebs eines Unternehmens liegen und von Schuldner der Zielgruppe des Verfahrens in der Regel nicht ohne fachkundige Unterstützung bewältigt werden können.

Dieses Problem ist auch nicht dadurch zu lösen, dass der Schuldner laut ErwG 40 „zu Beginn und während des gesamten Verfahrens genaue, zuverlässige und vollständige Angaben zu seiner Finanzlage und seinen Geschäftsangelegenheiten machen“ sollte. Denn zu Umständen, von denen ein Schuldner nichts versteht, kann er keine qualifizierten Angaben machen, selbst wenn der Schuldner dem Idealbild von ErwG. 40 entspricht. Dass dieses Idealbild nur bedingt realitätsnah ist, ergibt sich schon aus der bereits erwähnten Feststellung in ErwG. 37, wonach Kleinstunternehmen häufig noch nicht einmal in der Lage sind, ihre regulären Buchhaltungspflichten ordnungsgemäß zu erfüllen, obwohl diese zum Tagesgeschäft gehören, das nach ErwG. 40 und Art. 43 (1) der Kontrolle des Schuldners überlassen werden könne.

Sollte hinter der Einschränkung, dass nur das Tagesgeschäft in der Kontrolle des Schuldners bleiben soll, die Erkenntnis stehen, dass er jedenfalls für verfahrensspezifische Tätigkeiten regelmäßig nicht hinreichend qualifiziert ist, tragen die Regelungen in Art. 39 und 43 dem nicht hinreichend Rechnung, weil sie dem Gericht auch die Möglichkeit versperren, nach eigenem Ermessen nur für die verfahrensspezifischen Aufgaben einen Verwalter zu bestellen. Würde zumindest diese Möglichkeit eröffnet, bedürfte es einer klaren Abgrenzung der Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten zwischen Schuldner und Verwalter, da insbesondere das Haftungsrisiko für den Verwalter klar erkennbar sein muss.

Vorzugswürdig ist indes die oben schon mehrfach erwähnte Möglichkeit des Gerichts, auch ohne Antrag einen Verwalter zu bestellen und ihm die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zu übertragen.

In der deutschen Praxis bestehen langjährige Erfahrungen mit einer Verteilung von Zuständigkeiten und Verfügungsbefugnissen im vorläufigen Insolvenzverfahren und im Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung. Vor allem bei Schuldnern der Zielgruppe von Titel VI des Vorschlags ist es häufig, wenn nicht regelmäßig erforderlich, dass der gerichtlich bestellte Amtsträger über seinen beschränkten Aufgaben- und Zuständigkeitskreis hinaus Verantwortung übernimmt, weil der Schuldner hierzu nicht in der Lage ist und zudem sonstige Beteiligte den Amtsträger als vorrangige Ansprechperson betrachten. Im Fall eines obstruktiven, nicht kooperativen, unzuverlässigen oder schlicht abwesenden Schuldners ist die bei einer Aufgabensplittung notwendige Zusammenarbeit von vornherein zum Scheitern verurteilt.

Befugnisse eines Verwalters

Mangels abweichender Anhaltspunkte dürfte Art. 39 so auszulegen sein, dass eine Verwalterbestellung auf Antrag nicht nur zu Verfahrensbeginn, sondern während des gesamten Verfahrens erfolgen kann. Dies lässt eine gewisse bedarfsorientierte Flexibilität für die Antragsberechtigten zu, wobei allerdings unklar ist, wie und woher die Gläubiger Informationen über den Verfahrensverlauf erlangen können, die ihnen eine Beurteilung ermöglichen, ob ein Antrag auf Verwalterbestellung geboten und die Kosten eines Verwalters aus der Masse gedeckt sind.

Der Wortlaut von Art. 43 (2) ist unklar hinsichtlich der Frage, ob das Gericht im Fall einer Verwalterbestellung bedarfsangepasst Befugnisse erteilen und ob es diese Entscheidung nachträglich ändern kann. Die Formulierung, dass die zuständige Behörde in der Bestellungsentcheidung „festlegt, ob Rechte und Pflichten zur Verwaltung und Veräußerung des Vermögens des Schuldners auf den Insolvenzverwalter übertragen werden“, legt einerseits nahe, dass eine Verwalterbestellung auch ohne Übertragung der (vollen) Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis möglich ist. Andererseits wird diese mutmaßliche Alternative nicht konkretisiert und soweit sonstige Vorschriften Aufgaben eines Insolvenzverwalters vorsehen (Artt. 46 (4), 47 a), 48 (1) und (3), 54 (2)), erfolgt keine Differenzierung danach, ob die gerichtlich übertragenen Befugnisse diese Aufgaben umfassen.

Wenn Ziel des Vorschlags ist, dass ein Insolvenzverwalter im vereinfachten Liquidationsverfahren keine flexiblen Befugnisse, sondern immer die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis haben soll, wofür aus Vereinfachungsgründen einiges spricht, sollte der Wortlaut von Art. 43 (2) wie folgt geändert werden:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde im Fall der Bestellung eines Insolvenzverwalters in der Entscheidung über die Bestellung festlegt, dass die Rechte und Pflichten zur Verwaltung und Veräußerung des Vermögens des Schuldners auf den Insolvenzverwalter übertragen werden.“

Ist demgegenüber gewollt, dass das Gericht dem Verwalter flexibel und bedarfsangepasst Befugnisse übertragen kann, z.B. nur die Prüfung und Geltendmachung von Anfechtungsklagen, sollte dies klargestellt werden und auch in den anderen Vorschriften, die Aufgaben des Verwalters vorsehen, Berücksichtigung finden.

In diesem Fall sollte ebenfalls klargestellt werden, dass die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nicht nur zusammen mit der Bestellungsentscheidung, sondern auch noch im späteren Verfahrensverlauf übertragen werden kann.

Verfügungsbeschränkungen

Die in Art. 43 (3) vorgesehene Möglichkeit, dass das Gericht dem Schuldner das Recht auf Verwaltung und Veräußerung seiner Vermögenswerte entziehen kann, ist im Grundsatz zu begrüßen, denn wenn das Gericht feststellt, dass der Schuldner zur – im Sinn des Verfahrenszwecks – ordnungsgemäßen Ausübung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nicht willens oder in der Lage ist, muss eine Konsequenz möglich sein.

Zunächst ist allerdings eine Formulierungsschwäche der Bestimmung festzuhalten: Art. 43 (4) a) beschreibt keinen (vollständigen) Entzug des Rechts auf Verwaltung und Veräußerung von Vermögenswerten, sondern einen Genehmigungsvorbehalt.

Richtigerweise sollte die fragliche Passage in Art. 43 (3) daher lauten:

„... dem Schuldner das Recht auf Verwaltung und Veräußerung seiner Vermögenswerte zu beschränken oder zu entziehen.“

Da das deutsche Recht in § 184 Abs. 1 BGB den Begriff der „Genehmigung“ als nachträgliche Zustimmung definiert, würde es sich anbieten, in der deutschen Übersetzung von Art. 43 (4) a) den Begriff zu wählen, der nach deutschem Verständnis gemeint sein soll.

Die Beschränkung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners soll in der von Art. 43 (3) und (4) geregelten Konstellation, dass kein Verwalter bestellt wurde, nur „in Ausnahmefällen“ möglich sein.

Abgesehen davon, dass auch aus den Erwägungsgründen keine Anhaltspunkte hervorgehen, was einen Ausnahmefall kennzeichnet, ist der Grund für diese Einschränkung nicht nachvollziehbar. Wenn es ohne Auswirkung auf die Verfahrenskosten bleibt und der Effizienz der Verfahrensabwicklung dient, sollte es nicht nur ausnahmsweise möglich sein, sondern in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt werden, ob es Verfügungsbeschränkungen anordnet. Dies gilt vor allem angesichts der bereits mehrfach angesprochenen praktischen Erfahrung, dass Schuldner der Zielgruppe des Verfahrens nicht nur ausnahmsweise, sondern regelmäßig von den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Verfahrensabwicklung überfordert sein werden.

Die Problematik des vorgesehenen Ausnahmecharakters einer Verfügungsbeschränkung setzt sich fort in der Vorgabe, der Beschluss müsse „auf einer Einzelfallprüfung beruhen, bei der allen relevanten rechtlichen und tatsächlichen Umständen Rechnung getragen wird.“

Wie bereits dargelegt (siehe oben) setzt eine entsprechende Prüfung Ermittlungsmaßnahmen voraus. Ob das Gericht hierzu in der Lage ist, ist zweifelhaft. Jedenfalls bleiben dem Gericht die Umstände, die einen Entzug der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gebieten würden, im Zweifel gerade dann verborgen, wenn der Schuldner böswillig ist und keine vollständigen und wahrheitsgemäßen Auskünfte erteilt.

Die kurze Entscheidungsfrist des Art. 42 (1) trägt dazu bei, dass die Ermittlungsmöglichkeiten des Gerichts beim Verfahrenseinstieg – zeitlich und damit auch inhaltlich – begrenzt sind. Die Möglichkeit im Ausland einfacher Restschuldbefreiung zu erlangen als in Deutschland wird schon jetzt von entsprechenden Dienstleistern u.a. mit kurzen gerichtlichen Entscheidungsfristen „beworben“, etwa der eintägigen Entscheidungsfrist in Lettland.

Beschränkungen oder ein vollständiger Entzug der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis haben letztlich aber auch nur dann Sinn, wenn dem Gericht eine zur ordnungsgemäßen Ausübung der Verfügungsbefugnis qualifizierte und hierzu bereite Person zur Verfügung steht und das Gericht ihr auch die Befugnis übertragen kann.

Ggf. Ausübung eines Zustimmungsvorbehalts oder Delegation der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf einen Gläubiger, Art. 43 (4) a), b)

Operative, mit dem Geschäft des Schuldners zusammenhängende (Abwicklungs-)Tätigkeiten müssen selbst bei Bestellung eines Verwalters in aller Regel durch den Schuldner selbst oder seine Arbeitnehmer vorgenommen werden.

Die Ausübung eines Zustimmungsvorbehalts oder der vollen Verfügungsbefugnis erfordert zumindest in der Anfangsphase regelmäßig eine gewisse Präsenz vor Ort, eine Liquiditätsplanung, evtl. die Nachkalkulation laufender oder noch anstehender Aufträge oder Projekte und jedenfalls eine laufende Abstimmung mit dem Schuldner über die vorzunehmenden Verfügungen. Zudem ist Korrespondenz mit den Adressaten der Verfügungen erforderlich (Vertrauensbildung, Erläuterung der Sach- und Rechtslage und Zusicherungen) und es bedarf üblicherweise schneller Entscheidungen über zum Teil zahlreiche Vorgänge (z.B. bei mehrmals wöchentlichen Bestell- oder Zahlläufen, die in manchen Branchen außerhalb der regelmäßigen Geschäfts- und Arbeitszeiten stattfinden).

Daneben müssen bei Verfügungsbeschränkungen Maßnahmen zur Abwicklung des Geldverkehrs getroffen werden: Verfügt der Schuldner nicht mehr über Guthabenkonto, muss ein neues Konto eingerichtet werden. Insolvente Schuldner, die Verfügungsbeschränkungen unterliegen, erhalten in der Regel keine eigenen Konten mehr. Ob in diesem Fall das Gericht selbst Konten eröffnen und führen (können) soll, lässt der Vorschlag offen. Selbst wenn der Schuldner (noch) ein Guthabenkonto hat, dürfte ein Zustimmungserfordernis des Gerichts die

Benennung einer konkreten Gerichtsperson erfordern, die der jeweiligen Bank die geldwäscherelevanten Unterlagen (inklusive personenbezogener Daten) zur Verfügung stellen muss. Will das Gericht die volle Verfügungsbefugnis an einen Gläubiger delegieren, muss sich hierfür ein Gläubiger bereitfinden. Das Gericht muss hierfür also potentiell geeignete Gläubiger identifizieren, mit ihnen korrespondieren und die Aufgabenstellung erläutern. Hierbei wird das Gericht auch darauf hinweisen müssen, dass mit der vollen Verfügungsbefugnis auch die Verantwortung (inklusive Haftungsrisiken) auf den Gläubiger übergeht z.B. für

- die Erfüllung handels- und steuerrechtlicher Pflichten
- die Erfüllung arbeitsrechtlicher Pflichten
- die Einhaltung datenschutzrechtlicher Pflichten i. R. d. Geschäftsführung und Verwertung
- die Einhaltung branchenspezifischer Pflichten (z.B. Lebensmittelrecht)

Das Gericht wird bei der Auswahl des Gläubigers auch dessen Bonität und Zuverlässigkeit zu überprüfen haben und verhindern müssen, dass es sich bei dem Gläubiger um eine Person handelt, die mit dem Schuldner zusammenwirkt oder nur zum eigenen Nutzen handelt und dabei den Interessen der Gläubigersamtheit schadet.

Damit ist – zur Vermeidung einer Haftung des Gerichts – nicht nur eine Auswahlkontrolle, sondern auch eine Ausübungskontrolle erforderlich. Zudem werden gesetzlich oder vertraglich die Einzelheiten des Treuhandverhältnisses zu regeln sein, das zwischen dem die Verfügungsbefugnis übernehmenden Gläubiger, den anderen Gläubigern und dem Schuldner entsteht.

Will ein Gläubiger Gelder des Schuldners verwalten, stellt sich für ihn das oben adressierte Problem des Bedarfs für ein Sonderkonto. Nach aktuellem Stand in Deutschland ist schon aus geldwäscherechtlichen Gründen nicht zu erwarten, dass Banken Gläubiger, die keine Berufs- oder Amtsträger sind, als Inhaber von Ander-, Treuhand- oder Sonderkonten akzeptieren werden. Bei einer Vermischung der Gelder des Schuldners mit eigenem Vermögen, die ohne solche Konten unausweichlich wäre, setzt sich der verfügbungsbefugte Gläubiger zivil- und strafrechtlicher Haftung aus.

Für den verfügbungsbefugten Gläubiger ist bei alledem offenbar keine Vergütung vorgesehen; anderenfalls würde sich keine Kostenersparnis im Vergleich zu Bestellung eines Insolvenzverwalters ergeben.

Aus all diesen Gründen ist schwer vorstellbar, dass sich regelmäßig ein seriöser Gläubiger zur Übernahme der Verfügungsbefugnis bereitfindet. Der Vorschlag sieht für diesen Fall aber keine Konsequenz vor; insbesondere kann das Gericht in dieser Konstellation keine Umwandlung in ein Regelverfahren entsprechend Art. 47 c) beschließen.

Die Vorstellung des Vorschlags zur Übernahme der Verfügungsbefugnis durch einen Gläubiger erinnert an das im 7. Jahrhundert im römischen Recht entwickelte Verfahren der bonorum

venditio. Dabei konnte ein Gläubiger auf Antrag in den Besitz des insolventen Schuldners eingewiesen werden (missio in bona debitoris) und das in Besitz genommene Vermögen wurde öffentlich ausgeschrieben (proscriptio bonorum).

Das Verfahren der bonorum venditio wurde indes nach und nach verdrängt durch das der distractio bonorum. Hier wählten die Gläubiger einen curator, dem es oblag das Schuldnervermögen zu veräußern und den Erlös verhältnismäßig unter den Gläubigern zu verteilen. Schon im frühen Mittelalter, unter deutlich weniger komplexen Rahmenbedingungen, erwies sich die Ausübung der Verfügungsbefugnis durch einen Gläubiger somit als nicht sinnvoll oder praktikabel.

In dem vom Vorschlag unterstellten Fall, dass es Gläubiger gibt, die zur Übernahme der Verfügungsbefugnis bereit sind, ist auch die Konstellation angelegt, dass sich mehrere Gläubiger für diese Aufgabe bewerben.

In diesem Fall muss das Gericht ein Auswahlverfahren etablieren, seine Auswahlentscheidung auf objektive Kriterien stützen und diese wohl auch schriftlich darlegen. Denkbar sind in dieser Konstellation auch Streitigkeiten über die Auswahl und über eine Haftung des Gerichts, wenn sich die Auswahl nachträglich als – vermeidbar – schlecht erweist und zu Nachteilen für die Gläubigersamtheit geführt hat.

Die in Art. 43 (4) b) vorgesehene Möglichkeit, das Recht auf Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte des Schuldners einem Gläubiger zu übertragen, sollte ersatzlos gestrichen werden.

dd) Art. 44 - Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Schuldner, sobald die zuständige Behörde die Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens beschließt, bis zum Abschluss dieses Verfahrens eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen gewährt wird.

(2) Die Mitgliedstaaten können die zuständige Behörde ermächtigen, auf Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers eine Forderung vom Anwendungsbereich der Aussetzung der Einzelvollstreckungsmaßnahmen auszunehmen, wenn die beiden folgenden Bedingungen erfüllt sind:

a) Die Vollstreckung der Forderung wird die berechtigten Erwartungen der Gesamtheit der Gläubiger voraussichtlich nicht gefährden.

b) Der Gläubiger dieser Forderung würde durch die Aussetzung in unangemessener Weise benachteiligt.

(41) Wenn der Schuldner ein Kleinstunternehmen ist, sollte er in den Genuss einer vorübergehenden Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen kommen können, damit der Wert der Insolvenzmasse bewahrt und eine faire und ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens sicherge-

stellt werden kann. Die Mitgliedstaaten können jedoch den zuständigen Behörden gestatten, bestimmte Forderungen unter genau festgelegten Umständen vom Geltungsbereich der Aussetzung auszuschließen.

Vollstreckungsaussetzung

Eine Aussetzung der Einzelzwangsvollstreckung für die Dauer des Insolvenzverfahrens ist im Interesse der Gläubigergleichbehandlung grundsätzlich sinnvoll und dürfte internationalem Standard entsprechen.

Erfahrungsgemäß kann allerdings die Durchsetzung durchaus Probleme bereiten, insbesondere wenn bei Verfahrenseröffnung bereits Pfändungen vorliegen. Zumindest nach deutschem Recht bewirkt der insolvenzrechtliche Vollstreckungsschutz weder einen automatischen Wegfall noch eine automatische Aussetzung z.B. einer Kontopfändung. Vielmehr bedarf es zur Beseitigung der durch staatlichen Hoheitsakt mit einer Pfändung bewirkten (öffentlich-rechtlichen) Verstrickung eines gegenläufigen staatlichen Hoheitsakts oder einer Verzichtserklärung des Pfändungsgläubigers (§ 843 ZPO). Nach neuester Rechtsprechung des BGH kann anstelle des Verzichts oder der vollständigen Aufhebung der Verstrickung auch eine Aussetzung für die Dauer des Insolvenzverfahrens erfolgen.

Ist ein Insolvenzverwalter bestellt, kann erwartet werden, dass er mit der Rechtslage vertraut ist und zur Durchsetzung der Vollstreckungsaussetzung die geeigneten Schritte ergreifen und erforderlichenfalls das richtige Rechtsmittel bei der richtigen Stelle einlegen kann. Demgegenüber werden Schuldner der Zielgruppe des vereinfachten Liquidationsverfahrens in aller Regel weder über die erforderlichen Rechtskenntnisse zur richtigen Durchsetzung der Vollstreckungsaussetzung verfügen, noch über die Überzeugungsfähigkeit gegenüber dem Gläubiger. Ohne Insolvenzverwalter werden Schuldner daher regelmäßig qualifizierte Berater benötigen. Können sie keinen Berater finanzieren, läuft die Vollstreckungsaussetzung im Zweifel leer, denn erfahrungsgemäß erklärt kein Pfändungsgläubiger von sich aus die Aussetzung oder den Verzicht auf ein Pfändungspfandrecht.

Ausnahmen

Die Ausnahmeregelung in Art. 44 (2) ist nicht als zwingende Vorgabe, sondern als Option für den nationalen Gesetzgeber formuliert. Sie beträfe in Deutschland vor allem die Immobilienvollstreckung in Gestalt der Zwangsversteigerung und/oder Zwangsverwaltung, die Gläubigern mit einem Recht auf Befriedigung aus unbeweglichen Gegenständen nach § 49 InsO auch während des Insolvenzverfahrens möglich ist, sowie die Vollstreckung von Neugläubigern mit Delikts- oder Unterhaltsforderungen in den für andere Gläubiger nicht pfändbaren Teil des Neuerwerbs (§ 89 Abs. 2 InsO).

Soweit der nationale Gesetzgeber für das Regelinsolvenzverfahren bereits Ausnahmen vom insolvenzrechtlichen Vollstreckungsschutz geregelt hat, wie die vorstehend genannten in Deutschland, sollten durch Art. 44 (2) keine abweichenden Standards oder Voraussetzungen eingeführt werden müssen, wenn ein Mitgliedstaat von der Regelungsoption Gebrauch macht. Dies betrifft insbesondere das Erfordernis einer gerichtlichen Entscheidung sowie die Voraussetzung des Art. 44 (2) b) mit dem Tatbestandsmerkmal der Unangemessenheit.

Hilfsweise sollte klargestellt werden, dass jede Einschränkung der Gläubigerrechte im Vergleich zum Regelinsolvenzverfahrens unangemessen ist.

In Art. 6 (9) c) der Richtlinie EU) 2019/1023 findet sich zur Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen dazu folgende bedenkenswerte Formulierung:

(9) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Justiz- oder Verwaltungsbehörden eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen in folgenden Fällen aufheben können: ...

c) – wenn im nationalen Recht vorgesehen — ein oder mehrere Gläubiger beziehungsweise eine oder mehrere Gläubigerklassen werden oder würden durch die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen in unangemessener Weise beeinträchtigt; oder...

ee) Art. 45 – Öffentlichkeit der Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Informationen zum vereinfachten Liquidationsverfahren so bald wie möglich nach seiner Eröffnung in dem in Artikel 24 der Verordnung (EU) 2015/848 genannten Insolvenzregister veröffentlicht werden.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde den Schuldner und alle bekannten Gläubiger im Wege individueller Mitteilungen von der Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens in Kenntnis setzt.

Diese Mitteilung umfasst insbesondere:

- a) das vom Schuldner aufgestellte Verzeichnis der ihn betreffenden Forderungen;
- b) eine Aufforderung an den Gläubiger, spätestens 30 Tage nach Eingang der Mitteilung etwaige Forderungen, die nicht in dem unter Buchstabe a genannten Verzeichnis aufgeführt sind, anzumelden und unrichtige Angaben zu den gelisteten Forderungen zu berichtigen;
- c) einen Hinweis für den Gläubiger, dass seine in dem unter Buchstabe a genannten Verzeichnis aufgeführten Forderungen, wenn er nicht tätig wird, als von ihm angemeldet gelten.

Veröffentlichung

Die öffentliche Bekanntmachung der Insolvenzeröffnung ist europäischer Standard und nach ErwG 12 der Verordnung (EU) 2015/848 Voraussetzung der Anwendbarkeit dieser Verordnung und damit der darin geregelten grenzüberschreitenden Wirkungen.

Mit deren Anwendbarkeit unterliegt der eigenverwaltende Schuldner aber auch den weiteren Publikationspflichten der Artt. 28 und 29 der Verordnung (EU) 2015/848. Mit der Erfüllung dieser Pflichten dürften Schuldner der Zielgruppe des vereinfachten Liquidationsverfahrens in aller Regel überfordert sein.

Individuelle Mitteilung

Auch die individuelle Unterrichtung der bekannten Gläubiger über die Verfahrenseröffnung entspricht dem gängigen europäischen Standard und, soweit ausländische Gläubiger beteiligt sind, der Verpflichtung aus Art. 54 (1) der Verordnung (EU) 2015/848.

Der Umstand, dass Art. 45 (2) des Vorschlags geringere Anforderungen an die Mitteilung stellt als Art. 54 (2) und (3) der Verordnung (EU) 2015/848, dürfte nicht dahingehend zu interpretieren sein, dass die höheren Anforderungen im vereinfachten Liquidationsverfahren nicht gelten. Eine diesbezügliche Klarstellung wäre hilfreich.

Ebenfalls hilfreich wäre eine Ergänzung, dass der Eröffnungsbeschluss auch den Schuldnern des Schuldners zugestellt werden kann, wenn das nationale Recht dies in Insolvenzverfahren regelmäßig vorsieht.

Unverzögliche Information aller Beteiligten über die Verfahrenseröffnung, Art. 45 (2) und über die Versteigerung, Art. 54 (2)

Zustellungen obliegen zwar auch in Deutschland dem Gericht, werden aber praktisch immer gemäß § 8 Abs. 3 InsO auf den Verwalter delegiert. Dies gilt auch für die Information ausländischer Gläubiger nach Art. 54 der Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates.

Eine Übernahme dieser Zustellungen durch Gerichte würde auf rechtliche und praktische Schwierigkeiten stoßen:

Nach den inhaltlichen Vorgaben von Art. 45 (2) a) bis c) des Vorschlags müsste das Gericht mit der Information verschiedene Anlagen versenden.

Da nicht alle Gläubiger verpflichtet sind, (datenschutzkonforme) elektronische Kommunikationsmöglichkeiten i.S.v. Art. 40 vorzuhalten, bzw. existierende Kommunikationsmöglichkeiten der Gläubiger dem Schuldner nicht notwendigerweise bekannt sind, würde das Gericht eine Adressprüfung, ggf. -ermittlung und auch einen Postversand durchführen müssen.

Art. 45 (2) a) impliziert die Verarbeitung und den Versand personenbezogener Daten einzelner Gläubiger. Das Gericht wäre insoweit Verantwortlicher i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO. Die Verarbeitung und der Versand personenbezogener Daten von Gläubigern dürften ohne deren vorherige Zustimmung nur unter den Voraussetzungen von Art. 6 (1) c), e) oder f) DSGVO zulässig

sein. Zumindest für den Versand nach Art. 45 (2) a) des Vorschlags ist das fraglich; das Gericht müsste daher im Zweifel personenbezogene Gläubigerdaten schwärzen.

Dafür spricht auch ErwG. 18, nach dem „alle nach Maßgabe dieser Richtlinie erlangten personenbezogenen Daten [...] nur dann von benannten Gerichten [...] verarbeitet werden, wenn dies für die Zwecke der Ermittlung und Aufspürung von Vermögenswerten, die zur Insolvenzmasse des Schuldners gehören, erforderlich und verhältnismäßig ist.“ Erwähnenswert ist insoweit auch, dass die Übermittlung sensibler Daten über den Schuldner oder sein Unternehmen ausschließlich an die auf Gläubigerseite zuständigen Vertretungsorgane zulässig sein dürfte, nicht an beliebige Empfänger auf Gläubigerseite.

Die Information über die Versteigerung gemäß Art. 54 (2) erfordert die Verarbeitung des konkreten Verzeichnisses der betroffenen Gegenstände. Gängige (kostenpflichtige) Software für Insolvenzverwalter enthält Tools für eine solche Verarbeitung, Gerichtssoftware bislang nicht.

c) Kapitel 3 – Forderungsverzeichnis und Feststellung der Insolvenzmasse (Art. 46-48)

aa) Art. 46 – Anmeldung und Feststellung von Forderungen

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Forderungen gegen den Schuldner ohne weitere Maßnahmen seitens der betreffenden Gläubiger als angemeldet gelten, wenn der Schuldner diese Forderungen in einer der folgenden Eingaben angegeben hat:
- a) in seinem Antrag auf Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens;
 - b) in seiner Antwort auf den Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung eines solchen Verfahrens;
 - c) in seiner Eingabe nach Artikel 41 Absatz 7.
- (2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass jeder Gläubiger innerhalb von 30 Tagen nach Veröffentlichung des Datums der Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens im Insolvenzregister oder – im Falle eines bekannten Gläubigers – nach Eingang der individuellen Mitteilung nach Artikel 45, je nachdem, welcher Zeitpunkt der spätere ist, Forderungen anmelden kann, die nicht in den in Absatz 1 genannten Eingaben enthalten sind, oder hinsichtlich der in einer dieser Eingaben enthaltenen Forderungen Einwände erheben oder Bedenken äußern kann.
- (3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass eine Forderung, die in den in Absatz 1 genannten Eingaben enthalten ist, als unbestritten gilt, wenn innerhalb der in Absatz 2 genannten Frist seitens eines Gläubigers keine Einwände erhoben oder Bedenken geäußert wurden, und dass sie entsprechend festgestellt wird.
- (4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde oder – falls bestellt – der Insolvenzverwalter Forderungen eines Gläubigers, die über die in Absatz 1 genannten

Forderungen hinausgehen, im Einklang mit Absatz 2 und den im nationalen Recht festgelegten geeigneten Kriterien feststellen oder deren Feststellung verweigern kann.

(5) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass sich entweder die zuständige Behörde oder ein Gericht unverzüglich mit den Forderungen befassen. Die zuständige Behörde kann beschließen, das vereinfachte Liquidationsverfahren in Bezug auf unbestrittene Forderungen fortzusetzen.

(42) Bestrittene Forderungen sollten so behandelt werden, dass die Durchführung vereinfachter Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen nicht unnötig erschwert wird. Wenn bestrittene Forderungen nicht schnell behandelt werden können, kann die Möglichkeit, eine Forderung zu bestreiten, dazu genutzt werden, unnötige Verzögerungen zu verursachen. Im Hinblick auf die Entscheidung über die Behandlung einer bestrittenen Forderung sollte die zuständige Behörde befugt sein, die Fortsetzung des vereinfachten Liquidationsverfahrens nur in Bezug auf unbestrittene Forderungen zuzulassen.

Entgegennahme und Bearbeitung/Zulassung von Forderungsanmeldungen und etwaiger Korrekturen, Art. 46 (2) und (4), sowie ggf. Entscheidung über strittige Forderungen, Art. 46 (5)

Mit der Anmeldungsfiktion in Art. 46 (1) verbinden sich erhebliche rechtliche Bedenken. Bisher bleibt die Anmeldung von Insolvenzforderungen regelmäßig dem betreffenden Gläubiger überlassen. Sie erfolgt auf seine Initiative und mit dem von ihm selbst angemeldeten Inhalt.

Der nach der Darstellung in ErwG. 37 regelmäßig überforderte Kleinstunternehmer wird als Schuldner kaum in der Lage sein, die Forderungen aller Gläubiger korrekt anzugeben. Die hier angelegte Unschärfe wäre hinnehmbar, wenn sie für die betroffenen Gläubiger durch die voraussichtliche Kostenersparnis kompensiert würde. Dies ließe sich jedoch nur für Gläubiger unterstellen, deren Forderungen tatsächlich vom Schuldner aufgeführt und zumindest annäherungsweise korrekt wiedergegeben werden.

Gläubiger, deren Forderungen durch den Schuldner unrichtig oder überhaupt nicht angegeben werden, sollen nach Art. 46 (2) nur 30 Tage für eine korrigierende Anmeldung zur Verfügung haben. Nach den bereits erwähnten Erläuterungen in ErwG. 37 und den Erfahrungen aus der deutschen Insolvenzpraxis wäre nahezu in jedem Verfahren mit mehreren Gläubigern zu rechnen, die in diese Kategorie fallen würden. Ihnen bliebe in Zukunft nur die Möglichkeit, sich entweder zeitnah über die Anmeldungen des Schuldners zu informieren, oder eine fehlerhafte oder sogar unterlassene Anmeldung durch den Schuldner in Kauf zu nehmen.

Wird ein Gläubiger vom Schuldner überhaupt nicht angegeben und ist er damit unbekannt im Sinne von Art. 49 (2), soll die Frist von 30 Tagen ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung des Datums der Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens im Insolvenzregister zu laufen beginnen.

Art. 49 (2) spricht davon, dass innerhalb dieses Zeitraums eine Forderungsanmeldung durch die Mitgliedstaaten möglich gemacht werden muss.

Dabei bleibt zunächst unklar, wo und bei wem eine solche Anmeldung erfolgen müsste. Da der Schuldner nach Art. 43 (1) die Kontrolle über seine Vermögenswerte und den täglichen Betrieb des Unternehmens behalten, aber nicht weitergehende Funktionen im Verfahren übernehmen soll, kommt er für eine Anmeldung nicht in Betracht. Ein Insolvenzverwalter soll nach Art. 39 nur in Ausnahmefällen bestellt werden und stünde demnach in diesem Verfahrensmodell regelmäßig nicht für Anmeldungen zur Verfügung.

Damit bleibt nur die zuständige Behörde oder das zuständige Gericht als Adressat von Anmeldungen.

Gängige (kostenpflichtige) Software für Insolvenzverwalter umfasst Tools für die Erfassung und Bearbeitung von Forderungsanmeldungen. Gerichtssoftware – jedenfalls in Deutschland – kann das bislang nicht.

Schon dieser Umstand würde in Deutschland und einer Reihe weiterer Mitgliedstaaten zu erheblichen Kostensteigerungen im Justizbereich führen und damit den erhofften Effizienzgewinn ein weiteres Mal in Frage stellen. Sieht das Insolvenzrecht, wie in Deutschland, zur Entlastung von Gerichtskapazitäten im Regelverfahren vor, dass die Gläubiger ihre Forderungen beim Insolvenzverwalter anmelden und er die Insolvenztabelle erstellt, müssen künftig sowohl der Verwalter als auch das Gericht entsprechende Softwarelösungen bereithalten, die auch kompatibel sind.

Kann oder will der vom Schuldner nicht angegebene Gläubiger von der Möglichkeit einer Forderungsanmeldung innerhalb des von Art. 49 (2) definierten Zeitraums nicht Gebrauch machen, wird er auf Art. 49 (4) verwiesen.

Diese Regelung ist jedoch unklar.

Nach ihrem Wortlaut betrifft sie nur Forderungen eines Gläubigers, die über die in Art. 49 (1) genannten Forderungen hinausgehen. In Art. 49 (1) genannt werden nur Forderungen, die der Schuldner selbst angegeben hat. Diese Formulierung deutet die Möglichkeit an, dass nur vom Schuldner bereits angegebene aber zu gering bemessene Forderungen von der Regelung des Art. 49 (4) erfasst sein sollen.

In Art. 49 (4) sollte deshalb klargestellt werden, dass auch bisher nicht angemeldete Forderungen von seiner Wirkung erfasst werden sollen.

Unterstellt man, dass auch bisher vom Schuldner nicht genannte Forderungen von Art. 49 (4) erfasst sein sollen, wären die davon betroffenen Gläubiger darauf verwiesen, dass ihr Forderungen im Einklang mit Absatz 2 und den im nationalen Recht festgelegten geeigneten Kriterien festgestellt werden müssten.

Im Einklang mit Art. 49 (2) könnten ihre Forderungen aber gar nicht mehr festgestellt werden, wenn die 30 Tage -Frist bereits verstrichen wäre.

Der Verweis auf Art. 49 (2) geht hier also entweder ins Leere oder er deutet an, dass hier eine Rechtsfolge angesprochen sein soll, die jedoch nicht näher ausgeführt wird. Die Annahmefiktion des Art. 49 (3) kann hier nicht gemeint sein, weil sie nur Forderungen betrifft, die in den in Absatz 1 genannten Eingaben des Schuldners enthalten waren.

Demnach kann es nur um das Recht gehen, hinsichtlich der in einer dieser Eingaben enthaltenen Forderungen Einwände zu erheben oder Bedenken zu äußern. Da dieses Recht regelmäßig (vgl. in Deutschland § 178 InsO) bereits in den Mitgliedstaaten gesetzlich verankert ist, hätte aber ein Verweis auf Art. 49 (2) an dieser Stelle auch keinen Sinn.

Vom Schuldner nicht angegebene Forderungen, die so erst nachträglich von Gläubigern angemeldet werden, können nicht an der Fiktion des Art. 49 (3) teilnehmen. Damit müssen sie von der zuständigen Behörde oder dem zuständigen Gericht nach Art. 49 (4) gesondert festgestellt werden.

Wird die gesonderte Feststellung durch die zuständige Behörde oder das zuständige Gericht verweigert, ist die isolierte Fortführung des Verfahrens (Art. 49 (5) Satz 2) rechtlich problematisch. Die Behörde oder das Gericht hätte in diesem Fall die Möglichkeit, selbst den Umfang des Verfahrens dadurch festzulegen, dass es solche Forderungen einfach bestreitet. Nicht ohne Grund ist in § 178 InsO das Recht zum Bestreiten von Forderungen nur dem Insolvenzverwalter oder den Insolvenzgläubigern übertragen. Damit wird eine Umgehung des Antragsprinzips vermieden, das im Vollstreckungsrecht eine zentrale Rolle einnimmt.

Art. 49 (4) sollte dahingehend geändert werden, dass nur der Insolvenzverwalter oder eine Insolvenzgläubiger Forderungen bestreiten können und eine Feststellung nur in diesem Fall verweigert werden kann.

Die Rechtsfolge einer isolierten Fortsetzung des Verfahrens für die bestrittenen Forderungen wird in Art. 49 nicht ausgeführt. Da sie nicht mehr am Verfahren teilnehmen sollen, können sie auch nicht mehr am Ergebnis teilnehmen und eine Quotenzahlung auslösen. Sie bleiben jedoch sowohl in ihrem rechtlichen Bestand wie auch in ihrer Durchsetzbarkeit erhalten, da ihr Ausschluss vom Verfahren nicht zu einem dauerhaften Durchsetzungshindernis führen kann.

Für vom Verfahren nach Art. 49 (5) ausgeschlossene bestrittene Forderungen sollte deshalb festgehalten werden, dass sie in Folge ihres Ausschlusses nicht mehr von den Wirkungen des Verfahrens erfasst werden.

Unklar wäre sonst, ob ein Ausschluss auch die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen nach Art. 44 berühren soll. Würde er diese Aussetzung für die ausgeschlossene Forderung aufheben, könnte sie nun außerhalb des Verfahrens und unter Umgehung der Ausnahmen des Art. 44 (2) durchgesetzt werden. Die anspruchsvollen Voraussetzungen dieser Ausnahmen deuten darauf hin, dass dies nicht die Intention des Vorschlages ist. ErwG. 42 geht

jedoch auf diese Frage nicht ein. Er spricht lediglich an, dass bestrittene Forderungen so behandelt werden sollten, dass die Durchführung vereinfachter Liquidationsverfahren für Kleinunternehmen nicht unnötig erschwert wird. Von einer unnötigen Erschwerung kann jedoch bei einem Bestreiten der Forderung durch die zuständige Behörde oder das zuständige Gericht nicht die Rede sein. Auch die von ErwG. 42 erwähnte Möglichkeit einer Verzögerung durch Bestreiten kann in diesen Fall jedenfalls keine unnötige Verzögerung darstellen.

Für den Fall der Umwandlung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens in ein Regelverfahren gemäß Art. 47 c) bleibt offen, ob die Anmeldefiktion des Art. 46 (1) im Regelverfahren fortbesteht und ob bereits gemäß Art. 46 (2) erfolgte Forderungsanmeldungen wirksam bleiben, was eine Datenübertragung vom Gericht an den Verwalter erfordert, oder ob das Anmeldeverfahren (für alle Gläubiger?) wiederholt werden muss.

Im Fall einer Umwandlung in ein Regelverfahren nach Art. 47 c) sollte klargestellt werden, ob die Anmeldefiktion des Art. 46 (1) im Regelverfahren fortbesteht und ob bereits gemäß Art. 46 (2) erfolgte Forderungsanmeldungen wirksam bleiben.

bb) Art. 47 – Anfechtungsklagen

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Vorschriften über Anfechtungsklagen in vereinfachten Liquidationsverfahren wie folgt Anwendung finden:

- a) Die Verfolgung und Durchsetzung von Anfechtungsklagen ist nicht zwingend, sondern liegt im Ermessen der Gläubiger oder gegebenenfalls des Insolvenzverwalters.
- b) Die Entscheidung der Gläubiger, keine Anfechtungsklagen einzuleiten, berührt nicht die zivil- oder strafrechtliche Haftung des Schuldners, wenn später festgestellt wird, dass die vom Schuldner übermittelten Informationen über Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten gefälscht wurden oder Informationen verheimlicht wurden.
- c) Die zuständige Behörde kann vereinfachte Liquidationsverfahren in ein normales Insolvenzverfahren umwandeln, wenn die Durchführung von Anfechtungsverfahren im Rahmen eines vereinfachten Liquidationsverfahrens aufgrund der Bedeutung der zugrundeliegenden Forderungen im Verhältnis zum Wert der Insolvenzmasse und aufgrund der voraussichtlichen Dauer des Anfechtungsverfahrens nicht möglich wäre.

(43) Im Rahmen des vereinfachten Liquidationsverfahrens sollten Anfechtungsklagen nur von einem Gläubiger oder, sofern bestellt, vom Insolvenzverwalter erhoben werden. Die zuständige Behörde sollte, wenn sie darüber entscheidet, das vereinfachte Liquidationsverfahren zum Zweck der Durchführung eines Anfechtungsverfahrens in ein reguläres Insolvenzverfahren umzuwandeln, verschiedene Gesichtspunkte abwägen, darunter die voraussichtlichen Kosten, die Dauer und die Komplexität des Anfechtungsverfahrens, die Wahrscheinlichkeit der erfolgreichen Wiedererlangung von Vermögenswerten und die erwarteten Vorteile für alle Gläubiger.

In der Begründung des Gesetzentwurfs zur deutschen Insolvenzordnung (BT Drs. 12/2443 v. 15.4.1992 – S. 82) war ausgeführt worden:

„Die Massearmut der heutigen Konkursverfahren geht zu einem erheblichen Teil darauf zurück, dass Schuldner im Vorfeld einer herannahenden, oftmals geradezu geplanten, Insolvenz erhebliche Vermögenswerte auf Dritte übertragen und so ihren Gläubigern entziehen. Die Tatbestände des Anfechtungsrechts sollen deshalb so ausgestaltet werden, dass die Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen wesentlich erleichtert wird, soweit nicht Erfordernisse der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes entgegenstehen. Von der Verschärfung des Anfechtungsrechts sind eine wesentliche Anreicherung der Insolvenzmassen und damit auch eine Erleichterung der Verfahrenseröffnung zu erwarten.“

Auch die Weltbank (Principles for effective Insolvency and Creditor/debtor Regimes – revised edition 2021- C 18: „Implement an effective regime to prevent and sanction fraud, improper use and abuse of MSEs insolvency proceedings.“) sieht gerade in der effizienten Verhinderung von Missbräuchen eine wesentliche Vorgabe für die rechtliche Ausgestaltung spezieller Verfahren für Kleinstunternehmer.

Es bleibt vor diesem Hintergrund unverständlich, wieso der Vorschlag offenbar davon ausgeht, dass die – nach dem vorgeschlagenen regelmäßigen Ablauf nicht durch einen Insolvenzverwalter unterstützen – Gläubiger ohne entsprechende Informationen Anfechtungen identifizieren und durchsetzen sollen.

Sie werden dazu regelmäßig nicht in der Lage sein oder im Einzelfall wegen der selbst im Vorfeld erlangten Vorteile eine Insolvenzanfechtung zum Nachteil der übrigen Gläubiger sogar verhindern.

Die Ermittlung wäre nach dem vorgeschlagenen regelmäßigen Ablauf nicht durch einen Insolvenzverwalter, sondern durch den Schuldner zu leisten, der als Eigenverwalter diese Aufgabe übernehmen soll. Er wird daran im Fall des eigenen Missbrauchs kein Interesse haben oder im Fall der bereits erwähnten Überforderung dazu nicht in der Lage sein.

Eine zivilrechtliche oder strafrechtliche Haftung des Schuldners für falsche Angaben über Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten schafft in diesem Zusammenhang keine Abhilfe. Sie könnte – wenn überhaupt – nur geltend gemacht werden, wenn die dazu notwendigen Informationen ermittelt würden. Der Schuldner in Eigenverwaltung wird aber kein Interesse daran haben, Umstände offenzulegen, die eine eigene Haftung begründen könnten.

Eine Ausnahme von diesem Verzicht sieht Art. 47 c) vor: Ist die Verfolgung von Anfechtungsansprüchen aufgrund ihrer Bedeutung im Verhältnis zum Wert der Masse im vereinfachten Verfahren nicht möglich, kann das Gericht das Verfahren in ein Regelverfahren umwandeln, in dem dann regelmäßig ein Verwalter zu bestellen sein wird.

Der offenbar als „Notausgang“ konzipierte Art. 47 c) wird einen massenhaften Missbrauch nicht verhindern können.

Mit Art. 47 c) verbindet sich zunächst ein Widerspruch mit den Zielen des Vorschlags, weil er die angebliche Planbarkeit für die Beteiligten konterkariert, die durch die Einführung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens erhöht werden soll. Denn wenn die Beteiligten nicht im Vorhinein schon alle potentiellen Anfechtungssachverhalte kennen und einschätzen können, was realistischerweise nie der Fall sein kann, müssen sie immer mit der Umwandlung in ein Regelverfahren rechnen. Seine Einfügung zeigt jedoch, dass der Vorschlag selbst von der Möglichkeit großer, anfechtungsrelevanter Vermögensverschiebungen auch bei Kleinstunternehmen ausgeht und dafür zumindest einen „Notausgang“ anbieten muss.

Seine Voraussetzungen werfen aber bereits Zweifel an seiner Funktionsfähigkeit auf. Eine Umwandlung in ein Regelinsolvenzverfahren soll nur möglich sein, wenn die Durchführung von Anfechtungsverfahren aufgrund der Bedeutung der zugrundeliegenden Forderungen im Verhältnis zum Wert der Insolvenzmasse und aufgrund der voraussichtlichen Dauer des Anfechtungsverfahrens nicht möglich wäre. Es bleibt fraglich, ob dieser Ausnahmetatbestand nur greifen soll, wenn beide Merkmale kumulativ erfüllt sind.

Ansonsten wäre bei einer großen Bedeutung der zugrundeliegenden Forderungen im Verhältnis zum Wert der Insolvenzmasse und einer voraussichtlich kurzen Dauer des Anfechtungsverfahrens der Übergang in eine Regelinsolvenzverfahren nicht zulässig. Da Art. 39 für diesen Fall auch nicht die ausnahmsweise die Bestellung eines Insolvenzverwalters vorsieht, käme man zu einem widersinnigen Ergebnis. Gerade dort, wo ein Anfechtungsverfahren die meisten Aussichten hätte, für die Gläubiger das Verfahrensergebnis und damit die Effizienz des Verfahrens in kurzer Zeit deutlich zu verbessern, wäre es den Gläubigern auferlegt, selbst und ohne die Unterstützung durch einen Insolvenzverwalter für Ermittlung, Bewertung und Durchsetzung der Anfechtungsansprüche zu sorgen.

In Art. 47 c) sollte klargestellt werden, dass allein die Bedeutung der zugrundeliegenden Forderungen im Verhältnis zum Wert der Insolvenzmasse als Kriterium für einen Übergang in ein Regelinsolvenzverfahren ausreicht.

Um die Voraussetzungen für eine Entscheidung nach Art. 47 c) überhaupt prüfen zu können, muss das Gericht Kenntnis davon erlangen, dass Gläubiger gemäß Art. 47 a) Anfechtungsansprüche geltend machen (wollen), es muss von diesen Gläubigern ausreichende Informationen einholen/erhalten, die Ansprüche prüfen und eine Einschätzung zur Komplexität und Dauer der Durchsetzung vornehmen. Gerade diese Vorbedingungen werden aber wie oben geschildert nur in seltenen Fällen erfüllt sein. Da das Gericht ohne diese Zuarbeit oder die Zuarbeit von Gutachtern und Insolvenzverwaltern selbst nicht über Ermittlungsmöglichkeiten verfügt, würden Entscheidungen nach Art. 47 c) faktisch immer an mangelnden Entscheidungsgrundlagen scheitern.

Um Insolvenzanfechtungsansprüche in der Praxis nicht weitgehend auszuschließen und massive Fehlanreize für Schuldner zu verhindern, müsste den Mitgliedstaaten in Art. 47 c) ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt werden, zu ihrer Ermittlung regelmäßig einen entsprechenden Gutachter zu bestellen.

Zudem fehlt für den Fall der Umwandlung eine Regelung zur Kostendeckung. Eine gläubigerseitige Finanzierungszusage gemäß Art. 39 b) wird sich nur auf die Kosten des vereinfachten Verfahrens beziehen und auch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Sicherstellung der Kostendeckung in Art. 38 (3) und (4) bezieht sich nur auf vereinfachte Verfahren. Machen umfangreiche oder komplexe Anfechtungsansprüche ein Regelverfahren erforderlich, werden sie oftmals nicht unstreitig bzw. hinreichend sicher zu realisieren sein, um die Annahme der Verfahrenskostendeckung auf sie zu stützen.

Art. 47 c) sollte eine Umwandlung von vereinfachten Liquidationsverfahren in ein normales Insolvenzverfahren ausdrücklich auch dann zulassen, wenn noch unklar ist, ob die Kosten für das Eingreifen des Insolvenzverwalters aus der Insolvenzmasse gedeckt werden können.

cc) Art. 48 – Feststellung der Insolvenzmasse

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde oder – falls bestellt – der Insolvenzverwalter das endgültige Verzeichnis der Vermögenswerte, die die Insolvenzmasse bilden, auf der Grundlage des vom Schuldner nach Artikel 41 Absatz 4 Buchstabe c vorgelegten Verzeichnisses der Vermögenswerte und der anschließend erhaltenen einschlägigen zusätzlichen Informationen festlegt.
- (2) Zu den Vermögenswerten der Insolvenzmasse gehören Vermögenswerte, die sich zum Zeitpunkt der Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens im Besitz des Schuldners befanden, Vermögenswerte, die nach der Stellung des Antrags auf Eröffnung eines solchen Verfahrens erworben wurden, sowie Vermögenswerte, die im Wege von Anfechtungs- oder andere Klagen beigetrieben wurden.
- (3) Die Mitgliedstaaten stellen in dem Falle, dass der Schuldner ein Unternehmer ist, sicher, dass die zuständige Behörde oder – falls bestellt – der Insolvenzverwalter festlegt, welche Vermögenswerte aus der Insolvenzmasse ausgeschlossen sind und daher beim Schuldner verbleiben können.

Feststellung des Verzeichnisses der massezugehörigen Vermögensgegenstände, Art. 48 (1)

Der Umfang massezugehörigen Vermögens kann bei Kleinstunternehmen, die gemäß der Definition in Art. 2 j) einen Umsatz oder eine Bilanzsumme von bis zu 2 Mio. € haben können, erheblich sein und sich auf mehrere Standorte verteilen (z.B. Handwerksbetrieb mit mehreren Lägern und/oder Ausrüstung/Vorräten in Fahrzeugen und auf Baustellen; IT-Equipment in externer Serverfarm oder im Homeoffice von Arbeitnehmern). Die vollständige Erfassung der massezugehörigen Gegenstände erfordert in aller Regel eine Inventur vor Ort, zumal die

Buchhaltung in einer Vielzahl der Fälle unzureichend bzw. unzuverlässig ist, was ErwG. 37 explizit festhält.

Der Umstand, dass das Verzeichnis durch das Gericht festgestellt werden soll, impliziert, dass zumindest anhand der vorliegenden Angaben keine weitere Prüfung auf Vollständigkeit sowie evtl. eine rechtliche Prüfung hinsichtlich Fremd- und Sicherungsgut stattfinden soll. Dabei bleibt jedoch die Frage nach einer Haftung ungeklärt, soweit eine zuständige Behörde oder ein zuständiges Gericht nach Art. 48 (1) das endgültige Verzeichnis der Vermögenswerte auf der Grundlage des vom Schuldner nach Art. 41 (4) c) vorgelegten Verzeichnisses der Vermögenswerte und der anschließend erhaltenen einschlägigen zusätzlichen Informationen festlegt. Da Art. 48 kein Rechtsmittel gegen ein Vermögensverzeichnis vorsieht, soll -offenbar aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung- nicht die (in Deutschland durch § 197 InsO gesicherte) Möglichkeit eröffnet werden, gegen das endgültige Verzeichnis der Vermögenswerte, die die Insolvenzmasse bilden, vorzugehen und bei Fehlern eine Korrektur zu erreichen. In Deutschland haftet ein Insolvenzverwalter für entsprechende Fehler nach § 60 InsO persönlich und in voller Höhe, wenn er nicht die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters zeigt. Ohne entsprechende Haftungsregelung bliebe geschädigten Gläubigern nur die Möglichkeit, ihren Schaden auf dem Weg der Amtshaftung nach den jeweiligen nationalen Regeln geltend zu machen. Dies würde den vermeintlichen Effizienzgewinn durch die Versagung eines Rechtsmittels (s.o.) in Frage stellen.

Unklar bleibt auch, woher das Gericht anschließend einschlägige zusätzliche Informationen erhalten soll.

Eine Abfrage von Bankkontoinformationen wird nach Art. 14 regelmäßig ausscheiden, weil diese den Antrag eines Insolvenzverwalters voraussetzt, der in vereinfachten Liquidationsverfahren gem. Art. 39 regelmäßig nicht bestellt werden soll. Da der Zugang zu weiteren Informationen gem. Art. 17 und 18 ebenfalls auf Insolvenzverwalter beschränkt bleiben soll, bleiben den Gerichten auch diese Informationsquellen verschlossen.

Ist das sonstige Schuldnervermögen potentiell werthaltig und/oder umfangreich, werden in Deutschland für die Erfassung und Bewertung regelmäßig entsprechend spezialisierte Unternehmen beauftragt, die erforderlichenfalls, aber nicht zwingend (z.B. nicht bei einem Unternehmensverkauf im Ganzen) auch die Verwertung durchführen, was ggf. auf eigenen Plattformen erfolgt.

Ob solche Beauftragungen auch im vereinfachten Verfahren möglich sein sollen, ist aus dem Vorschlag nicht ersichtlich; ggf. müsste ein entsprechender Dienstleister beauftragt und bezahlt werden.

Sind hierfür ausreichende freie Mittel nicht mit hinreichender Sicherheit vorhanden, was das Gericht prüfen müsste, scheidet eine Beauftragung aus. Selbst wenn ausreichende Mittel vorhanden sind oder (durch die Verwertung) in Aussicht stehen, dürften Dienstleister zur Absicherung ihrer Vergütung eine Beauftragung oder zumindest Zahlungszusicherung durch das Gericht (oder einen nach Art. 43 (4) b) Verfügungsbefugten Gläubiger) fordern, die auch im Fall einer Verfahrensumwandlung i.S.v. Art. 47 c) Bestand hat. Dem Gericht käme somit auch

die Aufgabe der Auswahl von Dienstleistern und Einbindung in die Auftragsvergabe zu sowie die Prüfung der ordnungsgemäßen Abrechnung.

Art. 48 (1) sollte ausdrücklich die Möglichkeit vorsehen, als Gläubiger Einwendungen gegen das endgültige Verzeichnis der Vermögenswerte zu erheben.

Prüfung und Feststellung von Neuerwerb und Anfechtungserlösen, Art. 48 (2)

Hierfür muss das Gericht laufend den Geldverkehr und etwaigen sonstigen Erwerb des Schuldners kontrollieren und von Gläubigern, die Anfechtungsansprüche verfolgen, Informationen über das Ergebnis einholen, wobei der Vorschlag keine Pflicht anfechtender Gläubiger vorsieht, Auskunft zu erteilen und Anfechtungserlöse (an wen?) auszukehren. Eine Pflicht des Schuldners zur laufenden Auskunftserteilung ist nur in ErwG. 40 Satz 3 angesprochen. Selbst der Schuldner erfährt aber nicht zwangsläufig von Anfechtungsbemühungen einzelner Gläubiger und deren Ergebnis.

Unklar ist, wie sichergestellt werden soll, dass der Schuldner nur den unpfändbaren Neuerwerb für seine Lebensführung verwendet und den pfändbaren Neuerwerb separiert. Im Ausgangspunkt muss das Gericht nach Art. 48 (3) prüfen und festlegen, wieviel des Neuerwerbs dem Schuldner unpfändbar bleibt, und zur Sicherung des pfändbaren Neuerwerbs muss erforderlichenfalls ein gesondertes Konto eingerichtet werden, evtl. durch das Gericht selbst (siehe dazu oben).

Ein Mechanismus zur Separierung und Sicherung massezugehörigen Vermögens vor dem Zugriff einzelner Gläubiger ist insbesondere dann notwendig, wenn der in Art. 44 (1) vorgesehene Vollstreckungsschutz gemäß Art. 44 (2) zugunsten einzelner Gläubiger aufgehoben wird.

Prüfung und Festlegung der unpfändbaren Vermögensgegenstände, Art. 48 (3)

Diese Aufgabe betrifft nicht nur den Neuerwerb (siehe oben), sondern auch das Bestandsvermögen bei Verfahrenseröffnung und erfordert unter Umständen eine Besichtigung und Bewertung von Gegenständen. Zuständige Behörden oder zuständige Gerichte werden diese Aufgabe regelmäßig nicht selbst durchführen können. Die daraus entstehende Frage nach der Beauftragung entsprechender Dienstleister und ihrer Bezahlung knüpft an die bereits oben erwähnten Fragen an und müsste ebenfalls gelöst werden.

d) Kapitel 4 – Verwertung der Vermögenswerte und Verteilung des Erlöses (Art. 49-55)

Kapitel 4 des Titel VI enthält die Vorschriften zur Massegenerierung im Wege der möglichen Asset-auktion über Internetportale, die die nationalen „Insolvenzbehörden“ vorzuhalten haben. Ausgehend von den grundlegenden Erwägungen sowohl Kostenminimierung als auch

Verfahrenseffizienz zu steigern, beginnt die Massegenerierung bei Kleinverfahren mit der Entscheidung der Insolvenzbehörde gem. Artikel 49 über das anzuwendende Verfahren.

Die Insolvenzbehörde hat nach Durchführung der vorherigen Ermittlungen über Insolvenzmasse, Erstellung des Verzeichnisses zur Feststellung der Gläubigerforderungen den Weg des weiteren Verfahrens zu entscheiden.

Die Erwägungsgründe zu diesem Kapitel und den darin enthaltenen Regeln sind äußerst spärlich. Letztlich wird nur ausgeführt, dass ein vereinfachtes Liquidationsverfahren durch online-Auktionen stattfinden soll. Dies ist die Regel und findet immer dann statt, wenn die Insolvenzbehörde der Ansicht ist, dass ausreichend Masse für ein solches Verfahren vorhanden ist.

aa) Art. 49 – Entscheidung über das anzuwendende Verfahren

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde im vereinfachten Liquidationsverfahren, sobald die Insolvenzmasse festgestellt und das Verzeichnis der Forderungen gegen den Schuldner erstellt wurde,
- a) die Verwertung der Vermögenswerte und die Verteilung des Erlöses vornimmt oder
 - b) nach Absatz 2 beschließt, das vereinfachte Liquidationsverfahren ohne Verwertung der Vermögenswerte abzuschließen.
- (2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde nur dann den sofortigen Abschluss des vereinfachten Liquidationsverfahrens ohne Verwertung der Vermögenswerte beschließen kann, wenn eine der folgenden Bedingungen erfüllt ist:
- a) Die Insolvenzmasse enthält keine Vermögenswerte.
 - b) Die Vermögenswerte der Insolvenzmasse sind von so geringem Wert, dass die Kosten und der Zeitaufwand für ihre Veräußerung und die Verteilung des Erlöses nicht gerechtfertigt wären.
 - c) Der offensichtliche Wert belasteter Vermögenswerte ist niedriger als der Betrag, der dem/den gesicherten Gläubiger(n) geschuldet wird, sodass die zuständige Behörde es für gerechtfertigt hält, dem/den gesicherten Gläubiger(n) die Übernahme des Vermögenswertes/der Vermögenswerte zu gestatten.
- (3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde, wenn sie die Verwertung der in Absatz 1 Buchstabe a genannten Vermögenswerte des Schuldners vornimmt, auch festlegt, wie die Verwertung erfolgen soll. Andere Verwertungsweisen als die Veräußerung der Vermögenswerte des Schuldners im Wege einer elektronischen öffentlichen Auktion kommen nur in Betracht, wenn sie in Anbetracht der Beschaffenheit der Vermögenswerte oder der Umstände des Verfahrens als angemessener erachtet werden.

Die Insolvenzbehörde prüft nach vorherigem Verfahrensverlauf, wie der Gang des weiteren Verfahrens ablaufen soll (Art. 49 (1)).

Ist keine Insolvenzmasse vorhanden, dann wird das Verfahren gem. Art. 49 (2) a) eingestellt.
Ist lediglich ein so geringes verwertbares Vermögen vorhanden, dass Kosten und Zeitaufwand

einer Verwertung keinen Erlös erwarten lassen, wird das Verfahren gem. Art. 49 (2) b) eingestellt. Für den Fall, dass in der Masse lediglich Sicherungsgüter vorhanden sind, deren Wert unter dem Wert der gesicherten Gläubigerforderung/en liegt, kann die Insolvenzbehörde die Freigabe an den/die Gläubiger gestatten und das Verfahren sodann gem. Art. 49 (2) c) einstellen.

Die Entscheidung, ob eine Verwertung wirtschaftlich sinnvoll ist, erfordert eine Bewertung der zu verwertenden Gegenstände sowie eine Schätzung der voraussichtlichen Verwertungskosten, Art. 49 (2) b), und dies erfordert Kenntnis oder eine Ermittlung ihrer Marktgängigkeit. Zudem bedarf die Beurteilung, ob die Verwertung i.S.v. Art. 49 (2) c) Sicherungsgläubigern überlassen werden soll, der Prüfung, ob und in welchem Umfang Drittrechte bestehen, sowie bei konkurrierenden Drittrechten (üblicherweise treffen Rechte aus Eigentumsvorbehalt, Vermieterpfandrecht und Raumsicherungsvereinbarung aufeinander) evtl. auch die Entscheidung, welchem Sicherungsrecht in welchem Umfang der Vorrang gebührt.

Die Entscheidung über die Verwertungsart nach Art. 49 (3) setzt zudem die Kenntnis oder Ermittlung von Alternativen und deren Beurteilung voraus.

Üblicherweise verfügen Gerichte weder über ausreichende Qualifikation noch über die personellen und zeitlichen Kapazitäten, um die vorgenannten, notwendigen Vorarbeiten für eine qualifizierte Entscheidung über die Durchführung einer Verwertung treffen zu können. Eine sinnvolle Alternativregelung zur Verfahrensvereinfachung wäre, dass ein gerichtlich bestellter Verwalter die Voraussetzungen von Art. 49 (2) prüft, eine Empfehlung abgibt und das Gericht dann ggf. beschließen kann, dass von einer Verwertung abgesehen wird.

Diese Vorgaben des Art. 49 (2) entsprechen im Wesentlichen den aktuellen Erwägungen der deutschen Insolvenzordnung. Lediglich die Tatsache der Freigabe an den Gläubiger (vereinfachte Verwertung i. S. d. § 168 Abs. 3 InsO) ist eine Verwertungsoption, die nicht das Insolvenzgericht, sondern der Insolvenzverwalter mit dem Gläubiger umsetzt. Der grundlegende Unterschied besteht insgesamt darin, dass die Entscheidung der Insolvenzbehörde nach dem Vorschlag am Ende des Verfahrens stehen dürfte. Die InsO sieht diese Entscheidung quasi zu Beginn des Insolvenzverfahrens vor und trifft dann die Wahl zwischen natürlichen Personen mit Restschuldbefreiung sowie Stundung der Verfahrenskosten und juristischen Personen. Da es derzeit keine Stundung von Verfahrenskosten bei juristischen Personen gibt, werden diese Verfahren nur nach Vorschussleistung eröffnet. Die Frage der Stundung kommt im Rahmen des Vorschlags auch nur zur Geltung, da faktisch durch die Hintertür der Haftung der Organpersonen die Restschuldbefreiung für die natürlichen Personen als Gesellschafter/Gründer/Organpersonen in das Verfahren der juristischen Personen Einzug halten soll.

Eine Verbesserung der Situation durch den Vorschlag kann nicht festgestellt werden. Im Gegenteil ist die aktuelle Regelung nach der InsO im Hinblick auf Effizienz und Kosten deutlich

besser. Die Frage der Masselosigkeit wird im Interesse der Gläubigerschaft und der Beteiligten vorab geklärt, bevor ein Verfahren überhaupt eingeleitet werden muss.

Eine Beteiligung der Gläubiger bei der Frage, ob das Verfahren eingestellt wird oder nicht, ist nicht vorgesehen. Dieses Verfahren verliert insgesamt die Gläubigerautonomie aus dem Blick. Kommt die Insolvenzbehörde zu der Erkenntnis, dass die Masse ausreichend ist, um das Verfahren fortzusetzen und die Verteilung vorzunehmen sein wird, muss die Insolvenzbehörde einen Beschluss fassen, welche Art der Verwertung vorgesehen ist. Die Regel ist die „Internet-Auktion“, es sei denn, die Art des Vermögens oder die Umstände des Verfahrens erfordern eine andere Art der Verwertung.

Die Verwertung ist grundsätzlich als online Auktion vorgesehen. Offenbar hat man jedoch auch erkannt, dass nicht alle Vermögenswerte über eine Auktion versilbert werden können und hat insoweit eine Öffnungsmöglichkeit geschaffen. Diese muss jedoch, so ist der Wortlaut wohl zu verstehen, mit einer Beschlussfassung verbunden werden. Das dürfte in der Folge bei Umsetzung in nationales Recht zwingend auch den Zugang zu Rechtsmitteln erfordern.

Weiterhin werden keine Hinweise oder Erwägungen formuliert, wie die komplexen rechtlichen oder steuerlichen Sachverhalte im Zusammenhang mit den Verwertungshandlungen organisiert werden sollen.

Auch finden sich keine Hinweise oder Erwägungen zu den Fragestellungen etwaiger Haftung der Insolvenzbehörde für fehlerhafte Ermittlungen oder Entscheidungen.

Auch hier kommen die Gläubiger nicht zu Wort. Die Frage ob und wie eine Verwertung erfolgt, ist derzeit in der Insolvenzordnung der Gläubigerautonomie zugewiesen. In der Gläubigerversammlung wird über Schließung oder Fortführung, Teil- oder Gesamtverkauf und ggf. auch über Kaufpreis und Rahmenbedingungen der Verwertung entschieden.

bb) Art. 50 – Elektronische Auktionssysteme für die Veräußerung der Vermögenswerte des Schuldners

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass in ihrem Hoheitsgebiet eine oder mehrere elektronische Auktionsplattformen zum Zwecke der Veräußerung der Vermögenswerte der Insolvenzmasse in vereinfachten Liquidationsverfahren eingerichtet und unterhalten werden. Die Mitgliedstaaten können festlegen, dass Nutzer zum Zwecke der Veräußerung der Vermögenswerte des Schuldners auch Angebote für den Erwerb des Unternehmens des Schuldners als laufendes Unternehmen abgeben können.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in Absatz 1 genannten elektronischen Auktionsplattformen immer dann genutzt werden, wenn das Unternehmen oder die Vermögenswerte des Schuldners, die Gegenstand eines vereinfachten Liquidationsverfahrens sind, im Wege der Auktion verwertet werden.

(3) Die Mitgliedstaaten können die Nutzung der in Absatz 1 genannten elektronischen Auktionssysteme auf die Veräußerung von Unternehmen oder Vermögenswerten des Schuldners ausweiten, die Gegenstand anderer Arten von Insolvenzverfahren sind, die in ihrem Hoheitsgebiet eröffnet wurden.

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in Absatz 1 genannten elektronischen Auktionsplattformen für alle natürlichen und juristischen Personen mit Wohnsitz oder eingetragenem Sitz in ihrem Hoheitsgebiet oder im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zugänglich sind. Der Zugang zum Auktionssystem kann einer elektronischen Identifizierung des Nutzers unterliegen, wobei Personen mit Wohnsitz oder eingetragenem Sitz in einem anderen Mitgliedstaat ihre nationalen elektronischen Identifizierungssysteme gemäß der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 nutzen können.

(44) Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass das Vermögen der Insolvenzmasse im vereinfachten Liquidationsverfahren durch eine öffentliche gerichtliche Online-Versteigerung verwertet werden kann, wenn die zuständige Behörde diese Art der Vermögensverwertung für angemessen hält. Aus diesem Grund sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass in ihrem Hoheitsgebiet mindestens ein elektronisches Auktionssystem zu diesem Zweck unterhalten wird. Diese Verpflichtung sollte die zahlreichen Plattformen nicht berühren, die es in einigen Mitgliedstaaten für gerichtliche Online-Versteigerungen bestimmter Arten von Vermögenswerten gibt.

Sofern die Insolvenzbehörde zu der Erkenntnis gelangt ist, dass eine Verwertung der Vermögensgegenstände des Schuldners lohnend und geeignet ist, wird die Veräußerung über die elektronische Auktionsplattform umgesetzt.

Diese Plattform oder ggf. auch mehrere verschiedene Plattformen hat jeder Mitgliedsstaat einzuführen. Die Mitgliedsstaaten haben diese einzurichten und vorzuhalten, um die vereinfachten Liquidationsverfahren durchführen zu können. Diese müssten nach Art. 50 (1) S. 2 so konzipiert sein, dass neben allen möglichen Vermögenswerten auch Gebote auf das schuldnerische Unternehmen in Gänze erfolgen können. Die Verwendung der Plattformen ist in den Fällen des vereinfachten Liquidationsverfahrens zwingend. Die Plattformen sind als Auktionsplattformen zu konzipieren.

Bereits hier schließt sich die Frage an, wieso Mitgliedstaaten zur Einrichtung und Unterhaltung von Auktionsplattformen in der Art eines „Justiz -ebay“ angehalten werden, obwohl es solche Plattformen bereits gibt. Nach Art. 106 AEUV wären solche Plattformen an die EU-Wettbewerbsregeln gebunden. Bei ihrer Einrichtung und Unterhaltung dürften den Verträgen und insbesondere den Art. 18 und 101 bis 109 AEUV widersprechende Maßnahmen getroffen oder beibehalten werden. Zudem wären sie nach Art. 107 AEUV auch den EU-Beihilferegeln unterworfen. Ob ihre Einrichtung und Unterhaltung nach Art. 107 (3) b) AEUV als Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats zu gelten hätte erscheint fraglich.

Weder die Begründung des Vorschlags noch seine Erwägungsgründe greifen diese Frage auf. Es ist zweifelhaft, ob der Verkauf von Vermögensgegenständen aus Insolvenzverfahren, der bereits heute oft über privatwirtschaftliche Auktionsplattformen durchgeführt wird, durch die

Einrichtung weiterer staatlicher Monopolunternehmen tatsächlich gefördert werden kann. Ihre Einrichtung ist aufgrund der ausreichend vorhandenen Infrastruktur auch nicht notwendig, um solche Auktionen sicherzustellen.

Der Zugang zu den Auktionsplattformen muss allen natürlichen und juristischen Personen mit Sitz (Wohn- oder HR-Sitz) innerhalb der EU zur Verfügung gestellt werden. Eine Registrierung zur Teilnahme kann vorgesehen werden, wobei die wirksame elektronische Registrierung in einem Mitgliedsstaat ausreichend sein sollte.

Art. 50 fordert von den Mitgliedsstaaten die Konzeption, Errichtung und Verwaltung einer oder mehrerer elektronischer Auktionsplattformen, die für die Versteigerung der Vermögenswerte der Schuldner im vereinfachten Liquidationsverfahren grundsätzlich genutzt werden müssen. An diese Weisung schließen sich zahlreiche, durch den Vorschlag nicht geklärte Fragen an:

Die Versteigerung soll daher die Regel und andere Verwertungen lediglich die Ausnahme sein. Dabei wird jedoch nicht definiert, welche Vermögenswerte geeignet sind und welche nicht. Es wird auch nicht angesprochen wer die Daten einstellt. Wer bewertet die Vermögenswerte, wer legt Kaufpreise bzw. Mindestgebote fest, wer fertigt Fotos für die Auktion an, etc.?

Art. 50 (1) Unterabsatz 2 sieht ausdrücklich auch vor, dass Gebote auch auf das gesamte schuldnerische Unternehmen zur Betriebsübernahme eines laufenden Betriebes erfolgen können. Es ist jedoch keine Idee formuliert, wie dann die weiteren Verwertungsschritte aussehen sollen. Es ist auch nicht erklärlich, wer von den handelnden Akteuren sich berufen fühlen muss, die rechtlich komplexen Tatbestände zu begleiten und abzuwickeln.

Nach Art. 51 (1) Satz 3 soll das System u.a. Informationen über alle auf nationalen Plattformen durchgeführten Auktionsprozesse in allen Amtssprachen der Union enthalten. Aus dem Vorschlag geht nicht hervor, wer die Übersetzungen zu veranlassen hat. Im verwalterlosen Verfahren dürfte hierfür nur das Gericht in Frage kommen, das nach Art. 54 für die Vorankündigung der Auktion allgemein zuständig ist.

Das Gericht ist nach Art. 54 (2) im verwalterlosen Verfahren auch dafür zuständig, alle Gläubiger über die Einzelheiten der anstehenden Auktion zu informieren.

Selbst wenn man nicht die Versteigerung eines lebenden Geschäftsbetriebes annimmt, dann sind allein die einzelnen Vermögensgegenstände mit rechtlich komplexen Fragestellungen ausgestattet, die zwar grundsätzlich einer Auktion zugänglich sein können, doch in jedem Fall kompetent begleitet werden müssen.

Nach den Ausführungen im Explanatory Memorandum (Ziff. 5, S. 21 der deutschen Fassung) soll die Möglichkeit des Gerichts, ein elektronisches Auktionssystem zu nutzen, zu einer (weiteren) Reduzierung der Verfahrenskosten führen.

Worauf die Annahme der kostenreduzierenden Wirkung beruht, ist dem Memorandum nicht zu entnehmen und auch nicht unmittelbar ersichtlich. In keinem Fall könnte eine elektronische Verkaufsplattform etwas daran ändern, dass die zu verwertenden Vermögensgegenstände erfasst und bewertet werden müssen.

Um sie über eine digitale Plattform anbieten zu können, müssen sie zudem in geeigneter Weise in die Plattform eingestellt werden, d.h. üblicherweise mit Fotos und Beschreibungen, die zuvor in möglichst professioneller Weise zu erstellen sind.

Bei Computern und anderen Gegenständen mit Speichermedien, auf denen personenbezogene Daten gespeichert sein könnten, muss vor einer Verwertung eine datenschutzkonforme Löschung der Speichermedien durchgeführt werden (Apple-Geräte müssen zudem auf die Abmeldung des letzten Nutzers kontrolliert werden, da sie anderenfalls für Erwerber nutzlos sind).

Bis zum Verkauf müssen die Gegenstände an ihrem bisherigen Standort zwischengelagert und vor Fremdzugriff gesichert werden oder, wenn dieser Standort nicht weiter genutzt oder nicht gesichert werden kann, müssen sie an ein anderes Zwischenlager transportiert werden.

Je nach Art der Gegenstände müssen sie unter Umständen auch für Besichtigungen zugänglich gemacht und in jedem Fall schließlich an Erwerber übergeben oder versandt werden.

In diesem Zusammenhang muss für eine ordnungsgemäße Rechnungsstellung und Zahlungskontrolle gesorgt werden. Wird Sicherungsgut nicht durch den Sicherungsgläubiger selbst verwertet, kommt es – jedenfalls nach deutschem Insolvenzsteuerrecht – umsatzsteuerlich zu einem Dreifachumsatz, der ordnungsgemäß abzurechnen und steuerlich zu erklären ist. Für die ordnungsgemäße steuerliche Abwicklung bedarf es einer gesonderten Massesteuernummer, die das Finanzamt auf Antrag erteilt.

Es dürfte klar sein, dass das Gericht all diese Maßnahmen nicht mit eigenem Personal ausführen kann, es soll sie nach der Vorstellung des Vorschlags aber wohl zumindest veranlassen, koordinieren und kontrollieren.

Im Fall eines noch laufenden Betriebs sollen nach Art. 50 (1) Satz 2 Angebote auch für das Schuldnerunternehmen als laufender Betrieb möglich sein und auch insoweit soll das Bieterverfahren nach Art. 50 (2) regelmäßig über das elektronische Auktionssystem laufen.

Die Veräußerung eines Betriebs oder Betriebsteils erfordert – jedenfalls für Nicht-Insider – neben der Kenntnis der Erwerbsmöglichkeit an sich und der zum Verkauf stehenden Gegenstände Informationen über das Unternehmen.

Üblicherweise wird bei einem Unternehmensverkauf zunächst ein „Teaser“ mit Kurzinformationen über das Unternehmen erstellt, um potenzielle Erwerber anzusprechen.

Ernsthaften Interessenten wird dann eine nähere Due Diligence ermöglicht, wenn sie eine Verschwiegenheitserklärung abgeben.

Die Zurverfügungstellung von Unterlagen erfolgt oftmals über einen Datenraum, zu dem der Zugang und die Zugriffsrechte limitiert werden können. Die zur Verfügung zu stellenden Unterlagen und Informationen müssen vorab gesichtet, aussortiert und vorbereitet werden, unabhängig davon, auf welchem Weg die Zurverfügungstellung erfolgt.

Bleibt es nach der Due Diligence beim Erwerbsinteresse, muss – im Interesse der Vergleichbarkeit mehrerer Angebote – allen Interessenten ein einheitlicher Vertragsentwurf zur Verfügung gestellt werden, der üblicherweise dann ausgefüllt und in den Einzelheiten verhandelt

wird, sei es auch nur hinsichtlich der praktischen Abwicklung verschiedener klärungsbedürftiger Themen. Im Zuge dessen bedarf es fast immer einer Aufklärung der Erwerbsinteressen über die Besonderheiten eines Kaufs aus der Insolvenz.

Auch hinsichtlich dieser Tätigkeiten ist eine Erledigung durch das Gericht im verwalterlosen Verfahren unrealistisch. Zumal sich auch die Frage aufdrängt, ob die Aufgabe der Verwertung an das Gericht zu delegieren nicht dem Prinzip der Gewaltenteilung widerspricht. In der endgültigen Betrachtung wäre das Insolvenzgericht, wenn es denn sowohl für die Eröffnung als auch für die Abwicklung und Verwertung zuständig wäre, Vollstreckungsexekutivorgan.

Eine Übertragung auf den Schuldner wird in der Regel nicht in Frage kommen.

Es ist schon zweifelhaft, ob dem Schuldner die hierfür ggf. notwendigen Sachmittel und Arbeitskräfte in Anbetracht der Liquidation noch frei und für eine ausreichende Zeit zur Verfügung stehen. Auch der liquidierende Schuldner selbst bzw. sein Geschäftsführer wird sich vorrangig um eine neue Erwerbstätigkeit zur künftigen Bestreitung seines Lebensunterhalts bemühen müssen und nicht in ausreichendem Umfang für (unbezahlte) Abwicklungstätigkeiten verfügbar sein. Zudem bestehen bei vielen Kleinstunternehmen Unzulänglichkeiten, auf die ErwG. 37 hinweist: "Der Bilanztest ist jedoch unter Umständen nicht durchführbar, wenn der Schuldner ein Kleinstunternehmen ist, insbesondere im Falle von Einzelunternehmern, da möglicherweise keine ordnungsgemäßen Aufzeichnungen vorliegen und nicht klar zwischen Privatvermögen und -verbindlichkeiten und Geschäftsvermögen und -verbindlichkeiten unterschieden werden kann." Die hier adressierten Umstände decken sich mit den Erfahrungen der Praxis in den meisten Fällen von Kleinstunternehmen und sprechen regelmäßig auch gegen die Fähigkeit des Schuldners zur angemessenen Be- und Verwertung der Insolvenzmasse. Er wird oft schon an korrekten und vollständigen Angaben in dem nach Art. 41 (4) vorgesehenen Standardformular scheitern, das u.a. eine vollständige Liste der bestehenden Verbindlichkeiten und ihrer Besicherung fordert. Üblicherweise bestehen an vorhandenen Anlagegütern und Vorräten konkurrierende Sicherungsrechte von Vermietern, Lieferanten und Finanzierern.

Die Übertragung der Vorbereitung und Durchführung der elektronischen Auktion auf einzelne Gläubiger dürfte schon von vornherein unrealistisch sein; jedenfalls kann aber ausgeschlossen werden, dass Gläubiger die Tätigkeiten kostenfrei durchführen würden, zumal sie sich mit der Durchführung der Auktion auch dem Risiko der Verantwortung für Reklamationen und Gewährleistungsansprüche von Erwerbern aussetzen.

Unabhängig davon, wer die Auktion durchführt, muss der Durchführende im Zweifel die jeweils geltenden Regeln des Online-Handels einhalten, also z.B. ordnungsgemäße Belehrungen, insbesondere gegenüber Verbrauchern, Angaben zum Verantwortlichen, ggf. zu Lieferzeiten und Lieferkosten, Einzelheiten der Zahlung, Herstellergarantie, Vertragstext, AGB, etc.

Somit bleibt für die Tätigkeiten und Pflichten, die auch bei der Verwertung über ein elektronisches System unerlässlich sind, nur der Einsatz externer, spezialisierter Dienstleister, die –

zumindest in Deutschland – auch jetzt schon mit eigenen elektronischen Verkaufsplattformen arbeiten. Dem Gericht kommt dann zumindest die Auswahl und Kontrolle von Dienstleistern zu.

Ein Kosteneinsparungseffekt durch die Etablierung neuer elektronischer Auktionssysteme ist hiernach nicht erkennbar.

Von der Verpflichtung zur Einrichtung und Unterhaltung neuer elektronischer Auktionsplattformen für den Verkauf von Vermögensgegenständen oder sogar ganzen Unternehmen im Rahmen von Insolvenzverfahren sollte abgesehen werden.

cc) Art. 51 – Vernetzung der elektronischen Auktionssysteme

(1) Die Kommission richtet im Wege von Durchführungsrechtsakten ein System für die Vernetzung der nationalen elektronischen Auktionssysteme nach Artikel 50 ein. Das System besteht aus nationalen elektronischen Auktionssystemen, die über das Europäische Justizportal vernetzt sind, das als zentraler elektronischer Zugangspunkt im System dient. Das System enthält in allen Amtssprachen der Union Informationen über alle auf nationalen elektronischen Auktionsplattformen angekündigten Auktionsverfahren, ermöglicht Suchen zwischen diesen Verfahren und enthält Hyperlinks, die zu den Seiten der nationalen Systeme führen, auf denen Angebote direkt eingereicht werden können.

(2) Die Kommission legt im Wege von Durchführungsrechtsakten technische Spezifikationen und Verfahren fest, die erforderlich sind, um die Vernetzung der nationalen elektronischen Auktionssysteme der Mitgliedstaaten zu gewährleisten, insbesondere:

- a) die technische(n) Spezifikation(en) für die elektronische Kommunikation und den elektronischen Informationsaustausch auf der Grundlage der festgelegten Schnittstellenspezifikation für das System zur Vernetzung der elektronischen Auktionssysteme;
- b) die technischen Maßnahmen, durch die die IT-Mindestsicherheitsstandards für die Übermittlung und Verbreitung von Informationen innerhalb des Systems zur Vernetzung der elektronischen Auktionssysteme gewährleistet werden;
- c) die Mindestinformationen, die über die zentrale Plattform zugänglich gemacht werden müssen;
- d) die Mindestkriterien für die Präsentation angekündigter Auktionsverfahren über das Europäische Justizportal;
- e) die Mindestkriterien für die Suche nach angekündigten Auktionsverfahren über das Europäische Justizportal;
- f) Mindestkriterien für die Verweisung der Nutzer an die Plattform des nationalen Auktionssystems des betreffenden Mitgliedstaats, auf der sie ihre Angebote direkt im angekündigten Auktionsverfahren einreichen können;
- g) die Mittel und technischen Voraussetzungen für die Verfügbarkeit der durch das System zur Vernetzung der elektronischen Auktionssysteme angebotenen Dienste;

- h) die Verwendung der europäischen einheitlichen Kennung nach Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie (EU) 2017/1132 ;
- i) Angabe, auf welche personenbezogenen Daten zugegriffen werden kann;
- j) Datenschutzgarantien.

Diese Durchführungsrechtsakte werden bis spätestens [ein Jahr nach Ablauf der Umsetzungsfrist] nach dem in Artikel 69 Absatz 2 genannten Prüfverfahren erlassen.

(45) Die zur Verwertung des Schuldnervermögens im vereinfachten Liquidationsverfahren betriebenen Auktionssysteme sollten über das europäische E-Justiz-Portal vernetzt werden. Das E-Justiz-Portal sollte als zentraler elektronischer Zugangspunkt zu den im nationalen System oder den nationalen Systemen durchgeführten Online-Versteigerungsverfahren dienen, eine Suchfunktion für die Nutzer bereitstellen und sie zu den einschlägigen nationalen Online-Plattformen führen, wenn sie beabsichtigen, am Bietverfahren teilzunehmen. Bei der Festlegung der technischen Spezifikationen dieses Vernetzungssystems im Wege eines Durchführungsrechtsakts sollte die Kommission entsprechend ihrem „Zwei-Säulen-Ansatz“ das Ergebnis der Analyse bereits von der Kommission bereitgestellter Lösungen, die weiterverwendet werden können, vorlegen oder eine Markuntersuchung in Bezug auf potenzielle gebrauchsfertige kommerzielle Lösungen durchführen, die als solche oder mit geringfügigen Anpassungen verwendet werden können.

Die nationalen Auktionsplattformen werden in Zukunft miteinander auf europäischer Ebene verbunden. Die dazu notwendigen Harmonisierungsschritte werden im Rahmen einzelner Durchführungsakte von der Kommission erlassen. ErwG. 45 führt hierzu aus, dass das gemeinsame elektronische europäische Justiz-Portal als zentraler online-Zugangspunkt gelten soll. Von dort soll dann Zugang zu den nationalen Plattformen gegeben sein, so dass eine europäische Verwertung der Vermögensgegenstände erfolgen kann bzw. soll. Für die Entwicklung soll der Markt zunächst überprüft werden, welche handelsübliche Lösungen vorhanden sind, die durch Anpassungen zeitnah verwandt werden können.

Die hier vorgegebene Vorgehensweise deutet sehr deutlich an, dass ein nationales Vorgehen unerwünscht ist. Es soll eine europäische Lösung gefunden und favorisiert werden. Alle wesentlichen Merkmale der Auktionsplattformen gibt die Kommission vor. Dies verspricht keine Effizienzgewinne, sondern vielmehr einen erheblichen bürokratischen Aufwand, der in einem eklatanten Missverhältnis zu den erzielbaren Effekten steht.

dd) Art. 52 – Kosten für die Einrichtung und Vernetzung elektronischer Auktionssysteme

- (1) Die Einrichtung, Instandhaltung und Weiterentwicklung des Systems zur Vernetzung der elektronischen Auktionssysteme nach Artikel 50 wird aus dem Gesamthaushalt der Union finanziert.
- (2) Jeder Mitgliedstaat trägt die Kosten für die Einrichtung und Anpassung seiner nationalen elektronischen Auktionssysteme für deren Interoperabilität mit dem Europäischen Jus-

tizportal sowie die Kosten für die Verwaltung, den Betrieb und die Instandhaltung dieser Systeme. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit, Zuschüsse zur Unterstützung dieser Vorhaben im Rahmen der Finanzierungsprogramme der Union zu beantragen.

Art. 52 legt die Kostentragungspflicht für die Beteiligten an dem E-Justiz-Portal fest. Die nationalen Systeme haben die Mitgliedsstaaten selbst zu tragen. Das E-Justiz-Portal der EU wird aus dem Haushalt der EU getragen.

ee) Art. 53 – Zuständigkeiten der Kommission im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten im System der Vernetzung elektronischer Auktionsplattformen

- (1) Die Kommission nimmt die Aufgaben des Verantwortlichen nach Artikel 3 Absatz 8 der Verordnung (EU) 2018/1725 im Einklang mit den diesbezüglich in diesem Artikel festgelegten Aufgaben wahr.
- (2) Die Kommission legt die notwendigen Maßnahmen fest und wendet die notwendigen technischen Lösungen an, um ihre Aufgaben im Aufgabenbereich des Verantwortlichen zu erfüllen.
- (3) Die Kommission setzt die technischen Maßnahmen um, die erforderlich sind, um die Sicherheit der personenbezogenen Daten bei der Übermittlung, insbesondere die Vertraulichkeit und Unversehrtheit bei der Übermittlung zum und vom Europäischen Justizportal, zu gewährleisten.
- (4) Für Informationen aus den vernetzten nationalen Auktionssystemen gilt, dass keine personenbezogenen Daten von betroffenen Personen im Europäischen Justizportal gespeichert werden. Sämtliche derartige Daten werden in den von den Mitgliedstaaten oder anderen Stellen betriebenen nationalen Auktionssystemen gespeichert.

Art. 53 statuiert die Zuständigkeiten im Hinblick auf Datenschutz bei dem Informationsaustausch zwischen nationalem und europäischem System. Die notwendigen personenbezogenen Daten werden allein auf dem nationalen System gespeichert.

Es bleibt jedoch ungeklärt, wie die komplexen Vorgaben der DSGVO mit den notwendigen Informationen im Rahmen eines Gesamtverkaufs eines Geschäftsbetriebes über eine Auktionsplattform in Einklang zu bringen sein sollen. Um einen marktgerechten Kaufpreis bieten zu können, benötigt der Erwerberinteressent eine Vielzahl von Daten, der Bekanntgabe schon gegenwärtig professionelle Insolvenzverwalter regelmäßig vor Probleme stellt. Wie dies durch den Schuldner, einen Gläubiger oder etwa das Gericht (oder die „Insolvenzbehörde“) bewerkstelligt werden soll, ohne Rechte der Beteiligten zu verletzen ist nicht klar. Jeder potenziell mitbietende Erwerberinteressent benötigt Zugriff zumindest auf die Kunden- und Arbeitnehmerdaten, um die wirtschaftlichen Rahmendaten des zu erwerbenden Betriebes zu

prüfen. Diese Daten sollen dann in eine internationale Auktionsbörse gestellt werden, ohne, dass dies datenschutzrechtliche Probleme hervorruft und ohne, dass eine professionelle Begleitung dieses Vorgangs erfolgt.

ff) Art. 54 – Veräußerung der Vermögenswerte im Wege der elektronischen Auktion

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die elektronische Auktion von Vermögenswerten der Insolvenzmasse in vereinfachten Liquidationsverfahren rechtzeitig im Voraus auf der in Artikel 50 genannten elektronischen Auktionsplattform bekanntgegeben wird.
- (2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde oder gegebenenfalls der Insolvenzverwalter alle bekannten Gläubiger durch individuelle Mitteilungen über Gegenstand, Uhrzeit und Datum der elektronischen Auktion sowie über die Anforderungen für die Teilnahme daran unterrichtet.
- (3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass alle interessierten Personen, einschließlich der vorhandenen Anteilseigner oder Mitglieder der Unternehmensleitung des Schuldners, an der elektronischen Auktion teilnehmen und Angebote abgeben dürfen.
- (4) Gibt es Angebote sowohl für den Erwerb des Unternehmens des Schuldners als laufendes Unternehmen als auch für die einzelnen Vermögenswerte der Insolvenzmasse, so entscheiden die Gläubiger, welche der Alternativen sie bevorzugen.

Art. 54 legt fest, dass bestimmte Informationspflichten und Fristen etabliert werden müssen, um alle Interessierten ausreichend frühzeitig über den Beginn der Online-Auktion der Vermögenswerte zu informieren. Alle bekannten Gläubiger sowie Geschäftsführer und Gesellschafter und alle interessierten Personen sollen an der Auktion teilnehmen dürfen. Bei abgegebenen Geboten auf einzelne Vermögenswerte und auch den Gesamtbetrieb als Betriebsübergang bei Fortführung, sollen die Gläubiger die Entscheidung des Zuschlags treffen.

Insgesamt sind im Rahmen der Verwertung des schuldnerischen Vermögens im verwalterlosen Verfahren Gläubigerrechte allenfalls rudimentär angesprochen. Gläubiger dürfen an der Auktion mitwirken, aber sie können lediglich die Entscheidung über den Zuschlag treffen, wenn die Wahl zwischen Betriebsübergang und Einzelliquidation getroffen werden muss. Anders als in der InsO haben die Gläubiger keine Rechte darüber zu befinden, ob besonders Interessierte an der Verwertung partizipieren dürfen. Die Gesellschafter und Geschäftsführer sollen in der Auktion mitbieten dürfen.

§ 162 InsO wird auf diese Weise ggf. unterlaufen. Zum Schutz der Gläubiger vor einer eventuellen einseitigen Einflussnahme durch Kaufinteressenten – oder Personen, die zu mindestens einem Fünftel am Kapital einer zum Kauf interessierten Gesellschaft beteiligt sind – mit (direkt, vgl. Abs. 1 oder indirekt, vgl. Abs. 2) hervorgehobener Stellung in Bezug auf Informationen über den Schuldner (vgl. Abs. 1 Nr. 1) oder Möglichkeiten zur Einflussnahme auf das Verfahren (vgl. Abs. 1 Nr. 2) wird die endgültige Entscheidung über den Verkauf an einen solchen Personenkreis der Gläubigerversammlung überantwortet. So entscheidet das oberste

Selbstverwaltungsorgan der Gläubiger selbst, ob die Verfahrensregeln einer ordnungsgemäßen Unternehmensveräußerung eingehalten wurden und am Ende der Übertragung ein marktgerechter Gegenwert gegenübersteht (BeckOK InsR/Verhoeven/Theiselmann, 29. Ed. 15.1.2022, InsO § 162)

Der gesamte Vorschlag sieht kaum noch Gläubigerinteressen vor. Eine Berücksichtigung dieser kommt allenfalls noch am Rande bei Einzelfragen in Betracht.

Es finden sich im Vorschlag auch keine Vorschriften zu der Frage, wie lange eine Auktion online bleibt. Auch wird nicht geregelt, was mit den Vermögenswerten geschieht, die nicht zugeschlagen werden. Was geschieht mit den Rechten der Massegläubiger, die maßgeblich durch zurückgelassene und nicht verwertete Vermögensgegenstände beeinträchtigt werden? Vermieter dürften mit großem Interesse Anteil daran nehmen, wie sich ihre Rechte in Luft auflösen und die Kosten der Entsorgung bei ihnen verbleiben. Das „Schnellverfahren“ findet nicht ein Wort zu dem Thema Masseverbindlichkeiten. Auch nicht im Hinblick auf Erlösverteilung zwischen Massegläubigern und Insolvenzgläubigern. Dies ist vor dem Hintergrund des generellen Vorrangs von Betriebsfortführungen in Eigenverwaltung.

Auch die Frage der Arbeitnehmerrechte, die im Zuge des durchaus angedachten Betriebsüberganges nach Abs. 4 im Bereich des Möglichen ist, finden keinerlei Erwähnung. Ein Bieterangebot auf den Gesamtbetrieb mit „unterstellter“ Zustimmung der Gläubigerschaft bedeutet, dass nach § 613 a BGB durchaus komplexe Themen abzuarbeiten sind, die deutlich jenseits der zu erwartenden Fähigkeiten eines Schuldners liegen. Alle Fragestellungen zu Arbeitnehmerrechten, Rentenversicherung, Insolvenzgeld, Sozialversicherung, etc. bleiben ausgeklammert. Faktisch kann es in der vorgeschlagenen Verfahrensart jedoch keine nennenswerten Insolvenzgeldansprüche geben; entweder wird sich keiner um diese Ansprüche kümmern oder die Anspruchsdauer ist auf Grund der zeitlichen Vorgaben zum Eröffnungsverfahren (zwei Wochen Insolvenzeröffnungsverfahren gem. Art. 42) zu gering.

gg) Art. 55 - Entscheidung über den Abschluss des vereinfachten Liquidationsverfahrens

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständige Behörde spätestens zwei Wochen nach der erfolgten Verteilung des Erlöses aus der Veräußerung des Unternehmens oder der Vermögenswerte des Schuldners eine Entscheidung über den Abschluss des vereinfachten Liquidationsverfahrens trifft.
- (2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass in der Entscheidung über den Abschluss des vereinfachten Liquidationsverfahrens die Frist für die Entschuldung des Unternehmerschuldners oder derjenigen Gründer, Eigentümer oder Gesellschafter eines Kleinunternehmens mit unbeschränkter Haftung, die persönlich für die Schulden des Schuldners haften, angegeben wird.

Art. 55 regelt die Beendigung des vereinfachten Liquidationsverfahrens. Es ist sicherzustellen, dass zwei Wochen nach Erlösverteilung an die Gläubiger das Verfahren einzustellen ist. Diese Entscheidung soll dann auch eine Entscheidung über die noch abzuwartende Zeitdauer beinhalten, nach welcher der Schuldner (Geschäftsführer oder Gesellschafter) die Restschuldbefreiung erteilt bekommt.

Nach welchen Kriterien diese Entscheidung getroffen wird, bleibt unklar. Auch wird nicht davon gesprochen, ob es dabei eine Beteiligung der Gläubiger gibt. Hinweise auf etwaige unerlaubte Handlungen und die Ausnahme von der Restschuldbefreiung sind nicht ersichtlich.

Der ErwG. 46 macht ganz deutlich; es soll überwiegend in großer Geschwindigkeit durch das Verfahren marschiert werden. Hierbei ist vorprogrammiert, dass diese Eile zu Verwertungsverlusten führt. Gewollt ist eindeutig die Restschuldbefreiung vor der Satisfaktionswirkung der Insolvenz für die Gläubiger. Es soll ein Neustart für den Schuldner und nicht die Befriedigung der Gläubiger im Vordergrund stehen. Daher sind im Rahmen des Verfahrens über die Erlösgenerierung durch Online-Auktion auch keine Gläubigerrechte berücksichtigt. Gläubigerentscheidungen über das „wie“ der Verwertung kommen erst in den Fokus, wenn Gebote zeitgleich auf den Gesamtbetrieb oder Einzelgegenstände erfolgen.

Die Vorschriften über das Auktionsverfahren zeigen deutlich einen eklatanten Dissens der verschiedenen Lebenswirklichkeiten innerhalb der EU. Bei Durchsicht der Vorschriften zur Online-Versteigerung von Betrieben drängt sich das Bild von kleinen Gastronomien, Textil- oder Souvenirläden mit zwei mitarbeitenden Familienmitgliedern in europäischen Touristengebieten vor Augen. Mit der überaus komplexen Wirtschaftsrealität deutscher KMU aus dem Bereich des Handwerks oder produzierenden Gewerbes hat das leider gar nichts zu tun.

Es ist zu erwarten, dass überwiegend nordeuropäische Wirtschaftsstrukturen etwa in Norditalien, Österreich, Benelux oder Skandinavien ähnliche Probleme damit haben werden. Das Verfahren ist nur dann geeignet, wenn man keine Berücksichtigung von Gläubigerinteressen, Arbeitnehmerrechten, staatlichen Ordnungsstrukturen wie Steuern und Abgaben aus Rentenversicherung sowie Sozialversicherung im Auge hat.

Das hehre Ziel der Beschleunigung dient allein der schuldnerischen Restschuldbefreiung und der Liquidation von Kleinunternehmen ohne ausreichende Rücksichtnahme auf die Belange der Gläubiger. Eine Berücksichtigung der verbesserten Befriedigung der Gläubiger ist auf diese Weise gar nicht zu gewährleisten. Mit diesem Verfahren opfert man wichtige Errungenschaften des deutschen Insolvenzrechts im Hinblick auf Gläubigerbefriedigung, Hygienefunktion der Insolvenz und staatlicher Ordnungskriterien im Hinblick auf Steuern und Sozialabgaben sowie Arbeitnehmerrechte und -interessen.

Allein die Regelungen zur Online-Auktion verstoßen gegen nahezu alle Verfahrensziele, welche mit der Schaffung der deutschen Insolvenzordnung Einzug in das Insolvenzverfahren fanden. Hierzu sei auf BT- Drs. 12/2443 vom 15.04.1992 verwiesen.

Das Prinzip der Gläubigerautonomie findet nahezu keine Berücksichtigung mehr. Das Insolvenzgeld wird vermutlich entfallen. Die Funktion der Sicherung des Rechtsfriedens und der Ordnungsfunktion der Insolvenz wird zu Gunsten eines Schnellverfahrens aufgegeben. Neben der Gläubigerautonomie wird auch die Beteiligtenautonomie im Hinblick auf die Art der Verfahrensdurchführung geschleift. Die Fragestellungen der gläubigerschädigenden Manipulationen und die Frage der „familia suspecta“ erfahren bei der Durchführung der Auktion keine Relevanz mehr. Es ist ausdrücklich gewollt, dass Gesellschafter, Geschäftsführer oder beteiligte Personen an dem Verfahren mitwirken. Letztlich werden alle Arbeitnehmerrechte preisgegeben. Weder ist geregelt, ob und in welcher Weise die Belange der Arbeitnehmer bei dem Auktionsverfahren geschützt werden. Noch ist auch nur der Gedanke an betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen in den Vorschlag eingeflossen. Auch Themen des Kündigungsschutzes finden Berücksichtigung, obwohl eine komplette Betriebsübertragung mit immerhin 9 Arbeitnehmern in einem Auktionsverfahren vorstellbar, bzw. gewünscht, ist.

Die Auktion ohne Regulativ etwa eines Insolvenzverwalters wird viele rechtliche Probleme aufwerfen, die in der Folge von niemandem mehr gelöst werden können. Entweder wird der Schuldner sich im Vorfeld teurer Berater bedienen müssen, wobei sich die Frage stellt, wer diese bezahlen soll. Oder der jeweils bietende Gläubiger wird diese Beratungsleistung in den Bieterpreis einpreisen und letztlich kaum noch bereit sein, nennenswerte Beträge zu zahlen.

Auch die ungeklärten Fragen nach Insolvenzgeldvorfinanzierung, Arbeitnehmerrechten, Steuern und Abgaben, Haftung für Lohnsteuer und Umsatzsteuer, Abgaben von Erklärungen, ggf. offene Masseverbindlichkeiten während der Betriebsfortführung, etc. für den Fall eines Zuschlages auf einen going-concern-Betrieb fördern nicht die Effizienz. Sie zeigen sehr deutlich, dass der Vorschlag der komplexen Abwicklung selbst kleinster Unternehmensinsolvenzen nicht gerecht wird. „Nur der Insolvenzverwalter kann, was der Insolvenzverwalter kann!“ ist nicht bloße Phrase, sondern zeigt sich täglich in der professionellen Abwicklung von Betrieben mit kleiner Masse. Es bleibt unverständlich, wie dies durch den Schuldner oder eine noch zu schaffende Institution bewerkstelligt werden könnte.

e) Kapitel 5 – Entschuldung von Unternehmen im vereinfachten Liquidationsverfahren (Art. 56-57)

Der Vorschlag gibt den Mitgliedstaaten in Art. 56 und 57 vor, Unternehmen, voll- und mithaftenden Gesellschaftern sowie Bürgen und mithaftenden Dritten eine Entschuldung zu ermöglichen. Art. 2 m) enthält eine Definition des Begriffs „volle Entschuldung“. Allerdings verhält sich der Vorschlag weder im Rahmen dieser Definition noch an anderer Stelle zu den Fragen der Abgrenzung von Insolvenzforderungen und Masseverbindlichkeiten, der automatischen oder optionalen Beendigung laufender Rechtsbeziehungen und eines etwaigen Erfüllungs(ablehnungs)rechts des Schuldners im Hinblick auf gegenseitige Vertragsverhältnisse. Entsprechende Rechtsverhältnisse gibt es – auch in masselosen Verfahren – fast immer. Selbst wenn man unterstellt, dass diese Regelungsgegenstände dem nationalen Recht überlassen

bleiben oder insoweit die Vorschriften aus dem jeweiligen Regelverfahren anwendbar sein sollen, darf auch unterstellt werden, dass der Schuldner regelmäßig noch nicht einmal in der Lage sein wird, die rechtlichen Gegebenheiten und Handlungsmöglichkeiten auch nur zu erfassen; viel weniger wird er in der gebotenen Weise von ihnen Gebrauch machen können. Dies hat wiederum zur Folge, dass nach der Verfahrenseröffnung, die nach Art. 42 (1) sehr schnell zu erfolgen hat, Neuverbindlichkeiten vermeidbar, bzw. in vermeidbarer Höhe auflaufen. Eine Ausübung von Gestaltungsrechten durch das Gericht dürfte ebenso ausscheiden wie eine diesbezügliche Beratung des Schuldners und die Übertragung an Gläubiger i.S.v. Art. 43 (4) b) ist schon wegen deren fehlender Neutralität untunlich, faktisch aber ohnehin unrealistisch.

Zum Themenkreis Entschuldung enthält Art. 2 n) noch eine Definition des Begriffs „Tilgungsplan“. Dieser Begriff taucht indes im Vorschlag und seiner Begründung an keiner anderen Stelle mehr auf.

aa) Art. 56 – Zugang zur Entschuldung

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass in vereinfachten Liquidationsverfahren Unternehmensschuldner sowie diejenigen Gründer, Eigentümer oder Gesellschafter eines Kleinstunternehmens mit unbeschränkter Haftung, die persönlich für die Schulden des Kleinstunternehmens haften, im Einklang mit Titel III der Richtlinie (EU) 2019/1023 in vollem Umfang entschuldet werden.

(46) Im Falle der Insolvenz eines Schuldners in Form eines Kleinstunternehmens mit unbeschränkter Haftung sollten Personen, die persönlich für die Schulden des Schuldners haften, nach der Liquidation der Insolvenzmasse des Schuldners nicht persönlich für unbefriedigte Forderungen haften. Daher sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass in vereinfachten Liquidationsverfahren Unternehmensschuldner sowie diejenigen Gründer, Eigentümer oder Gesellschafter eines Kleinstunternehmens mit unbeschränkter Haftung, die persönlich für die Schulden des Kleinstunternehmens haften, das Gegenstand des vereinfachten Liquidationsverfahrens ist, in vollem Umfang entschuldet werden. Für die Zwecke der Gewährung dieser Entschuldung sollten die Mitgliedstaaten Titel III der Richtlinie (EU) 2019/1023 entsprechend anwenden.

Nach Art. 2 (10) der Richtlinie (EU) 2019/1023 bedeutet „volle Entschuldung“, dass die Eintreibung der ausstehenden für eine Entschuldung infrage kommenden Schulden ausgeschlossen ist, oder dass die ausstehenden einer Entschuldung zugänglichen Schulden als solche erlassen sind, als Teil eines Verfahrens, das eine Verwertung von Vermögenswerten oder einen Tilgungsplan oder beides umfassen

Könnte.

Art. 24 der Richtlinie (EU) 2019/1023 hatte zur Konsolidierung von Verfahren in Bezug auf berufliche und private Schulden noch folgende weitere Vorgaben formuliert:

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass, wenn insolvente Unternehmer sowohl berufliche Schulden, die im Rahmen ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder freiberuflichen Tätigkeit entstanden sind, als auch private Schulden, die außerhalb dieser Tätigkeiten entstanden sind, haben und diese nicht sinnvoll getrennt werden können, alle für eine Entschuldung infrage kommenden Schulden für die Zwecke einer vollen Entschuldung in einem einzigen Verfahren zu behandeln sind.

(2) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass, wenn berufliche und private Schulden getrennt werden können, diese Schulden für die Zwecke einer vollen Entschuldung entweder in getrennten, jedoch koordinierten Verfahren oder in demselben Verfahren zu behandeln sind.

Soweit demnach vereinfachte Liquidationsverfahren immer zumindest ein zweites, koordiniertes Parallelverfahren zur Entschuldung des Unternehmers auch von privaten Schulden auslösen sollen, bleibt unklar, ob und wie ein solches Verfahren ohne einen entsprechenden Antrag des Unternehmers eröffnet werden soll.

Sofern der persönlich Haftende allein oder die persönlich Haftenden gemeinsam die Verbindlichkeiten decken können, besteht kein Bedarf nach einer Entschuldung im Übrigen.

Dies ist jedoch regelmäßig nicht der Fall, weshalb grundsätzlich Bedarf nach Entschuldungsregelungen besteht.

Die bisherigen Regelungen in der deutschen Insolvenzordnung entsprechen bereits jetzt diesen Anforderungen, soweit das Verfahren über das Vermögen des Unternehmensschuldners eröffnet wurde.

Sofern das Verfahren eine Personengesellschaft (BGB, OHG oder KG) betrifft, macht bisher der Insolvenzverwalter der Personengesellschaft ausschließlich die Forderungen gegen die persönlich Haftenden geltend, § 93 InsO.

Es ist bislang auf Antrag des persönlich haftenden Schuldners ein gesondertes Verfahren über das Vermögen eines Gründers, Eigentümers oder Gesellschafters eines Kleinunternehmens mit unbeschränkter Haftung nötig, um eine Entschuldung zu erreichen. Von diesem Insolvenzverfahren über das Vermögen des persönlich Haftenden sind bisher sämtliche Schulden, egal ob beruflich oder privat veranlasst, umfasst. Es handelt sich dann allerdings um gesonderte Insolvenzverfahren mit eigenem Aktenzeichen eigenem Verwalter, eigener Masse und eigener Gläubigertabelle.

Sofern die Entschuldung in demselben Verfahren erfolgen sollte (Wortlaut: „in vereinfachten Liquidationsverfahren Unternehmensschuldner sowie.... in vollem Umfang entschuldet werden“ könnte diese nur für Unternehmensschulden dieses Kleinunternehmens gelten. Problematisch wären Konstellationen, bei denen die betreffende Person weitere Schulden, etwa privat veranlasste oder Schulden im Zusammenhang mit einem anderen Unternehmen, hätte.

In diesen Fällen müsste die Entschuldung in einem gesonderten Verfahren oder in einem Verfahren mit gesonderter Masse und Insolvenztabelle erfolgen.

In jedem Fall kann die Entschuldung und Einbeziehung der Haftung der Unternehmensschuldner und der weiteren genannten Personen nur aufgrund eines eigenen Antrags auf Entschuldung erfolgen, dessen Voraussetzungen denen des § 287 InsO entsprechen.

Die Alternative zu einer weiterhin strikten Trennung von Verfahren wäre die Zusammenfassung von beruflichen und privaten Schulden in einem Verfahren. Dies würde eine Konsolidierung von Insolvenzmassen bedeuten, die bislang als getrennte Haftungssubstrate unterschiedlichen Gläubigerkreisen zur Verfügung stehen. Je nach Zugehörigkeit zu diesen Gläubigerkreisen wäre damit eine Bevorzugung oder Benachteiligung individueller Gläubiger verbunden, die nur zu rechtfertigen wäre, wenn sich die Konsolidierung im Einzelfall nicht auf ihre Befriedigungsaussichten auswirken könnte. Dies wäre nur dann der Fall, wenn in beiden Insolvenzmassen kein Vermögen mehr vorhanden wäre.

Die notwendige gerichtliche Feststellung dieses Umstandes würde zuvor - entgegen der in Art. 48 (1) vorgesehenen Regelung - zumindest die Einschaltung eines Gutachters durch das Gericht erforderlich machen. Ohne eine solche Ermittlung durch einen unabhängigen, durch das Gericht bestimmten Gutachter müsste eine volle Entschuldung allein aufgrund der Angaben des Schuldners erfolgen. Der Anreiz für Schuldner zum Missbrauch eines solchen Verfahrens wäre mit Händen zu greifen.

Falsche oder unvollständige Informationen können zwar nach Art. 23 (1) u. (2) der Richtlinie (EU) 2019/1023 zu einem Widerruf der Entschuldung für den Schuldner führen. Die gerichtliche Feststellung eines solchen Verhaltens auf Seiten des Schuldners setzt jedoch den Zugang zu Informationen voraus, die nach den Art. 14 ff. sowie nach einer Reihe von nationalen Vorschriften regelmäßig nur durch -in vereinfachten Liquidationsverfahren wegen Art. 39 nur ausnahmsweise vorgesehene - Insolvenzverwalter erlangt werden können.

bb) Art. 57 – Handhabung persönlicher Bürgschaften für unternehmensbezogene Schulden

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass in Fällen, in denen ein Insolvenzverfahren oder Einzelvollstreckungsverfahren betreffend die persönliche Bürgschaft für die geschäftlichen Bedürfnisse eines Kleinstunternehmens, das Schuldner in einem vereinfachten Liquidationsverfahren ist, gegen einen Bürgen eingeleitet wurde, der – falls es sich bei dem betreffenden Kleinstunternehmen um eine juristische Person handelt – Gründer, Eigentümer oder Mitglied dieser juristischen Person oder – falls es sich bei dem betreffenden Kleinstunternehmen um einen Unternehmer handelt – ein Familienmitglied dieses Unternehmers ist, das Verfahren betreffend die persönliche Bürgschaft entweder mit dem vereinfachten Liquidationsverfahren koordiniert oder zusammengelegt wird.

Ausgangspunkt der Regelung in Art. 57 sind Insolvenzverfahren oder Einzelvollstreckungsverfahren über das Vermögen von Gründer oder Gesellschaftern von juristischen Personen oder Unternehmern und seine Familienmitglieder, die aufgrund von persönlichen Garantien für das Unternehmen eingeleitet wurden.

In diesen Fällen müssen die Mitgliedsstaaten nach Art. 57 sicherstellen, dass die Maßnahmen bzw. Verfahren aufgrund der persönlichen Garantie mit dem vereinfachten Liquidationsverfahren entweder koordiniert oder konsolidiert werden. Art. 57 enthält also keine Regelung zur Restschuldbefreiung, sondern betrifft nur die Koordinierung bzw. Zusammenlegung mehrerer Verfahren gegen unterschiedliche Schuldner. Eine Konsolidierung scheidet aus den bereits bei Art. 56 geschilderten Gründen regelmäßig aus.

Schwierig wird auch die Koordinierung der Verfahren aus Zeitgründen. Denn Maßnahmen der Zwangsvollstreckung oder Fremdanträge gegen Schuldner aufgrund von Bürgschaftsverpflichtungen setzen die Titulierung (i.d.R. im Zivilprozess) voraus, die unter Umständen viel Zeit in Anspruch nehmen kann. Das vereinfachte Liquidationsverfahren ist dann im Normalfall bereits abgeschlossen. Die Regelung wird daher nur eine Anwendung finden, wenn der Bürge selbst das Insolvenzverfahren gegen sich beantragt hat.

Unklar ist, wer „Mitglied einer juristischen Person“ sein kann. Handelt es sich um eine Person des Organs oder ist das Mitglied Teil der Eigentümer (Gesellschafter) des Unternehmens? Nicht nachzuvollziehen ist, warum sich der Anwendungsbereich nicht auch auf Kleinstunternehmen erstreckt, bei denen es sich um Personengesellschaften handelt. Auch für die Schulden von Personengesellschaften verbürgen sich Beteiligte, die nicht sowieso für die Schulden des Unternehmens haften. Hier scheint eine Regelungslücke zu bestehen.

Im Falle der, dem deutschen Recht bisher nicht bekannten Zusammenlegung der Verfahren, müsste dem Interesse der jeweiligen Gläubigergruppen durch die Bildung von Sondermassen für die Bürgschaftsgläubiger Rechnung getragen werden. Andernfalls würde der Wert der Bürgschaftssicherheit für die Bürgschaftsgläubiger verwässert.

Die Koordinierung des Verfahrens gegen den Bürgen und des vereinfachten Liquidationsverfahren sollten mindestens zu der örtlichen Zuständigkeit eines Insolvenzgerichts führen.

7. Gläubigerausschuss (Titel VII)

a) Kapitel 1 – Einsetzung und Mitglieder des Gläubigerausschusses (Art. 58-62)

aa) Art. 58 – Einsetzung des Gläubigerausschusses

(1) Die Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass ein Gläubigerausschuss ausschließlich auf Beschluss der Gläubigerversammlung eingesetzt wird.

(2) Abweichend von Absatz 1 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens der Gläubigerausschuss mit der Einreichung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingesetzt werden kann, wenn ein oder mehrere Gläubiger beim Gericht die Einsetzung des Ausschusses beantragen.

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die erste Gläubigerversammlung über die Fortführung und die Zusammensetzung des nach Unterabsatz 1 eingesetzten Gläubigerausschusses entscheidet.

(3) Die Mitgliedstaaten können im nationalen Recht die Möglichkeit ausschließen, in Insolvenzverfahren einen Gläubigerausschuss einzusetzen, wenn die Gesamtkosten der Beteiligung eines solchen Ausschusses angesichts der geringen wirtschaftlichen Bedeutung der Insolvenzmasse, der geringen Zahl von Gläubigern oder des Umstands, dass es sich beim Schuldner um ein Kleinstunternehmen handelt, nicht gerechtfertigt sind.

(47) Es ist wichtig, im Insolvenzverfahren für einen fairen Ausgleich zwischen den Interessen des Schuldners und der Gläubiger zu sorgen. Gläubigerausschüsse ermöglichen eine bessere Teilnahme der Gläubiger am Insolvenzverfahren, insbesondere, wenn Gläubiger andernfalls als Einzelpersonen aufgrund begrenzter Ressourcen, der wirtschaftlichen Bedeutung ihrer Forderungen oder der geografischen Entfernung daran gehindert wären. Gläubigerausschüsse können insbesondere Gläubigern mit Schuldnern in anderen Mitgliedstaaten helfen, ihre Rechte besser auszuüben, und ihre faire Behandlung sicherstellen. Die Mitgliedstaaten sollten die Einsetzung eines Gläubigerausschusses nach Verfahrenseröffnung zulassen. Ein Gläubigerausschuss sollte nur mit Zustimmung der Gläubiger eingesetzt werden. Die Mitgliedstaaten können auch zulassen, dass er vor der Verfahrenseröffnung und nach der Insolvenzanmeldung gebildet wird. In diesem Fall sollten die Mitgliedstaaten jedoch vorsehen, dass die Gläubiger der Fortführung und Besetzung auf der Gläubigerversammlung zustimmen. Sind die Gläubiger mit der Besetzung nicht einverstanden, können sie auch einen neuen Gläubigerausschuss bilden.

Art. 58 (1) und (2)

Die Einsetzungspflicht eines (endgültigen) Gläubigerausschusses (Im Folgenden: GA) nur auf Beschluss der Gläubigerversammlung ist unter Beachtung von Art. 58 (2) nicht zu beanstanden.

Eine Einsetzung durch das Gericht nach Art. 58 (2) sollte jedoch nicht nur auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger erfolgen. Sie kann in einem frühen Stadium des Verfahrens sinnvoll sein, in dem nur eine Minderheit von Gläubigern von dem regelmäßig notwendigen Insolvenzantrag Kenntnis hat. Hier sollte deshalb eine Vorschrift nach dem Vorbild von § 22a Abs.1 InsO eingefügt werden. Nach dieser Regelung hat das Gericht einen vorläufigen GA einzusetzen, wenn der Schuldner im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale erfüllt hat:

1. mindestens 6 000 000 Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags im Sinne des § 268 Absatz 3 des Handelsgesetzbuchs;

2. mindestens 12 000 000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;

3. im Jahresdurchschnitt mindestens fünfzig Arbeitnehmer.

Mit dieser Maßgabe wäre sichergestellt, dass zumindest in Verfahren einer gewissen Größenordnung, in denen regelmäßig auch viele Gläubiger berührt sind, eine Unkenntnis einzelner Gläubiger von der Antragstellung nicht deren Möglichkeit verkürzt, auf die in dieser Größe meistens ohnehin notwendige Einsetzung eines GA hinzuwirken.

Zu kurz greift auch, dass eine Einsetzung nur auf Antrag eines Gläubigers oder mehrerer Gläubiger erfolgen soll. Auch der Schuldner selbst muss ein solches Antragsrecht haben.

Art. 58 (3)

Der Ausschluss der Möglichkeit der Einsetzung des GA, wenn die Gesamtkosten der Einschaltung eines solchen Ausschusses angesichts der geringen wirtschaftlichen Bedeutung der Insolvenzmasse, der geringen Zahl der Gläubiger oder des Umstands, dass es sich bei dem Schuldner um ein Kleinunternehmen handelt, nicht gerechtfertigt sind, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden.

bb) Art. 59 – Ernennung der Mitglieder des Gläubigerausschusses

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses entweder auf der Gläubigerversammlung oder durch Gerichtsbeschluss innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung des Verfahrens gemäß Artikel 24 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung (EU) 2015/848 ernannt werden.

(2) Werden die Mitglieder des Gläubigerausschusses auf der Gläubigerversammlung ernannt, so stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass das Gericht die Ernennung innerhalb von fünf Tagen ab dem Tag, an dem die Ernennung dem Gericht mitgeteilt wird, bestätigt.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die ernannten Mitglieder des Gläubigerausschusses die unterschiedlichen Interessen der Gläubiger oder Gläubigergruppen angemessen widerspiegeln.

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Gläubiger, deren Forderungen nur vorläufig festgestellt wurden, sowie Gläubiger mit Schuldnern in anderen Mitgliedstaaten ebenfalls zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses ernannt werden können.

(5) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass jede interessierte Partei die Ernennung eines oder mehrerer Mitglieder des Gläubigerausschusses vor Gericht unter Berufung darauf anfechten kann, dass die Ernennung nicht im Einklang mit dem geltenden Recht erfolgt ist.

(49) Die Mitgliedstaaten sollten die Anforderungen, Pflichten und Verfahren für die Bestellung der Mitglieder des Gläubigerausschusses sowie die dem Gläubigerausschuss übertragenen Aufgaben

klar angeben. Den Mitgliedstaaten sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, zu entscheiden, ob die Bestellung durch die Gläubigerversammlung oder durch das Gericht erfolgen soll. Um unnötige Verzögerungen bei der Einsetzung des Gläubigerausschusses zu vermeiden, sollten die Mitglieder zügig bestellt werden. Die Mitgliedstaaten sollten für eine faire Vertretung der Gläubiger im Ausschuss sorgen und sicherstellen, dass Gläubiger, deren Forderung noch nicht zugelassen wurde, oder Gläubiger, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, nicht von der Teilnahme am Gläubigerausschuss ausgeschlossen werden.

Art. 59 (1)

Die Einsetzung des GA durch das Insolvenzgericht binnen 30 Tagen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist nicht beanstanden.

Die Einsetzung des GA durch die Gläubigerversammlung setzt voraus, dass diese binnen 30 Tagen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattfindet. Hierzu sind Ladungsfristen zu beachten, wobei 30 Tage grundsätzlich ausreichen.

Allerdings würde dann der Prüfungstermin regelmäßig gesondert stattfinden müssen, da 30 Tage eine kurze Frist zur Anmeldung und Prüfung sind (vgl. § 28 Abs. 1 S.2 InsO: Frist der Aufforderung zur Anmeldung: mindestens 2 Wochen, höchstens 3 Monate).

Art. 59 (2)

Problematisch ist, dass die Regelung eine Verpflichtung des Insolvenzgerichts nahelegt, die von der Gläubigerversammlung gewählten GA- Mitglieder ungeachtet vom Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen.

Art. 59 (2) sollte die Ernennung durch das Gericht deshalb ausdrücklich unter den Vorbehalt stellen, dass dabei die Vorschriften zur Ernennung nach Art. 59 (3) und zur Abberufung (Art.62) von Mitgliedern des GA beachtet werden müssen.

Art. 59 (3)

Die Regelung sollte die wesentlichen Interessengruppen benennen und zudem die Tür für Arbeitnehmervertreter und Nichtgläubiger offenhalten.

Dazu sollten die Mitgliedstaaten nicht nur sicherstellen, dass die bestellten Mitglieder des GA die unterschiedlichen Interessen der Gläubiger oder ihrer Gruppen angemessen widerspiegeln. Dem GA sollten zumindest die absonderungsberechtigten Gläubiger, die Insolvenzgläubiger mit den höchsten Forderungen, die Kleingläubiger und ein Vertreter der Arbeitnehmer angehören.

Der Vorschlag sieht– bei der gerichtlichen Bestellung – keine zwingende oder zumindest regelmäßige Beteiligung von Arbeitnehmervertretern (in Deutschland durch § 67 Abs. 2 Satz 2 InsO) vor. Gerade in größeren Unternehmen ist diese Beteiligung jedoch sinnvoll, weil hier häufig gewählte Vertretungsorgane der Arbeitnehmerschaft existieren, die eine repräsentative Mitarbeit im GA möglich machen.

Zudem sieht der Vorschlag nicht die Möglichkeit vor, auch Personen zu Mitgliedern des GA zu bestellen, die selbst keine Gläubiger sind. Diese Möglichkeit hat sich in Deutschland bewährt, um insbesondere die Qualifikation der Ausschüsse sicherzustellen, z.B. durch Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern oder Personen, die Gläubigerpools repräsentieren ohne einzelne Gläubiger zu vertreten.

Es sollten deshalb auch Personen zu Mitgliedern des GA bestellt werden können, die keine Gläubiger sind.

Art. 59 (4)

Die Forderungen werden in den ersten Monaten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens geprüft. Der GA soll aber bereits binnen 30 Tagen gewählt werden. Zu dieser Zeit werden Forderungen noch nicht angemeldet und auch nicht „vorläufig bestritten“ sein. Aktuell wird in Deutschland auf die Buchhaltung abgestellt. Hierzu bedarf es aber keiner gesonderten Regelung.

Art. 58 (5)

Rechtsmittel gegen die Ernennung eines GA-Mitglieds sind nicht zu beanstanden. Sie sind bislang in der deutschen Insolvenzordnung nicht vorgesehen. Dort kann ein ernanntes Mitglied des Gläubigerausschusses nach § 70 InsO bisher nur von Amts wegen, auf eigenen Antrag oder auf Antrag der Gläubigerversammlung entlassen werden.

Das nun in Art.58 (5) vorgeschlagene Rechtsmittel soll von jeder interessierten Partei eingelegt werden können. Die Verwendung des Begriffs „Partei“, die z.B. in Art. 2 q Personen bezeichnet, die nicht notwendig auch Gläubiger im Insolvenzverfahren sind, wird nicht weiter erläutert. Dieser Umstand legt es nahe, diesen Begriff hier weiter zu präzisieren. Personen, die nicht Gläubiger sind, würde für ein Rechtsmittel schon das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, weil sie durch Ernennungen nicht in ihren Rechten verletzt sein könnten.

Für Rechtsmittel gegen Ernennungen müssten zudem Regeln ergänzt werden, die Abstimmungen im GA unter Beteiligung des Mitglieds betreffen, dessen Ernennung durch ein Rechtsmittel angegriffen wird. Die Klärung dieser Frage sollte nicht den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, die hier und damit auch bei den rechtlichen Wirkungen solcher Beschlüsse (vgl. Art.64 (2)) möglicherweise zu sehr unterschiedlichen Rechtsfolgen einer Anfechtung von Ernennungen kämen.

cc) Art. 60 – Pflichten von Gläubigern als Mitglieder des Gläubigerausschusses

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses ausschließlich die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger vertreten und unabhängig vom Insolvenzverwalter agieren.
--

Abweichend vom vorangehenden Unterabsatz können die Mitgliedstaaten nationale Bestimmungen beibehalten, die die Einsetzung von mehreren Gläubigerausschüssen ermöglichen, die verschiedene Gläubigergruppen in demselben Insolvenzverfahren vertreten. Im diesem Fall vertreten die Mitglieder des Gläubigerausschusses ausschließlich die Interessen der Gläubiger, die sie ernannt haben.

(2) Der Gläubigerausschuss kommt seinen Pflichten gegenüber allen von ihm vertretenen Gläubigern nach.

(50) Eine faire Vertretung der Gläubiger im Gläubigerausschuss ist besonders wichtig in Bezug auf ungesicherte Gläubiger, bei denen es sich um Kleinst-, kleine oder mittlere Unternehmen handelt, denen, wenn sie im Falle der Insolvenz eines Schuldners, der ein Großunternehmen ist, nicht rechtzeitig bezahlt werden, selbst die Insolvenz droht (Dominoeffekt). Die angemessene Vertretung solcher Gläubiger im Gläubigerausschuss könnte sicherstellen, dass sie im Zuge der Verteilung des beigetriebenen Erlöses ihre Anteile schneller erhalten.

(51) Eine wichtige Aufgabe des Gläubigerausschusses sollte es sein, zu prüfen, ob das Insolvenzverfahren so geführt wird, dass die Interessen der Gläubiger gewahrt werden. Die Rolle des Ausschusses bei der Überwachung der Fairness und Integrität des Verfahrens kann nur dann effektiv wahrgenommen werden, wenn der Gläubigerausschuss und seine Mitglieder unabhängig vom Insolvenzverwalter handeln und nur den Gläubigern gegenüber rechenschaftspflichtig sind, die den Gläubigerausschuss eingesetzt haben.

Art. 60 (1) S.1

Regelungen zur Unabhängigkeit des GA und zu dessen Vertretung der Interessen der Gesamtheit der Gläubiger sind nicht zu beanstanden. Die Regeln zur Abberufung nach Art. 62 (2), zu Aufgaben und Pflichten nach Art. 64 (1) und zur Haftung nach Art 66 sollten ausreichen, um im Einzelfall eine regelkonformes Verhalten sicherzustellen.

Art. 60 (1) S.2

Deutlich zu kritisieren ist die Option der Einsetzung mehrerer GA, die jeweils (nur) die Interessen eines Teils der Gläubiger vertreten sollen. Dies steht im Widerspruch zu Art. 60 Abs. 1 S.1. Die Unabhängigkeit des GA wäre nicht mehr gewährleistet. Beispielsweise könnte der GA der Gruppe von gesicherten Finanzgläubigern, die ein Interesse an einer schnellen Liquidation statt einer Betriebsfortführung haben, die Liquidation der Schuldnerin unter Verlust der Arbeitsplätze beschließen, mit der Folge von schnellen Erlösen auf die Absonderungsrechte und einer sich anschließenden Masseunzulänglichkeit, also Nachteilen für die übrigen Gläubiger.

Professionelle Gläubiger können sich zudem aufgrund ihres Organisationsgrades durch einen „eigenen“ GA einen Vorteil verschaffen und ihre Interessen auch gegen die Interessen der übrigen Gläubiger durchsetzen. Ungeregelt und potentiell konflikträchtig ist zudem, wie zu verfahren wäre, wenn es abweichende Entscheidungen mehrerer GA gibt und/oder wenn bei einer geraden Anzahl von GA Stimmenparität gibt.

Diese Vorgabe sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden.

dd) Art. 61 – Zahl der Mitglieder

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Zahl der Mitglieder des Gläubigerausschusses mindestens 3 beträgt und 7 nicht überschreitet.

(52) Die Anzahl der Mitglieder des Gläubigerausschusses sollte einerseits ausreichend groß sein, um eine Meinungs- und Interessensvielfalt im Ausschuss zu gewährleisten, und andererseits relativ begrenzt bleiben, damit der Gläubigerausschuss seine Aufgaben wirkungsvoll und zeitnah wahrnehmen kann. Die Mitgliedstaaten sollten präzisieren, wann und wie die Besetzung des Ausschusses geändert werden muss, was, auch im besten Interesse der Gläubiger, erforderlich sein könnte, wenn Mitglieder verhindert sind oder ihr Amt niederlegen möchten. Die Mitgliedstaaten sollten auch die Bedingungen für die Abberufung von Mitgliedern präzisieren, die unablässig gegen die Interessen der Gläubiger gehandelt haben.

Die Regelung ist nicht zu beanstanden. In der deutschen Praxis besteht der GA regelmäßig aus 3 bis 7 Mitgliedern.

ee) Art. 62 – Abberufung und Ersetzung eines Mitglieds

(1) Die Mitgliedstaaten erlassen Vorschriften, in denen sowohl die Gründe für die Abberufung und Ersetzung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses als auch die damit verbundenen Verfahren festgelegt werden. Diese Vorschriften regeln auch den Fall, dass Mitglieder des Gläubigerausschusses zurücktreten oder nicht in der Lage sind, die erforderlichen Aufgaben zu erfüllen, beispielsweise bei schwerer Krankheit oder Tod.

(2) Gründe für die Abberufung sind zumindest betrügerisches oder grob fahrlässiges Verhalten, vorsätzliches Verschulden oder die Verletzung treuhänderischer Pflichten in Bezug auf die Interessen der Gläubiger.

Art. 62 (1)

§ 70 InsO regelt in Deutschland die Abberufung von GA- Mitgliedern mit einem unbestimmten Rechtsbegriff und somit allgemeingültig „aus wichtigem Grund“. Wichtige Gründe beispielhaft aufzuzählen, ist nicht zu beanstanden.

Nicht gesetzlich geregelt ist im deutschen Insolvenzrecht bislang die Ersetzung ausscheidender GA- Mitglieder und das Verfahren zur Ersetzung (durch Insolvenzgericht oder durch die Gläubigerversammlung).

Art. 62 (2)

Die genannten wichtigen Gründe für die Entlassung von Mitgliedern des GA (betrügerisches oder grob fahrlässiges Verhalten, Verletzung von Treuepflichten gegenüber den Interessen der Gläubiger) sind nicht zu beanstanden.

b) Kapitel 2 – Arbeitsmethoden und Aufgabe des Gläubigerausschusses (Art. 63-67)

aa) Art. 63 – Arbeitsmethoden des Gläubigerausschusses

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ein Gläubigerausschuss innerhalb von 15 Arbeitstagen nach der Ernennung der Mitglieder ein Protokoll über die Arbeitsmethoden festlegt. Kommt der Gläubigerausschuss dieser Verpflichtung nicht nach, so ist das Gericht befugt, das Protokoll innerhalb von 15 Arbeitstagen nach Ablauf der ersten Frist von 15 Arbeitstagen im Namen des Gläubigerausschusses festzulegen. In der ersten Sitzung des Gläubigerausschusses billigen dessen Mitglieder die Arbeitsmethoden mit einfacher Mehrheit der anwesenden Mitglieder.
- (2) Das Protokoll nach Absatz 1 regelt mindestens folgende Aspekte:
- a) Voraussetzungen für die Teilnahme an den Sitzungen des Gläubigerausschusses;
 - b) Stimmberechtigung und Beschlussfähigkeit;
 - c) Interessenkonflikte;
 - d) Vertraulichkeit von Informationen.
- (3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Protokoll nach Absatz 1 allen Gläubigern, dem Gericht und dem Insolvenzverwalter zur Verfügung steht.
- (4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses die Möglichkeit der persönlichen oder elektronischen Teilnahme und Stimmabgabe erhalten.
- (5) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses durch eine bevollmächtigte Partei vertreten werden können.
- (6) Die Kommission legt im Wege von Durchführungsrechtsakten ein Standardprotokoll fest. Diese Durchführungsrechtsakte werden nach dem in Artikel 69 Absatz 2 genannten Prüfverfahren erlassen.

(53) Die Organisation der Arbeit steht im Ermessen der Mitglieder des Gläubigerausschusses, solange die Arbeitsweise rechtmäßig, transparent und wirkungsvoll ist. Die Mitgliedstaaten sollten daher vorschreiben, dass der Gläubigerausschuss die Arbeitsweise festlegt und angibt, wie Sitzungen abzuhalten sind, wer daran teilnehmen und wer abstimmen darf und wie die Unparteilichkeit und die Vertraulichkeit der Arbeit des Ausschusses gewährleistet werden. Bei der Festlegung der Arbeitsweise sollte auch eine Rolle für Arbeitgebervertreter oder Transparenz gegenüber anderen

Gläubigern vorgesehen werden können. Die Gläubiger sollten auf elektronischem Wege teilnehmen und abstimmen oder das Stimmrecht an eine dritte Person übertragen können, sofern diese Person ordnungsgemäß bevollmächtigt ist. Diese Möglichkeit wäre insbesondere für in anderen Mitgliedstaaten ansässige Gläubiger von Vorteil.

(54) Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass das Gericht befugt ist, die Arbeitsweise des Gläubigerausschusses festzulegen, falls diese nicht zügig festgelegt wird. Die Kommission sollte eine einheitliche Arbeitsweise festlegen, die die Aufgabe des Gläubigerausschusses erleichtern und die Notwendigkeit des Eingreifens von Gerichten in Fällen, in denen keine Arbeitsweise festgelegt wurde, verringern sollte.

Art. 63 (1)

Eine Geschäftsordnung ist in deutschen GA bereits gängige Praxis. Eine verpflichtende Geschäftsordnung, die sich vorrangig der GA selbst und nachrangig das Insolvenzgericht gibt, ist sinnvoll (siehe auch § 72 InsO).

Art. 63 (2)

Der Katalog an verpflichtenden Regelungsinhalten der Geschäftsordnung ist nicht zu beanstanden (Teilnahmerecht, Stimmrechte, Interessenskonflikte, Vertraulichkeit) und aktuell in Deutschland gängige Praxis. Ggf. könnten Interessenkonflikte beispielhaft näher beschrieben werden, etwa indem nahstehende Personen benannt werden

Art. 63 (3)

Die Verfügbarkeit der Geschäftsordnung für die Gläubiger, das Insolvenzgericht und den Insolvenzverwalter ist nicht zu beanstanden.

Art. 63 (4)

Die Nutzung von digitalen Medien im Rahmen der Sitzungen des GA (Sitzungen und Teilnahme) ist sinnvoll und in Deutschland auch gängige Praxis.

Art. 63 (5)

Zielführend ist die kontinuierliche Teilnahme identischer natürlicher Personen an den Sitzungen. Dies wird konterkariert durch die Entsendung mehrerer wechselnder Rechtsvertreter. Hierdurch kann es zur Teilnahme einer Vielzahl von Personen an den Sitzungen des GA kommen. Andererseits müssen insbesondere Gesellschaften in der Lage sein, einen Vertreter zu entsenden.

Art. 63 (6)

Es ist nicht ersichtlich, warum die Kommission eine Standardgeschäftsordnung festlegen soll. Das sollte den Nationalstaaten überlassen werden.

bb) Art. 64 – Aufgabe, Rechte, Pflichten und Befugnisse des Gläubigerausschusses

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Aufgabe des Gläubigerausschusses darin besteht, zu gewährleisten, dass bei der Durchführung des Insolvenzverfahrens die Interessen der Gläubiger geschützt und einzelne Gläubiger einbezogen werden.
Zu diesem Zweck stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass der Gläubigerausschuss mindestens über folgende Rechte, Pflichten und Befugnisse verfügt:
- a) das Recht, den Insolvenzverwalter jederzeit anzuhören;
 - b) das Recht, in einem Insolvenzverfahren vor Gericht zu erscheinen und gehört zu werden;
 - c) die Pflicht, den Insolvenzverwalter zu beaufsichtigen, unter anderem durch Anhörung des Insolvenzverwalters und seine Unterrichtung über die Wünsche der Gläubiger;
 - d) die Befugnis, den Schuldner, das Gericht oder den Insolvenzverwalter während des Insolvenzverfahrens jederzeit um sachdienliche und notwendige Informationen zu ersuchen;
 - e) die Informationspflicht gegenüber den Gläubigern, die durch den Gläubigerausschuss vertreten werden, und das Recht, von diesen Gläubigern Informationen zu erhalten;
 - f) das Recht auf Unterrichtung und Anhörung in Angelegenheiten, an denen die vom Gläubigerausschuss vertretenen Gläubiger ein Interesse haben, einschließlich der Veräußerung von Vermögenswerten außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs;
 - g) die Befugnis, externe Beratung in Angelegenheiten einzuholen, an denen die vom Gläubigerausschuss vertretenen Gläubiger ein Interesse haben.
- (2) Übertragen die Mitgliedstaaten dem Gläubigerausschuss die Befugnis, bestimmte Beschlüsse oder Rechtshandlungen zu genehmigen, so legen sie klar fest, in welchen Angelegenheiten eine solche Genehmigung erforderlich ist.

(55) Der Gläubigerausschuss sollte mit ausreichenden Rechten ausgestattet werden, um seine Funktionen effizient und effektiv erfüllen zu können. Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass der Gläubigerausschuss nach Bedarf mit Insolvenzverwaltern, Gerichten, dem Schuldner, externen Beratern und den Gläubigern, die er vertritt, zusammenarbeiten kann, damit er sich zu Angelegenheiten, die unmittelbar von Interesse und bedeutungsvoll sind, eine Meinung bilden und diese kundtun kann, und dass diese Meinung im Verfahren gebührend berücksichtigt wird. Die Mitgliedstaaten könnten den Gläubigerausschuss auch ermächtigen, Beschlüsse zu fassen.

Art. 64 (1)

Die Aufgaben des GA regelt im deutschen Insolvenzrecht § 69 InsO.

Der Vorschlag beschreibt die Aufgaben nur allgemein („gewährleisten, dass bei der Durchführung des Insolvenzverfahrens die Interessen der Gläubiger geschützt und einzelne Gläubiger einbezogen werden“)

Einzelne Gläubiger sollte der GA nicht einbeziehen müssen, sondern er sollte ausschließlich der Gläubigergesamtheit verpflichtet sein. Anderenfalls kann es Interessenkonflikte geben. In Satz 2 wird ein Mindestkatalog von Mitteln auf, wie diese Aufgaben erfüllt werden sollen, aufgestellt. Der Katalog ist teilweise zu beanstanden.

Zu beanstanden ist Art. 64 (1) lit. e (die Informationspflicht gegenüber den Gläubigern, die durch den GA vertreten werden, und das Recht, von diesen Gläubigern Informationen zu erhalten). Im deutschen Insolvenzrecht haben die Gläubiger das Recht, sich in Gläubigerversammlungen und durch Einsicht in die beim Gericht geführten Akten zu informieren. Würde der GA auskunftspflichtig sein, würde ihn dies voraussichtlich intensiv beanspruchen, bis zur Grenze seiner Leistungsfähigkeit oder darüber hinaus. Eine Vielzahl von Einzelanfragen oder bewusste Massenanfragen einzelner obstruierender Gläubiger können das Verfahren behindern und damit der Beschleunigungsmaxime widersprechen. Zudem werden im GA zu einem großen Teil vertrauliche Informationen geteilt (etwa zu Details der Betriebsfortführung, zur Übertragung des Geschäftsbetriebs), die den GA in einen Interessenkonflikt bringen können.

Art. 64 (1) S. 2 sollte wie folgt geändert werden:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Aufgabe des GA darin besteht, zu gewährleisten, dass bei der Durchführung des Insolvenzverfahrens die Interessen der Gläubiger geschützt und einzelne Gläubiger einbezogen werden“.

Art. 64 (1) S. 2 lit. a-d, f, g bleiben ohne Änderung, könnten aber auch allgemeingültiger formuliert werden;

Art. 64 (1) S. 2 lit. e sollte ersatzlos gestrichen werden.

Art. 64 (2)

Zustimmungserfordernisse für bestimmte Rechtshandlungen oder Entscheidungen sind nicht zu beanstanden. Diese finden sich bereits im deutschen Recht, etwa in 158 Abs. 1 InsO oder § 160 Abs. 1 InsO.

cc) Art. 65 – Kosten und Vergütung

(1) Die Mitgliedstaaten legen fest, wer die Kosten trägt, die dem Gläubigerausschuss bei der Wahrnehmung seiner Aufgabe nach Artikel 64 entstehen.

(2) Gehen die in Absatz 1 genannten Kosten zulasten der Insolvenzmasse, so stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass der Gläubigerausschuss über diese Kosten Buch führt und das Gericht befugt ist, ungerechtfertigte und unverhältnismäßige Kosten zu begrenzen.

(3) Gestatten die Mitgliedstaaten, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses zulasten der Insolvenzmasse vergütet werden, so stellen sie sicher, dass die Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den von den Mitgliedern wahrgenommenen Aufgaben steht und dass der Gläubigerausschuss darüber Buch führt.

(48) Die Kosten für die Einsetzung und die Tätigkeit eines Gläubigerausschusses sollten in einem angemessenen Verhältnis zu dem Wert stehen, den er generiert. Die Bildung des Gläubigerausschusses sollte in den Fällen nicht gerechtfertigt sein, in denen die Kosten seiner Einsetzung und seiner Tätigkeit wesentlich höher sind als die wirtschaftliche Bedeutung der von ihm getroffenen Entscheidungen. Dies kann der Fall sein, wenn es zu wenige Gläubiger gibt, wenn die große Mehrheit der Gläubiger nur einen geringen Anteil an den Forderungen gegen den Schuldner hat oder wenn die zu erwartende Verwertung der Insolvenzmasse im Insolvenzverfahren deutlich unter den Kosten der Einsetzung und der Tätigkeit des Gläubigerausschusses liegt. Dies ist insbesondere bei Insolvenzen von Kleinstunternehmen der Fall.

(56) Da die Tätigkeit des Gläubigerausschusses Kosten verursacht, sollten die Mitgliedstaaten im Voraus festlegen, wer dafür aufkommt. Die Mitgliedstaaten sollten auch Vorkehrungen treffen, um zu verhindern, dass die Kosten des Gläubigerausschusses den Verwertungswert der Insolvenzmasse unverhältnismäßig mindern.

Art. 65 (1)

Es ist nicht zu beanstanden, dass Auslagen des GA erstattungsfähig sind und der Kostenträger festzulegen ist (vgl. § 73 InsO, § 17 Abs. 1 InsVV, zu Lasten der Insolvenzmasse).

Art. 65 (2)

In Deutschland werden die Auslagen vom Insolvenzgericht festgesetzt. Der Entwurf sieht vor, dass das Insolvenzgericht ungerechtfertigte, unverhältnismäßige Auslagen begrenzen kann.

Art. 65 (3)

Hieraus lässt sich schlussfolgern, dass die GA-Mitglieder nicht zwingend zu vergüten sind. Das ist zu korrigieren.

Der Entwurf sieht vor, dass, sofern die Vergütung aus der Insolvenzmasse zu zahlen ist, diese in einem angemessenen Verhältnis zur Aufgabe von deren Mitgliedern steht. Dies ist durch das derzeitige Procedere in Deutschland gewährleistet und nicht zu beanstanden.

Art.65 (3) sollte wie folgt geändert werden:

~~„Gestatten die Mitgliedstaaten, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses zulasten der Insolvenzmasse vergütet werden, so stellen sie~~ Die Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass die Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zu den von den Mitgliedern wahrgenommenen Aufgaben steht und dass der Gläubigerausschuss darüber Buch führt.“

dd) Art. 66 – Haftung

Die Mitglieder eines Gläubigerausschusses sind von der individuellen Haftung für ihre Handlungen in ihrer Eigenschaft als Ausschussmitglieder befreit, es sei denn, sie haben grob fahrlässig oder betrügerisch gehandelt, sich vorsätzlich fehlverhalten oder gegen eine treuhänderische Pflicht gegenüber den von ihnen vertretenen Gläubigern verstoßen.

(57) Um Gläubiger zu ermutigen, Mitglieder des Gläubigerausschusses zu werden, sollten die Mitgliedstaaten ihre persönliche zivilrechtliche Haftung beschränken, wenn sie Aufgaben gemäß dieser Richtlinie wahrnehmen. Dennoch können Mitglieder des Gläubigerausschusses, die bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben in betrügerischer oder fahrlässiger Weise handeln, abberufen und für ihre Handlungen haftbar gemacht werden. Für einen solchen Fall sollten die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Mitglieder für den durch ihr Fehlverhalten verursachten Schaden persönlich haftbar gemacht werden.

Der Haftungsmaßstab des GA und des (vorläufigen) Insolvenzverwalters/ Sachwalters/ Eigenverwalters muss identisch geregelt sein. Anderenfalls kann eine Entscheidung des GA, die der Insolvenzverwalter/ Sachwalter/ Eigenverwalter umsetzt, allein dessen Haftung begründen, was zu Interessenkonflikten führen kann.

Das Absenken des Haftungsrisikos hat zudem Einfluss auf die Sorgfalt der Arbeitsweise des GA-Mitglieds. Ein abgesenkter Sorgfaltsmaßstab wird den Interessen der Gläubigergesamtheit nicht gerecht.

GA-Mitglieder werden in Deutschland regelmäßig über eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung geschützt. Diese schließt regelmäßig grobe Fahrlässigkeit nicht aus. Wird grobe Fahrlässigkeit per Gesetz ausgeschlossen, könnte die Prämie für den GA sinken. Ggf. steigen hierdurch aber die Prämien für die VSH des (vorläufigen) Insolvenzverwalter/ Sachwalters/ Eigenverwalters.

Die Regelung sollte entweder ersatzlos gestrichen oder die Haftung auch des (vorläufigen) Insolvenzverwalter/ Sachwalters/ Eigenverwalters für einfache Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden.

ee) Art. 67 – Rechtsmittel

- (1) Übertragen die Mitgliedstaaten dem Gläubigerausschuss die Befugnis, bestimmte Beschlüsse oder Transaktionen zu genehmigen, sehen sie auch das Recht vor, gegen eine solche Genehmigung Rechtsmittel einzulegen.
- (2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Rechtsmittelverfahren effizient und zügig ist.

Art. 67 (1)

Im deutschen Recht sind Zustimmungen etwa wie folgt vorgesehen:

- § 160 Abs. 1 InsO (Rechtshandlungen, die für das Insolvenzverfahren von besonderer Bedeutung sind, insbesondere wenn das Unternehmen oder ein Betrieb, das Warenlager im Ganzen, ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand, die Beteiligung des Schuldners an einem anderen Unternehmen, die der Herstellung einer dauernden Verbindung zu diesem Unternehmen dienen soll, oder das Recht auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte veräußert werden soll, wenn ein Darlehen aufgenommen werden soll, das die Insolvenzmasse erheblich belasten würde, wenn ein Rechtsstreit mit erheblichem Streitwert anhängig gemacht oder aufgenommen, die Aufnahme eines solchen Rechtsstreits abgelehnt oder zur Beilegung oder zur Vermeidung eines solchen Rechtsstreits ein Vergleich oder ein Schiedsvertrag geschlossen werden soll),

- 158 Abs. 1 InsO (Stilllegung oder Veräußerung des Unternehmens vor dem Berichtstermin).

Ein Rechtsbehelf gegen eilbedürftige Zustimmungen gefährdet den Verfahrenszweck der Massemehrung und widerspricht der Beschleunigungsmaxime. Fraglich ist zunächst, wer rechtsmittelberechtigt sein soll. Sind dies einzelne Gläubiger, müssten diese zunächst über die Zustimmung selbst und zudem hinreichend über die Grundlagen der Zustimmung informiert werden. Hierbei geht es aber regelmäßig um vertrauliche Daten, die einzelne Gläubiger masseschädigend verwenden könnten.

Eine zumindest beispielhafte Aufzählung übertragbarer Befugnisse in Art.64 (2) würde hier einer europäischen Fragmentierung entgegenwirken.

Fraglich ist weiter die Rechtsfolge des Rechtsbehelfs und somit des Rechtsgeschäfts oder der Handlung, zu dem/ der die Zustimmung erteilt wurde. Käme es durch ein Rechtsmittel gegen eine Genehmigung zur schwebenden Unwirksamkeit des genehmigten Rechtsgeschäfts, dann könnte die dadurch verursachte Rechtsunsicherheit dessen Erfolg gefährden.

Art. 67 (2)

Auch die in Art. 67 (2) geforderte Zügigkeit und Effizienz würde nicht verhindern, dass solche schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfte besonders dann mit erheblichen Risiken belastet wären, wenn sie wegen ihrer Größenordnung für die Gegenpartei mit einer Finanzierung verbunden wären.

Eine schwebende Unwirksamkeit könnte zudem auch zu Missbrauch (Holdout-Problemen) führen.

Bei Eingriffen in eigentumsrechtlich geschützte Güter der Gläubiger oder Vertragspartner sollte eine rechtsmittelfähige Entscheidung des Gerichts und nicht nur des GA (etwa bei Eingriffen in Dauerschuldverhältnisse für die Zukunft) vorgesehen werden.

8. Maßnahmen zur Erhöhung der Transparenz des nationalen Insolvenzrechts (Titel VIII)

Art. 68 – Merkblatt mit wesentlichen Informationen

- (1) Die Mitgliedstaaten stellen im Rahmen des Europäischen Justizportals ein Merkblatt mit wesentlichen Informationen zu bestimmten Elementen des nationalen Insolvenzrechts bereit.
- (2) Der Inhalt des in Absatz 1 genannten Merkblatts mit wesentlichen Informationen muss genau, klar und unmissverständlich sein und den Sachverhalt in ausgewogener und fairer Weise darstellen. Er muss im Einklang stehen mit anderen Informationen zum Insolvenz- oder Konkursrecht, die im Rahmen des Europäischen Justizportals nach Artikel 86 der Verordnung (EU) 2015/848 bereitgestellt werden.
- (3) Das Merkblatt mit wesentlichen Informationen
 - a) muss bis zum [6 Monate nach Ablauf der Frist für die Umsetzung dieser Richtlinie] in einer Amtssprache der Union abgefasst und der Kommission vorgelegt werden;
 - b) darf höchstens fünf gedruckte DIN-A4-Seiten umfassen, wobei Schriftzeichen lesbarer Größe zu verwenden sind;
 - c) muss in klarer, nichtfachlicher und verständlicher Sprache abgefasst sein.
- (4) Das Merkblatt mit wesentlichen Informationen enthält die folgenden Abschnitte in nachstehender Reihenfolge:
 - a) die Bedingungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens;
 - b) die Regeln für die Anmeldung, Prüfung und Feststellung von Forderungen;
 - c) die Regeln für die Rangfolge der Forderungen der Gläubiger und die Verteilung des Erlöses aus der Verwertung der sich aus dem Insolvenzverfahren ergebenden Vermögenswerte;
 - d) die gemeldete durchschnittliche Dauer von Insolvenzverfahren nach Artikel 29 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie (EU) 2019/1023.
- (5) Der in Absatz 4 Buchstabe a genannte Abschnitt enthält Folgendes:
 - a) Liste der Personen, die die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragen können;
 - b) Liste der Bedingungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens;
 - c) Angabe, wo und wie der Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt werden kann;
 - d) Angabe, wie und wann der Schuldner über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterrichtet wird.
- (6) Der in Absatz 4 Buchstabe b genannte Abschnitt enthält Folgendes:

- a) Liste der Personen, die eine Forderung anmelden können;
 - b) Liste der Bedingungen für die Anmeldung einer Forderung;
 - c) Frist für die Anmeldung einer Forderung;
 - d) gegebenenfalls Angabe, wo das Formblatt für die Anmeldung einer Forderung zu finden ist;
 - e) Angabe, wie und wo eine Forderung anzumelden ist;
 - f) Angabe, wie die Forderung überprüft und validiert wird.
- (7) Der in Absatz 4 Buchstabe c genannte Abschnitt enthält Folgendes:
- a) kurze Beschreibung, wie die Rangfolge der Ansprüche und Forderungen der Gläubiger festgelegt wird;
 - b) kurze Beschreibung, wie der Erlös verteilt wird.
- (8) Die Mitgliedstaaten aktualisieren die in Absatz 4 genannten Informationen innerhalb eines Monats nach Inkrafttreten der einschlägigen Änderungen des nationalen Rechts. Das Merkblatt mit wesentlichen Informationen enthält die folgende Erklärung: „Dieses Merkblatt mit wesentlichen Informationen gibt den Sachstand zum [Datum der Übermittlung der Informationen an die Kommission oder Datum der Aktualisierung] wieder.“
Die Kommission trägt dafür Sorge, dass dieses Merkblatt mit wesentlichen Informationen ins Englische, Französische und Deutsche oder, falls es in einer dieser Sprachen abgefasst ist, in die anderen beiden Sprachen übersetzt wird, und macht es der Öffentlichkeit über das Europäische Justizportal im Abschnitt „Insolvenz/Bankrott“ für jeden Mitgliedstaat zugänglich.
- (9) Der Kommission wird die Befugnis übertragen, das Format des Merkblatts mit wesentlichen Informationen zu ändern oder den Umfang der darin enthaltenen fachlichen Informationen im Wege von Durchführungsrechtsakten zu erweitern oder zu verringern. Diese Durchführungsrechtsakte werden nach dem in Artikel 69 Absatz 2 genannten Prüfverfahren erlassen.

(58) Um eine verbesserte Transparenz in Bezug auf die wesentlichen Merkmale nationaler Insolvenzverfahren sicherzustellen und insbesondere Gläubigern mit Schuldnern in anderen Mitgliedstaaten dabei zu helfen, abzuschätzen, was passieren würde, wenn ihre Investitionen in ein Insolvenzverfahren verwickelt würden, sollte Anlegern und potenziellen Anlegern ein einfacher Zugang zu diesen Informationen in einem vorab festgelegten, vergleichbaren und benutzerfreundlichen Format gewährt werden. Die Mitgliedstaaten sollten ein einheitliches Merkblatt mit wesentlichen Informationen ausarbeiten und der Öffentlichkeit zugänglich machen. Ein solches Dokument wäre von wesentlicher Bedeutung, damit sich potenzielle Anleger einen Überblick über die Insolvenzverfahrensvorschriften in einem bestimmten Mitgliedstaat verschaffen können. Es sollte ausreichende Erläuterungen enthalten, damit der Leser die darin enthaltenen Informationen verstehen kann, ohne auf andere Dokumente zurückgreifen zu müssen. Das Merkblatt mit den

wesentlichen Informationen sollte insbesondere praktische Informationen zum Insolvenzauslöser sowie zu den Schritten enthalten, die zu unternehmen sind, um die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen oder eine Forderung anzumelden.

Der Vorschlag will die Transparenz nationaler Insolvenzverfahren für Gläubiger verbessern und verfolgt dabei den sinnvollen Ansatz formalisierter und regelmäßig aktualisierter Merkblätter. Die Forderung nach klarer, nichtfachlicher und verständlicher Sprache wird jedoch in vielen Fällen nicht erfüllt werden können. Bereits die Fülle der in Abs.4 geforderten und durch die Abs. 5 und 6 näher beschriebenen Informationen wird sich vor dem Hintergrund der Komplexität von nationalen Bedingungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, Rangfolgen und Verteilungsregeln nicht ohne Rückgriff auf fach- sprachliche Begriffe in der gebotenen Kürze darstellen lassen. An dieser Stelle wird erneut sichtbar, welche Konsequenzen die umgangene Harmonisierung dieser zentralen Elemente auch für die notwendige Transparenz hat. Auch die durch den Vorschlag noch vertiefte Fragmentierung nationaler Insolvenzregeln stellt den erhofften Transparenzgewinn durch das Merkblatt in Frage.

9. Schlussbestimmungen (Titel IX)

Art. 69 – Ausschuss

- (1) Die Kommission wird vom Ausschuss für Restrukturierung und Insolvenz nach Artikel 30 der Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates unterstützt. Dieser Ausschuss ist ein Ausschuss im Sinne der Verordnung (EU) Nr. 182/2011.
- (2) Wird auf diesen Absatz Bezug genommen, so gilt Artikel 5 der Verordnung (EU) Nr. 182/2011.

Art. 70 – Überprüfung

Bis zum [5 Jahre nach Ablauf der Frist für die Umsetzung dieser Richtlinie] legt die Kommission dem Europäischen Parlament, dem Rat und dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss einen Bericht über die Anwendung und die Auswirkungen dieser Richtlinie vor.

Art. 71 – Umsetzung

- (1) Die Mitgliedstaaten setzen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie spätestens bis zum [2 Jahre nach Inkrafttreten] nachzukommen. Sie teilen der Kommission unverzüglich den Wortlaut dieser Vorschriften mit.

Bei Erlass dieser Vorschriften nehmen die Mitgliedstaaten in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten dieser Bezugnahme.

(2) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission den Wortlaut der wichtigsten nationalen Rechtsvorschriften mit, die sie auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen.

Art. 72 – Inkrafttreten

Diese Richtlinie tritt am [...] Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft.

Art. 73 – Adressaten

Diese Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

Berlin, 09.03.2023

Kontakt:

Verband Insolvenzverwalter und Sachwalter Deutschlands e.V. (VID)
Am Zirkus 3
10117 Berlin
Tel.: 030/ 20 45 55 25
E-Mail: info@vid.de / Web: www.vid.de