



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Insolvenzrecht

zum Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zur
Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts
(COM (2022) 702 final)

Stellungnahme Nr.: 13/2023

Berlin, im Februar 2023

Mitglieder des Ausschusses

- RA Prof. Dr. Klaus Pannen, Hamburg (Vorsitzender)
- RA Kolja von Bismarck, München
- RAin Marie-Luise Graf-Schlicker, Berlin
- RA Kai Henning, Dortmund
- RA Dr. Christoph Morgen, Hamburg (stellvertretender Vorsitzender und Berichterstatter)
- RAin Dr. Wencke Mull, Köln
- RA Thomas Oberle, Mannheim (Berichterstatter)
- RAin Dr. Susanne Riedemann, Hamburg (Berichterstatterin)
- RAin Dr. Anne Deike Riewe, München (Berichterstatterin)
- RAin Dr. Ruth Rigol, Köln (Berichterstatterin)
- RAin Dr. Katrin Stohrer, Frankfurt a. M. (Berichterstatterin)

Als Gäste haben mitgewirkt

- RA Axel W. Bierbach, München (Berichterstatter)
- RA Florian Bruder M. Jur. (Oxon), München (Berichterstatter)
- RA und Avocat au Barreau de Strasbourg Patrick Ehret, Achern (Berichterstatter)
- RA Daniel F. Fritz, Frankfurt a. M. (Berichterstatter)
- RA Peter Hoegen, Frankfurt a. M. (Berichterstatter)
- RAin Marlies Raschke, Dresden (Berichterstatterin)
- RA Dr. Andreas Spahlinger, Maitre en Droit, Stuttgart (Berichterstatter)
- RA Ivo-Meinert Willrodt, München (Berichterstatter)

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- RAin Bettina Bachmann

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle Brüssel

- André Kutschmann

Verteiler

Europa

- Europäische Kommission
 - Generaldirektion für Justiz und Verbraucher
- Europäisches Parlament
 - Rechtsausschuss (JURI)
 - Wirtschaftsausschuss (ECON)
- Rat der Europäischen Union
- Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU
- Justizreferenten der Landesvertretungen
- Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)
- Bundesnotarkammer / BNotK in Brüssel
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesverband der Deutschen Industrie / BDI in Brüssel
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag / DIHK in Brüssel
- Zentralverband des Deutschen Handwerks

Deutschland

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Wirtschaft und Klimaschutz des Deutschen Bundestages
- Landesjustizminister und -ministerinnen/Justizsenatoren und -senatorinnen der Länder
- Wirtschaftsminister und -ministerinnen/Wirtschaftssenatoren und -senatorinnen der Länder
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion Die Linke im Deutschen Bundestag
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Juristinnenbund

- Bundessteuerberaterkammer
- Deutsche Steuerberaterverband e.V.
- Bundesnotarkammer, Berlin
- Deutscher Notarverein e. V.
- Wirtschaftsprüferkammer
- Deutscher Richterbund e. V.
- Neue Richtervereinigung e.V.
- Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
- Gravenbrucher Kreis
- Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.
- Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V./BAKinso
- Neue Insolvenzrechtsvereinigung Deutschlands e.V.
- TMA Deutschland
- Institut der Wirtschaftsprüfer Deutschland e. V.
- Distressed Ladies – Women in Restructuring e.V.
- Forum 270 – Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e. V.
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des Forum Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
- Insolvenzrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung des Deutschen Anwaltvereins

Presse

- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins, Berlin
- Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
- ZRI – Zeitschrift für Restrukturierung und Insolvenz
- Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW
- Redaktion Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / ZIP
- Redaktion InDat-Report
- Redaktion Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht / DZWIR
- Redaktion Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung / NZI

- Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht / ZInsO
 - Redaktion (Print) Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht / ZVI
 - Redaktion (Internet) Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht / ZVI
 - Redaktion Zeitschrift für Restrukturierung und Insolvenz / ZRI
 - Redaktion Zeitschrift für die Insolvenzpraxis / InsbürO
 - Redaktion FAZ
 - Redaktion Süddeutsche Zeitung
 - Redaktion Handelsblatt
 - Redaktion dpa
 - Redaktion SPIEGEL
 - Redaktion Die Welt
 - Redaktion taz
 - Redaktion Focus
 - Redaktion Business Insider
-

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 61.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Vorbemerkung

Der DAV bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts vom 07.12.2022 („RLE“) Stellung zu nehmen. Im Folgenden werden insbesondere die **Titel IV** („*Pre Pack*-Verfahren“, S. 8), **Titel V** (Pflicht der Unternehmensleitung zur Antragstellung sowie zivilrechtliche Haftung, S. 28), **Titel VI** (Liquidation zahlungsunfähiger Kleinunternehmen, S. 29) und **Titel VII** (Gläubigerausschuss, S. 42) in den Blick genommen.

Insoweit haben wir in dieser Stellungnahme die Kommentierung der vorgenannten Titel V und VII kurzgehalten und uns v.a. auf die Titel IV und VI fokussiert, da diese auch im Austausch mit anderen Stakeholdern besonders im Fokus stehen. Soweit wir dann noch eine ergänzende Stellungnahme im von der Kommission gesetzten Zeitrahmen abgeben werden, soll ggf. auch noch ergänzend vorgetragen werden, etwa auch zum **Titel III** (Anfechtung). Zu diesem Titel gilt zwar der Grundsatz des Art. 5 der vorgeschlagenen Richtlinie, wonach die Mitgliedsstaaten auch weitergehende Regelungen erlassen können. Insoweit sieht es zwar *prima facie* danach aus, dass sich die Vorschläge der Kommission gut in das deutsche Anfechtungsrecht einfügen, dies wäre aber noch einer weiteren Überprüfung zu unterziehen und hierzu ggf. noch ergänzend Stellung zu beziehen, dies auch vor dem Hintergrund der letzten Änderungen des hiesigen Anfechtungsrechts.

A. Einleitung

Der DAV unterstützt im Ausgangspunkt ausdrücklich die Zielsetzung des Vorschlags, die Unterschiede zwischen den nationalen Insolvenzvorschriften zu verringern und damit das Problem der geringeren Effizienz der Insolvenzvorschriften einiger Mitgliedstaaten anzugehen, die Berechenbarkeit von Insolvenzverfahren im Allgemeinen zu erhöhen und Hindernisse für den freien Kapitalverkehr abzubauen.

Vor dem Hintergrund, dass mit dem Vorschlag keine volle Harmonisierung der Insolvenzrechte angestrebt wird, ist bei der Ausgestaltung im Einzelnen allerdings zu berücksichtigen, dass Mitgliedstaaten, die in den im Richtlinienvorschlag angesprochenen Teilbereichen bereits effektive Verfahrenslösungen umsetzen, nicht zu einer Anpassung ihrer Rechtsordnung gezwungen werden dürfen, die insbesondere aus Gläubigerperspektive die ordnungsgemäße Verfahrensdurchführung und die Befriedigungsaussichten negativ beeinflussen. Der DAV spricht sich daher an verschiedenen Stellen für die Schaffung entsprechender Öffnungsklauseln für die Mitgliedstaaten aus. So sollte etwa das *Pre pack*-Verfahren als ein in-sich-geschlossenes-Modellverfahren die bereits im nationalen Recht bestehenden und in der Praxis bewährten Insolvenzregelungen ergänzen, aber nicht ersetzen.

Als weiterer Befund stehen nach Einschätzung des DAV teilweise die vorgeschlagenen Regelungen im Einzelnen hinsichtlich ihrer zu erwartenden praktischen Wirkungen nicht im Einklang mit den übergeordneten Zielsetzungen des Richtlinienvorschlags. So wird etwa das erklärte Ziel „Effizienzsteigerung zur Reduzierung von Risikoaufschlägen der Kreditgeber“ durch das vereinfachte Liquidationsverfahren in der vorgeschlagenen Form nicht erreicht, wenn keine ausreichenden Kontrollinstanzen und Mechanismen vorgesehen werden.

Schließlich erscheinen teilweise die Regelungsansätze in den verschiedenen Titeln des Richtlinienvorschlages nicht konsistent, etwa wenn einerseits dem Insolvenzverwalter ergänzende Befugnisse zum Aufspüren von zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögenswerten gewährt werden sollen, andererseits aber in den zahlenmäßig weit überwiegenden Fällen auf Grundlage der Regelungen zum vereinfachten Liquidationsverfahren gar keine Verwalter mehr bestellt werden sollen.

Der DAV geht davon aus, dass es vor diesem Hintergrund noch diverser Anpassungen an dem Richtlinienvorschlag bedarf, um die unterstützenswerten Zielsetzungen zu erreichen und zugleich tatsächlich genügend Spielraum für die Anpassung an lokale Gegebenheiten und die Bewahrung der Kohärenz der Insolvenzverfahrensvorschriften mit der umfassenderen nationalen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten zu lassen.

Im Folgenden werden detaillierter insbesondere die **Titel IV** („*Pre Pack*-Verfahren“), **Titel V** (Pflicht der Unternehmensleitung zur Antragstellung sowie zivilrechtliche Haftung, S. 28), **Titel VI** (Liquidation zahlungsunfähiger Kleinunternehmen, S. 29) und **Titel VII** (Gläubigerausschuss, S. 42) in den Blick genommen.

Der DAV wird über diese ersten Einschätzungen und Vorschläge hinaus auch den weiteren Rechtsetzungsprozess auf europäischer Ebene sowie die nachfolgende Umsetzung weiterhin konstruktiv begleiten.

B. TITEL IV

PRE PACK-Verfahren

Der DAV unterstützt im Grundsatz den Vorschlag der Europäischen Kommission zur Einführung eines europaweiten *Pre pack*-Verfahrens. Damit wird den Mitgliedsstaaten ein gemeinsames, neues Sanierungsinstrument zur Verfügung gestellt, mit dem das Unternehmen des Schuldners (oder eines Teils davon) als fortgeführtes Unternehmen in einem zweistufigen Verfahren unter gerichtlich bestellter Aufsicht zügig veräußert werden kann. Der DAV hält jedoch eine Nachbesserung des RLE sowohl in konzeptionellen Fragen als auch in technischen Aspekten für unabdingbar.

I. Vorbemerkung

In einigen Mitgliedsstaaten enthält das jeweilige nationale Insolvenzrecht bereits Regelungen über die Unternehmensveräußerung im Ganzen oder in Teilen, ohne dass diese als *Pre pack*-Verfahren bezeichnet werden und diesem vollinhaltlich entsprechen. So kennt das deutsche Insolvenzrecht als intensivste Form der Verwertung die

Veräußerung des Schuldnerunternehmens im Wege eines *Asset Deals* (sog. „übertragende Sanierung“). Die übertragende Sanierung (§§ 159 ff. InsO) ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt und hat sich in der Praxis bewährt, u. a. weil sie auch Schutzmaßnahmen im Fall von besonderen Interessenlagen im Blick hat, wie z. B. bei Veräußerungen an besonders Interessierte (§ 162 InsO), oder bei Veräußerungen unter Wert (§ 163 InsO). Deshalb sollte das *Pre pack*-Verfahren als ein in-sich-geschlossenes-Modellverfahren die bereits im nationalen Recht bestehenden und in der Praxis bewährten Insolvenzregelungen ergänzen, aber nicht ersetzen. Eine entsprechende Klarstellung sollte in den Erwägungsgründen des RLE aufgenommen werden.

DAV-Vorschlag

„Sofern das nationale Insolvenzrecht bereits Regelungen über die Veräußerung von Unternehmen des Schuldners oder Teilen davon enthält, können die Mitgliedstaaten das Pre pack-Verfahren als neues Sanierungsinstrument entweder neben den bestehenden Regelungen als ein in-sich-geschlossenes-Modellverfahren einführen oder die bestehenden Regelungen entsprechend anpassen, ergänzen oder ersetzen.“

II. Im Einzelnen:

Das *Pre pack*-Verfahren besteht aus vier Kapiteln („Allgemeine Bestimmungen“, „Vorbereitungsphase“, „Liquidationsphase“ und „Für beide Phasen des *Pre pack*-Verfahrens geltende Bestimmungen“).

Zu Art. 19 – *Pre pack*-Verfahren

Art. 19 verpflichtet die Mitgliedsstaaten, in ihren nationalen Insolvenzregelungen ein *Pre pack*-Verfahren aufzunehmen, das aus zwei aufeinanderfolgenden Phasen (die „Vorbereitungsphase“ und die „Liquidationsphase“) besteht, die Zugangsvoraussetzungen werden jedoch nicht ausdrücklich benannt. Lediglich in Art. 23 wird die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen davon abhängig gemacht, dass sich der Schuldner in einer Situation befindet, in der die „Insolvenz

wahrscheinlich“ ist („*likelihood of insolvency*“), oder wenn er nach nationalem Recht „zahlungsunfähig“ ist („*insolvent*“).

Die Zugangsvoraussetzungen für den Eintritt in die Vorbereitungsphase sollten aber eindeutig vorgegeben werden und sich in das nationale Insolvenzrecht mit seinen dort geltenden Insolvenzgründen (z. B. einschließlich der drohenden Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung) einfügen, ohne ein Sonderrecht zu bilden. Denn aus deutscher Sicht ist es wichtig, dass der RLE den zeitlichen Besonderheiten des deutschen Insolvenzrechts mit Eröffnungsverfahren nach Insolvenzantragstellung, während dessen die gutachterliche Prüfung der Antragsvoraussetzungen und der Deckung von Verfahrenskosten vorgenommen wird, und dem sich anschließenden Hauptverfahren nach förmlicher Eröffnung des Insolvenzverfahrens Rechnung trägt, indem der Zugang zur Vorbereitungsphase alternativ vor oder mit Insolvenzantragstellung ermöglicht wird. Auch in der zweiten Alternative würde der Unternehmensverkauf durch den Sachwalter noch vor der förmlichen Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorbereitet und verhandelt; sie hätte zudem den Vorteil, dass das Verhältnis zur EUInsVO im Hinblick auf internationale Anerkennung und Forum Shopping positiv geregelt wäre und es einer Fiktion wie in Art. 20 Abs. 1 Satz 2 möglicherweise nicht bedürfe.

DAV-Vorschlag zu Art. 19:

In Art. 19 wird ein neuer Absatz 1 eingeführt. Die bestehenden Absätze 1 und 2 werden Absätze 2 und 3.

„Die Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass ein Pre pack-Verfahren in den nationalen Insolvenzregelungen zur Verfügung gestellt wird. Zugang zu einem Pre pack-Verfahren hat ein Schuldner, der sich in einer Situation befindet, in der eine Insolvenz wahrscheinlich ist oder wenn er nach nationalem Recht zahlungsunfähig ist oder wenn ein anderer Insolvenzgrund nach nationalem Recht eingetreten ist.“

Zu Art. 20 – Bezüge zu anderen Unionsrechtsakten

Art. 20 spricht das Verhältnis zwischen der vorgeschlagenen Richtlinie und anderen Unionsinstrumenten an. In Satz 2 heißt es: „*Die Sachwalter nach Art. 22 können als Insolvenzverwalter im Sinne von Art. 2 Nummer 5 der Verordnung (EU) 2015/848 angesehen werden.*“ Sollen mit dieser Öffnungsklausel und dem Verweis auf die EulnsVO z.B. die für den Verwalter in Art. 21 EUInsVO festgelegten Befugnisse auch in der Vorbereitungsphase gelten? Der DAV bittet um Klarstellung im RLE, was der Hintergrund und der Zweck dieser optionalen Regelung ist.

Zu Art. 21 – Gerichtliche Zuständigkeit bei *Pre-pack*-Verfahren

In Art. 21 wird der Zuständigkeitsbereich und -umfang des für das *Pre-pack*-Verfahren zuständigen Gerichts festgelegt, ohne die Zuständigkeitsfrage selbst positiv zu regeln.

DAV-Vorschlag zu Art. 21:

Es wird ein neuer Satz 1 eingeführt und der bisherige Satz 1 wird Satz 2.

*„Für das *Pre-pack*-Verfahren ist das Gericht zuständig, das international für das Insolvenzverfahren zuständig wäre.“*

Zu Art. 22 – Sachwalter

Art. 22 Abs. 1 regelt die gerichtliche Bestellung eines Sachwalters („*Monitor*“) auf Antrag des Schuldners, seine Aufgaben, Pflichten, Qualifikation und Vergütung, eine Gläubigerbeteiligung ist bei der Bestellung des Sachwalters jedoch nicht vorgesehen. Zur Stärkung der Transaktionssicherheit, der Planbarkeit und der Gläubigerakzeptanz sowie zur Vermeidung von Missbrauch, z. B. durch einen zu unternehmens- oder gesellschafternahen Sachwalter, hält der DAV eine optionale Gläubigerbeteiligung im Wege eines bindenden Gläubigervorschlagsrechts bei der Bestellung des Sachwalters unbedingt für erforderlich. Unter Berücksichtigung der vermögensrechtlichen Nachteile könnte die Gläubigerbeteiligung, z.B. in Form des Gläubigerausschusses oder der

Gläubigerversammlung, auch an festzulegende Größenklassen für das Unternehmen anknüpfen.

DAV-Vorschlag zu Art. 22 Abs. 1:

In Art. 22 Abs. 1 wird nach Satz 1 ein neuer Satz 2 wie folgt eingefügt:

„Die Mitgliedsstaaten sorgen dafür, dass das Gericht auf Antrag des Schuldners einen Sachwalter bestellt. Die Mitgliedsstaaten können bei der Bestellung des Sachwalters eine Gläubigerbeteiligung mit einem bindenden Vorschlagsrecht vorsehen. Mit der Bestellung des Sachwalters beginnt die in Artikel 19 Absatz 1 genannte Vorbereitungsphase.“

Artikel 22 Abs. 2 statuiert nun die Aufgaben und Pflichten, auf deren Grundlage der Verkauf vom Gericht gem. Art. 26 Abs. 1 genehmigt wird. Zu diesen Pflichten gehört nach Art. 22 Abs. 2 lit. d) die Angabe, *„ob das beste Gebot seiner Einschätzung nach keinen offensichtlichen Verstoß gegen das Kriterium des Gläubigerinteresses darstellt“*. Mit diesem Schlechterstellungsverbot soll verhindert werden, dass Gläubiger im *Pre pack*-Verfahren schlechter gestellt werden als sie bei Anwendung der normalen Rangfolge der Liquidationsprioritäten im Fall einer stückweisen Liquidation stünden. Der DAV ist nachdrücklich der Auffassung, dass das Kriterium des Gläubigerinteresses nicht verwässert werden darf und das Wort *„offensichtlich“* ersatzlos zu streichen ist, anderenfalls würde der RLE eine Gläubigerbenachteiligung bewusst in Kauf nehmen. Ferner sollte in der Definition des *„Kriterium des Gläubigerinteresses“* als Vergleichsmaßstab nicht die *„stückweise Liquidation“*, sondern die *„nächstbeste Verwertungsmöglichkeit“* herangezogen werden, was die stückweise Liquidation sein kann, aber nicht sein muss.

DAV-Vorschlag zu Art. 22 Abs. 2 lit. d):

Das Wort „offensichtlich“ wird in Art. 22 Abs. 2 lit. (d) ersatzlos gestrichen.

DAV-Vorschlag zu Art. 2 lit. h):

Die Definition des „Kriterium des Gläubigerinteresses“ ist wie folgt anzupassen:

„Kriterium des Gläubigerinteresses“ das Kriterium, nach dem kein Gläubiger im Rahmen einer Liquidation im Pre Pack-Verfahren schlechter gestellt würde als bei Anwendung der normalen Rangfolge im Falle der nächstbesten Verwertungsmöglichkeit der Liquidationsprioritäten einer stückweisen Liquidation.“

Nach Art. 22 Abs. 2 Satz 2 sollen die Handlungen schriftlich dokumentiert werden und den „beteiligten Parteien“ zeitnah in digitaler Form zur Verfügung gestellt werden, ohne diese Beteiligten zu benennen. In Frage kommen z. B. der Schuldner, die Gegenpartei aus nicht erfüllten Verträgen, jeder andere Gläubiger, ob besichert oder unbesichert, und die Anteilseigner.

DAV-Vorschlag zu Art. 22 Abs. 2 Satz 2:

Um Verfahrensfehler zu vermeiden und den Sachwalter zu unterstützen, sollte der Begriff der „beteiligten Parteien“ im RLE definiert werden.

Art. 22 Abs. 4 stellt insoweit sicher, dass der Schuldner während der Vorbereitungsphase die Kontrolle über seine Vermögenswerte und den täglichen Betrieb des Unternehmens behält, eine Formulierung, die an die Definition des „Schuldner in Eigenverwaltung“ in Art. 2 Nr. 3 am Ende EUInsVO erinnert. Damit ist mittelbar das Verhältnis zwischen Sachwalter und Schuldner angesprochen. Soll eine entsprechende Eigenverwaltung aber auch in der Liquidationsphase fortgelten, obwohl der Begriff und die Bestellung des Sachwalters als Insolvenzverwalter ein anderes Verständnis nahelegt? Dem RLE fehlt ein klares „Leitbild“ für den Sachwalter (und den Insolvenzverwalter) in Abgrenzung zum Schuldner, so heißt es in der Begründung, dass der Sachwalter der Hauptakteur in der Vorbereitungsphase sei, der die potentiellen Käufer findet und den Verkaufsprozess lenkt (Begründung zu Art. 22), während an anderer Stelle davon gesprochen wird, dass der Schuldner mit der Unterstützung des Sachwalters nach Käufern sucht (Erwägungsgrund (22)). Letztlich beruht aber die Genehmigungsentscheidung des Gerichts auf der Stellungnahme des Sachwalters (Art.

26 Abs. 1), die auch haftungsbewehrt ist (Art. 31). Die Verantwortlichkeiten von Schuldner und Sachwalter (und Insolvenzverwalter) haben dabei übergreifende Schnittstellen und berühren z. B. die Einrichtung des Due Diligence Raumes mit der dazugehörigen Dokumentation, die Beauftragung eines *M&A Advisors*, die Einholung von Bewertungsgutachten bis zu den Verkaufsverhandlungen und der Unterzeichnung des Kaufvertrages. Deshalb sollte zur Ausfüllung und Abgrenzung dieser Schnittstellen eine Öffnungsklausel vorgesehen werden, dass die Mitgliedsstaaten selbst die weiteren Aufgaben (z. B. Einholung von Gutachten, Auswahl des Gutachters) sowie das Verhältnis zwischen Schuldner und Sachwalter (Lenkung oder nur Unterstützung und Aufsicht) näher regeln können.

DAV-Vorschlag zu Art. 22 Abs. 4:

In Art. 22 Abs. 4 wird ein neuer Satz 2 eingefügt:

„Die Mitgliedsstaaten können die Aufgaben und das Verhältnis von Schuldner und Sachwalter weiter regeln.“

Zu Art. 23 – Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen

Art. 23 weitet die Anwendung der Vorschriften über die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner gemäß den Art. 6 und 7 der Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen ((EU) 2019/1023) auf die Vorbereitungsphase des *Pre pack*-Verfahrens aus. Ein solches Moratorium wird - wie damals - heftige Diskussionen und Widersprüche auslösen. Der DAV hält es für zwingend erforderlich, dass es den Mitgliedsstaaten vorbehalten bleibt, die Voraussetzungen für ein Moratorium (wie z. B. Insolvenzgrund, Zeitpunkt, schriftliche Begründung durch das Gericht und Gläubigerbeteiligung (wie z. B. ein Anhörungsrecht des vollstreckenden Gläubigers)), und die Rechtsfolgen (z. B. Ersatz für Wertminderung, Ausgleich von Wertverlusten) festzulegen, so dass das Gericht die Aussetzung und ihre Auswirkungen auf das Verfahren mit den Parteien erörtern kann. In jedem Fall müssen hohe Anforderungen an die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen gestellt werden.

DAV-Vorschlag zu Art. 23:

In Artikel 23 wird nach Satz 1 ein neuer Satz 2 eingefügt:

„Die Mitgliedsstaaten können die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen für die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen selbständig festlegen.“

Zu Art. 25 – Bestellung des Insolvenzverwalters

Das Gericht soll bei Eröffnung der Liquidationsphase den Sachwalter als Insolvenzverwalter bestellen. Wie beim Sachwalter ist auch hier keine Gläubigerbeteiligung vorgesehen. Aus den gleichen Gründen wie bei der Bestellung des Sachwalters sollte eine Gläubigerbeteiligung optional vorgesehen werden. Es sollte ferner klargestellt werden, dass die Liquidationsphase mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens beginnt.

DAV-Vorschlag zu Art. 25:

Satz 1 von Art. 25 wird wie folgt angepasst:

„Die Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass das Gericht bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens den in Art. 22 genannten Sachwalter als Insolvenzverwalter bestellt.“

Nach Satz 1 des Art. 25 wird ein neuer Satz 2 wie folgt eingefügt:

„Die Mitgliedsstaaten können bei der Bestellung des Insolvenzverwalters eine Gläubigerbeteiligung vorsehen.“

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

Die Genehmigung des Verkaufs an den vom Sachwalter vorgeschlagenen Käufer mit dem besten Gebot obliegt gem. Art. 26 Abs. 1 alleine dem Gericht auf Grundlage der

vom Sachwalter vorzulegenden Stellungnahme und zwar unabhängig davon, ob es das beste Angebot unter einer Vielzahl konkurrierender Gebote gewesen ist oder nur ein einziges Gebot abgegeben wurde, das beste Angebot von einer nahestehenden Partei stammte oder ein Gebot unter Wert vorgeschlagen wurde. Da es sich bei der Veräußerung des Unternehmens um die intensivste Art der Masseverwertung zur Befriedigung der Gläubiger handelt, hält der DAV eine Gläubigerbeteiligung durch Zustimmung eines Gläubigerorgans (z. B. durch den Gläubigerausschuss oder die Gläubigerversammlung) für unverzichtbar, in dem die besicherten Gläubiger einen obligatorischen Mitgliedersitz haben. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen das Risiko eines Insidermissbrauchs oder die Gefahr besteht, dass der Kaufpreis einem Drittvergleich nicht standhält, in diesen Fällen wäre die Zustimmung auch alleine durch die Gläubigerversammlung sachgerecht.

DAV-Vorschlag zu Art. 26:

Art. 26 Abs. 1 S. 1 wird wie folgt neu gefasst:

„Die Mitgliedsstaaten 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:

a) 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;

und

b) die Gläubiger dem Verkauf zugestimmt haben, wobei die Mitgliedsstaaten entsprechend ihren nationalen Insolvenzregelungen das zuständige Gläubigerorgan und die zwingenden Zustimmungsbedingungen festlegen können und die besicherten Gläubiger im Gläubigerorgan vertreten sein müssen.“

Zu Art. 27 – Abtretung oder Kündigung noch zu erfüllender Verträge

Artikel 27 Abs. 1 sieht in der Liquidationsphase, also nach Insolvenzeröffnung, zum einen die Abtretung, gemeint ist wohl die Übertragung, von noch zu erfüllenden Verträgen, die für die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs erforderlich sind und deren Aussetzung die Geschäftstätigkeit zum Erliegen brächte, auf den Käufer ohne Zustimmung der Gegenpartei vor. Zum anderen kann das Gericht gem. Art. 27 Abs. 2 in bestimmten Fällen eine Kündigung für solche Verträge aussprechen.

Der Vorschlag einer Übertragbarkeit von Verträgen ohne Zustimmung der Gegenpartei steht im deutlichen Widerspruch zu dem im Zivilrecht allgemein geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit und läuft im Ergebnis auf einen Kontrahierungszwang für die Gegenpartei hinaus, auch wenn die Voraussetzungen der „Erforderlichkeit“ und des „die Geschäftstätigkeit zum Erliegen bringen“ sehr hohe Eintrittsvoraussetzungen für eine Übertragbarkeit wären. Aus Sanierungssicht mag zwar eine Übertragung von Verträgen des täglichen Geschäftsbetriebs, z. B. mit Vermietern, Mietern, Lieferanten, und ohne Unterschied, ob es sich um Einzel- oder Dauerschuldverhältnisse handelt, wirtschaftlich sinnvoll sein, wobei die hohen Eintrittsvoraussetzungen von solchen Verträgen (mit Ausnahme von Miet- und Pachtverträgen) häufig nicht erfüllt sein dürften. Andere Dauerschuldverhältnisse (z.B. Kredit- und Finanzverträge, Nettingverträge), die z. B. eine aufsichtsrechtlich gebotene Kreditwürdigkeitsprüfung voraussetzen, müssten wegen des Konflikts mit bestehenden Aufsichts- und Schutzgesetzen von der Übertragbarkeit ohnehin zwingend ausgenommen werden.

Im DAV stehen sich hierzu zwei Auffassungen gegenüber. Eine Auffassung hält eine Übertragung ohne Zustimmung der Gegenpartei für unvereinbar mit dem im Zivilrecht vorherrschenden Prinzip der Vertragsfreiheit, die in einen Kontrahierungszwang verkehrt würde. Die andere Auffassung ist grundsätzlich offen für eine Übertragung von Verträgen, wobei es auch dort unterschiedliche Meinungen gibt, welche Art von Verträgen davon profitieren sollen und welche nicht. Einig ist man sich aber, dass die in Aufsichts- und anderen Schutzgesetzen statuierten und einzuhaltenden Pflichten nicht überspielt werden dürfen und unberührt bleiben müssen. Bei den Rechtsfolgen gehen die Ansichten dann wieder auseinander. Die einen befürworten eine grundsätzliche Ausnahme von der Übertragbarkeit, die anderen sprechen sich für ein

außerordentliches und fristloses Kündigungsrecht aus. Wiederum einig ist man sich, dass Art. 27 in jedem Fall inhaltlich und technisch nachzubessern ist.

Das neue Konzept der Übertragbarkeit solcher Verträge ohne Zustimmung der Gegenpartei dürfte wohl auch die Kündbarkeit dieser Verträge durch die Gegenpartei ausschließen, weil anderenfalls der Wert des zu verkaufenden Unternehmens oder eines Teils davon in unangemessener Weise gefährdet sein kann (so anscheinend Erwägungsgrund (28)). Der Wortlaut des RLE schweigt aber zu einer Kündigungsmöglichkeit der Gegenpartei und sieht ein Kündigungsrecht nur durch das Gericht gem. Art. 27 Abs. 2 (siehe sogleich unten) vor, welche mithin im Interesse des Schuldners auszusprechen wäre.

Vorausschauend und rein vorsorglich hält es der DAV in jedem Fall für sach- und interessengerecht und deshalb für unverzichtbar, dass ein bestehendes Kündigungsrecht der Gegenpartei unberührt bleibt, sofern es nicht auf fällige (Alt-)Verbindlichkeiten des Schuldners vor Beginn der Vorbereitungsphase¹ oder auf Gründe, die auf der Leistungsfähigkeit oder in der Person des (Alt)Schuldners beruhen, gestützt wird. Das gilt erst recht, wenn nach anderen Aufsichts- und Schutzgesetzen (z. B. Kreditwesengesetz, Verbraucherschutzgesetz, Datenschutzgesetz, Lieferkettengesetz, Geldwäschegesetz) Pflichten (z. B. Anzeigen, Prüfungen, Zustimmungen oder Genehmigungen) einzuhalten sind, die in jedem Fall unberührt bleiben müssen.

DAV-Vorschlag zu Art. 27 Abs. 1, wenn die Übertragbarkeit nicht wegen des Eingriffs in die Vertragsfreiheit grundsätzlich abgelehnt wird (mit der Folge, dass Art. 27 Abs. 1 ganz zu streichen wäre):

Die Überschrift des Art. 27 wird neugefasst:

„Übertragung oder Kündigung noch zu erfüllender Verträge“

¹ Alternativ: Liquidationsphase.

Art. 27 Abs. 1 Sätze 1 und 2 lauten wie folgt:

„Die Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass dem Käufer des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon die noch zu erfüllenden Verträge übertragen werden können, die für die Weiterführung der Geschäftstätigkeit des Schuldners erforderlich sind [~~gestrichen wird:~~ „und deren Aussetzung die Geschäftstätigkeit zum Erliegen brächte“]. Die Zustimmung der Gegenpartei(en) des Schuldners ist für die Übertragung nicht erforderlich.“

Nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 wird ein neuer Satz 3 eingefügt:

*„Von der Übertragung der noch zu erfüllenden Verträge bleiben unberührt,
a) ein bestehendes Kündigungsrecht der Gegenpartei, sofern es nicht auf eine vor Beginn der Vorbereitungsphase entstandene und fällige Verbindlichkeit des Schuldners oder auf die Leistungsfähigkeit oder die Person des Schuldners gestützt ist; und
b) die nach anderen Aufsicht- oder Schutzgesetzen einzuhaltenden Pflichten. Sofern der Käufer und die Gegenpartei diese Pflichten nicht erfüllen oder einhalten können, hat die Gegenpartei ein Recht zur außerordentlichen, fristlosen Kündigung des Vertrags.“*

Art. 27 Abs. 1 Satz 3 (nun Satz 4) sollte Dauerschuldverhältnisse, die eine aufsichtsrechtlich gebotene Kreditwürdigkeitsprüfung voraussetzen, ausnehmen und der vorgesehene Wettbewerbsschutz sollte auf dem Käufer nahestehende Parteien oder mit ihm verbundene Unternehmen erweitert werden.

*„Unterabsatz 1 findet keine Anwendung,
a) bei Dauerschuldverhältnissen, die eine aufsichtsrechtlich gebotene Kreditwürdigkeitsprüfung voraussetzen, es sei denn, die Gegenpartei stimmt der Übertragung ausdrücklich zu; oder
b) wenn der Käufer des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon oder ihm nahestehende Parteien ein Wettbewerber der Gegenpartei(en) des Schuldners ist.“*

Art. 27 Abs. 3 wäre in Folge anzupassen, wobei sich die Frage stellt, ob die gewählte Rechtswahl des Eröffnungsstaates sachgerecht ist.

„Auf die Übertragung oder die Kündigung noch zu erfüllender Verträge ist das Recht des Mitgliedsstaates anzuwenden, in dem die Liquidationsphase eröffnet wurde.“

Art. 27 Abs. 2 sieht nun ein Kündigungsrecht für noch zu erfüllende Verträge durch das Gericht vor. Hier stellt sich die Frage, wie dieses Kündigungsrecht sich zu einem nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens im nationalen Insolvenzrecht bestehenden Recht des Verwalters zu kündigen oder Erfüllung zu wählen (vgl. §§ 103ff. InsO) verhält. Es sollte zum einen klargestellt werden, dass das bestehende Kündigungs- und/oder Wahlrecht unberührt bleibt und zum anderen wie das nun vorgesehene Kündigungsrecht des Gerichts zum Leitbild des Sachwalters/Insolvenzverwalters steht (siehe dazu Zu Art. 22 Abs. 2 S. 2) und warum der Insolvenzverwalter nicht anstelle des Gerichts dieses Kündigungsrecht ausüben soll. Der DAV hält eine entsprechende Klarstellung und Anpassung von Art. 27 Abs. (2) S. 1 für sachgerecht.

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Insolvenzverwalter beschließen kann, noch zu erfüllende Verträge [unverändert].“

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

Mit der Trennung des fortzuführenden Unternehmens mit seinen Vermögenswerten vom Unternehmensträger werden nur die Aktiva übertragen, während die Passiva beim alten Unternehmensträger verbleiben. Es sollte klargestellt werden, dass nach anderen Schutzgesetzen (z. B. Verbraucherschutzgesetz, Datenschutzgesetz, Lieferkettengesetz, Geldwäschegesetz) bestehende Maßnahmen (z. B. Anzeigen, Prüfungen, Zustimmungen oder Genehmigungen) und andere vertragliche (z. B. Schuldbeitritt, Mithaft oder *Parallel Debt*) oder gesetzliche (z. B. Altlastenhaftung, Steuern) Haftungstatbestände unberührt bleiben. Wenn der Käufer Schulden und Verbindlichkeiten übernimmt, muss die gesamtschuldnerische Haftung des Schuldners bestehen bleiben, nicht zuletzt wegen noch bestehender (Dritt)Sicherheiten.

DAV-Vorschlag zu Art. 28:

Am Ende von Satz 1 wird der folgende Halbsatz neu hinzugefügt:

„Die Mitgliedsstaaten 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; in diesem Fall bleibt die Haftung des Schuldners als Gesamtschuld bestehen.“

Dem Satz 1 von Art. 28 wird ein neuer Satz 2 zugefügt.

„Nach anderen Gesetzen erforderliche Maßnahmen sowie vertragliche oder gesetzliche Haftungstatbestände bleiben unberührt.“

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

Art. 29 stellt sicher, dass Rechtsmittel die genehmigten *Pre pack*-Verkäufe nicht verzögern, indem sie nur dann aufschiebende Wirkung haben, wenn der Rechtsmittelführer Sicherheit zur Abdeckung eines durch die Aussetzung verursachten Schadens leistet. Der DAV spricht sich dafür aus, das Rechtsmittel nach dem Vorbild des § 253 Abs. 4 InsO auch zurückgewiesen werden können, wenn Nachteile einer Verzögerung die Nachteile des Rechtsmittelführers überwiegen.

DAV-Vorschlag zu Art. 29:

In Art. 29 wird nach Absatz 2 ein neuer Absatz 3 eingeführt:

„Auf Antrag des Insolvenzverwalters kann das Rechtsmittel zurückgewiesen werden, wenn die Nachteile einer Verzögerung des Vertragsvollzugs vorrangig erscheinen, weil die Nachteile einer Verzögerung des Vertragsvollzugs nach freier Überzeugung des Gerichts die Nachteile für den

Rechtsmittelführer überwiegen. Dies gilt nicht, wenn ein besonders schwerer Rechtsverstoß vorliegt. Weist das Gericht das Rechtsmittel zurück, ist dem Rechtsmittelführer aus dem Kaufpreis der Schaden zu ersetzen, der ihm durch den Vertragsvollzug entsteht.“

Zu Art. 32 – Dem Schuldner nahestehende Parteien im Verkaufsprozess

Art. 32 legt Schutzmaßnahmen für Fälle fest, in denen der potentielle Käufer eine dem Schuldner nahestehende Partei ist. Dies wegen der naheliegenden Gefahr, dass an nahestehende Parteien unter Marktpreis verkauft werden könnte oder dass diese Personen einen Informationsvorsprung gegenüber anderen Kaufinteressenten haben könnten. Die „*dem Schuldner nahestehende Partei*“ ist in Art. 2 lit. q) definiert und sollte erweitert werden, um Personen, die mit mehr als einem Viertel am Schuldner beteiligt sind und die einen maßgeblichen Einfluss auf den Schuldner haben, weil auch dann schon die Gefahr eines Insiderwissens besteht. Diese Schutzmaßnahmen sollten auch dann gelten, wenn der Käufer oder eine Person, die an seinem Kapital zu mindestens einem Fünftel beteiligt ist, zu den Personen gehört, die dem Schuldner nahestehen (vgl. § 162 InsO).

Der DAV regt auch an, einen Abgleich der Definition im RLE mit der aktualisierten IDW Stellungnahme zur Rechnungslegung zu Geschäften mit nahestehenden Unternehmen und Personen (IDW ERS HFA 33 n.F.) vorzunehmen. Wichtig ist dem DAV, nochmals hervorzuheben, dass zumindest in diesen Insiderfällen für die Veräußerung des Unternehmens oder eines Teils davon die Zustimmung des Gläubigerorgans neben der gerichtlichen Genehmigung unabdingbar ist (siehe zu Art. 26). Der in Art. 32 Abs. 2 Satz 2 vorgesehene Mindestschutz sollte ganz gestrichen werden, weil ein Verkauf ohnehin nicht durchgeführt werden sollte, wenn das Kriterium des Gläubigerinteresses nicht erfüllt ist und infolgedessen die erforderliche Stellungnahme vom Sachwalter nicht abgegeben werden kann (siehe Zu Art. 22 Abs. 2 lit d)).

DAV-Vorschlag zu Art. 32 bzw. zu Art. 2 lit. q):

In der Definition Art. 2 lit. q) wird der zweite Unterabsatz wie folgt ergänzt.

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

i) [unverändert];

ii) Anteilseigner, die zu mehr als einem Viertel am Kapital des Schuldners beteiligt sind, wobei eine Person am Schuldner auch beteiligt ist, wenn ein von ihr abhängiges Unternehmen oder ein Dritter für Rechnung der Person oder des abhängigen Unternehmens am Schuldner beteiligt ist;

iii) Personen, die unmittelbar oder mittelbar einen maßgeblichen Einfluss auf den Schuldner haben;

iv) der Kaufinteressent, wenn eine Person, die an seinem Kapital zu mindestens einem Fünftel beteiligt ist, zu den Personen gehört, die dem Schuldner nach den Unterabsätzen 1 und 2 nahestehen; eine Person ist auch am Kaufinteressent beteiligt, wenn ein von der Person abhängiges Unternehmen oder ein Dritter für Rechnung der Person oder des abhängigen Unternehmens am Kaufinteressent beteiligt ist oder auf den Kaufinteressenten unmittelbar oder mittelbar maßgeblichen Einfluss hat;

v) [wie lit. iii) unverändert];

vi) [wie lit. iv) unverändert].“

DAV-Vorschlag zu Art. 32 Abs. 2:

Art. 32 Abs. 2 S. 2 wird ersatzlos gestrichen.

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

Art. 33 umfasst Bestimmungen, die darauf gerichtet sind, den Wert des zu verkaufenden Unternehmens zu maximieren, indem Anreize für eine Zwischenfinanzierung vorgesehen sind, Vorkaufsrechte ausgeschlossen werden und Beschränkungen bei sog. *Credit Bids* von besicherten Gläubigern enthalten sind.

Danach sollen Kreditgeber von Zwischenfinanzierungen in einem späteren Insolvenzverfahren vorrangig bedient werden, auch wenn andere Gläubiger höher- oder gleichrangige Forderungen haben (Art. 33 Abs. 1 lit. b)). Eine solche *Priority Rule* ist dem deutschen Recht unbekannt. Zudem würden neben Dritten auch Gesellschafter und ihnen nahestehenden Parteien von der *Priority Rule* profitieren, die nach deutschem Recht in der Regel subordiniert wären. Aus Sicht des DAV ist eine solche *Priority Rule* zugunsten von Finanzierern, unabhängig davon, ob Dritte, Anteilseigner oder nahestehende Partei, vor dem Hintergrund, dass die Zwischenfinanzierung nur einen kurzen Zeitraum bis zur Genehmigung durch das Gericht und der Zustimmung durch das Gläubigerorgan (siehe Zu Art. 26) zu überbrücken hat, nur dann ausnahmsweise akzeptabel, wenn sie auf einen Vorrang gegenüber unbesicherten Gläubigern beschränkt bleibt, nicht aber gegen höher- oder gleichrangige Forderungen wirkt. Als weiterer Anreiz für die Übernahme einer Zwischenfinanzierung ist vorgesehen, dass ein Bieter, der auch die Zwischenfinanzierung übernommen hatte, den von ihm zu zahlenden Kaufpreis mit seiner Forderung aufrechnen kann (Art. 33 Abs. 1 lit. d)). Zur Vermeidung eines ungebührlichen Vorteils und Missbrauchs sollten die Mitgliedsstaaten eine Aufrechenbarkeit auf den *fair value* der zur Aufrechnung gestellten Forderung begrenzen und ggf. durch ein entsprechendes Gutachten unterlegen müssen (siehe DAV-Vorschlag zu Art. 22 Abs. 4).

DAV-Vorschlag zu Art. 33 Abs. 1 lit. b)

Absatz 1 lit. b) wird wie folgt abgeändert.

„b) die Zahlungen an Geber von Zwischenfinanzierungen bei späteren Insolvenzverfahren vorrangig gegenüber unbesicherten Gläubigern geleistet werden;“

In Titel II (Anfechtungsklagen) sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass Zwischenfinanzierungen (z. B. Zahlungen an oder Besicherungen zugunsten von Anbietern dieser Zwischenfinanzierungen) in einem anschließenden Insolvenzverfahren anfechtungsrechtlich nach Art. 6 Abs. 3 lit. a) privilegiert sind (so Erwägungsgründe (9) und (10)).

DAV-Vorschlag zu Art. 33 Abs. 1 lit. d)

Art. 33 Abs. 1 lit. d) wird wie folgt neu gefasst.

„Zwischenfinanzierungen, die von interessierten Bietern gewährt wurden, mit dem Preis verrechnet werden dürfen, der im Rahmen des erfolgreichen Angebots zu zahlen ist, jedoch nicht über den Fair Value der zur Aufrechnung gestellten Forderung hinaus.“

DAV-Vorschlag zu Art. 33 Abs. 3

Diese Regelung soll einen Anreiz für besicherte Gläubiger bieten, an dem Bieterverfahren teilzunehmen, in dem auch sie den Kaufpreis mit ihrer Forderung verrechnen dürfen. Anders als bei der Zwischenfinanzierung (Art. 33 Abs. 1) wird die Möglichkeit des *Credit bidding* -dem Grunde nach richtig- auf einen Teil der Forderung beschränkt (vgl. Erwägungsgrund (30)), jedoch ist der Wortlaut missglückt. Da die Interessenlage mit der bei der Zwischenfinanzierung in Art. 33 Abs. 1 vergleichbar ist, sollte auch hier die Aufrechenbarkeit auf den *Fair Value* der zur Aufrechnung gestellten besicherten Forderung begrenzt und ggf. durch ein entsprechendes Gutachten unterlegt werden müssen (siehe DAV-Vorschlag zu Art. 22 Abs. 4).

DAV-Vorschlag zu Art. 33 Abs. 3

Der Absatz 3 sollte wie folgt neu gefasst werden.

„Wenn in Bezug auf das dem Pre-pack-Verfahren unterliegende Unternehmen Sicherungsrechte bestehen, stellen die Mitgliedsstaaten sicher, dass die Gläubiger, die diese Sicherungsrechte genießen, ihre Forderung [gestrichen wird: „nur unter der Voraussetzung“] mit ihrem Angebot verrechnen können, jedoch nicht über den Fair Value der zur Aufrechnung gestellten, besicherten Forderung hinaus. ~~dass der Wert dieser Forderungen deutlich unter dem Marktwert des Unternehmens liegt.~~“

Zu Art. 34 – Schutz der Gläubigerinteressen

Art. 34 dient dem Schutz der Gläubigerinteressen, wozu das Recht auf Anhörung im Verfahren (Abs. 1 und 2) und die grundsätzliche Angleichung der Anforderungen an die Freigabe von Sicherungsrechten (Abs. 3 und 4) gehört. Wenn die Gläubigerbeteiligung im Wege der Zustimmung durch das von den Mitgliedsstaaten gewählte Gläubigerorgan gewährleistet wird – wie vom DAV zu Art. 26 und Art. 33 nachdrücklich gefordert – könnte jedenfalls das Anhörungsrecht für die Gläubiger entfallen, ob ein solches für die Anteilseigner zwingend erforderlich ist, stellt der DAV in Frage.

Die Freigabe von Sicherheiten soll sich nach nationalem Insolvenzrecht richten (Abs. 3). Die Mitgliedsstaaten, nach deren Rechtsvorschriften für die Freigabe aber die Zustimmung der besicherten Gläubiger erforderlich ist, können unter bestimmten Voraussetzungen von der erforderlichen Zustimmung abweichen. Nach deutschem Recht ist auch im Insolvenzverfahren für die Sicherheitenfreigabe grundsätzlich die Zustimmung des Inhabers des Sicherungsrechts erforderlich, sofern nicht der Insolvenzverwalter selbst das Verwertungsrecht besitzt. Solche Sicherheitenfreigaben erfolgen dann in der Regel über sog. „*Verwertungsvereinbarungen*“ zwischen dem Inhaber des Sicherungsrechts und dem Insolvenzverwalter. Es sollte klargestellt werden, dass die nach nationalem Recht erforderliche Zustimmung unberührt bleibt und von dieser Zustimmung z. B. dann abgewichen werden kann, wenn sich die Sicherungsrechte auf Vermögenswerte beziehen, die für die Weiterführung des täglichen Betriebs des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon erforderlich sind. Die in Abs. 4 lit. a) und b) genannten Bedingungen sind hingegen nicht sachgerecht, weil zum einen ein Verkauf schon gar nicht zustande kommen sollte, wenn das Kriterium des Gläubigerinteresses verletzt ist (siehe Zu Art. 22 Abs. 2 lit. d)), und zum anderen darf ein Festhalten an der Zustimmung nicht von der Abgabe eines Gebots im Bieterverfahren abhängig gemacht werden, weil dies einem „aufgezwungenen Gebot“ gleichkommt und in keinem sachlichen Zusammenhang mit der Sicherheitenfreigabe steht. Sicherheiten von Dritten müssen fortbestehen und unberührt bleiben.

DAV-Vorschläge zu Art. 34 Abs. 1 und 2

Sofern Art. 26 – wie vom DAV nachdrücklich gefordert - nachgebessert wird, indem der Verkauf nicht nur der gerichtlichen Genehmigung, sondern auch der Zustimmung durch das jeweilige Gläubigerorgan bedarf, kann in Art. 34 auf ein Anhörungsrecht der Gläubiger und ggf. auch der Anteilseigner verzichtet werden. Konsequenterweise wäre das „*Gläubiger und*“ in Abs. 1 und 2 zu streichen oder ggf. auch die beiden Absätze 1 und 2.

Absatz 3 ist wie folgt anzupassen:

„Die Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass für die Freigabe der Sicherungsrechte im Pre- pack-Verfahren die gleichen Voraussetzungen gelten wie nach nationalem Recht im Insolvenzverfahren, insbesondere bleiben erforderliche Zustimmungen zur Freigabe der Sicherungsrechte unberührt.“

Absatz 4 ist wie folgt neu zu fassen:

„Die Mitgliedsstaaten, nach deren Rechtsvorschriften im Insolvenzverfahren für die Freigabe von Sicherungsrechten die Zustimmung der Inhaber gesicherter Forderungen erforderlich ist, können von diesem Zustimmungserfordernis abweichen, insbesondere sofern sich die Sicherungsrechte auf Vermögenswerte beziehen, die für die Weiterführung des täglichen Betriebs des Unternehmens des Schuldners oder eines Teiles davon erforderlich sind. [gestrichen wird: „und eine der folgenden Bedingungen erfüllt ist:“ sowie lit. a) und b)]“

Nota bene: Zum Haftungsverband im Konzern

Ein besonderes und bisher unbehandeltes Thema im RLE stellt die Konzernfinanzierung mit ihren umfangreichen *Cross border* Sicherheitenpaketen (*down-, up-, und sidestream*) dar und insbesondere beim Verkauf eines Unternehmens oder eines Teils davon die Herauslösung des Schuldners und seiner mit

Sicherungsrechten belasteten Vermögenswerte aus diesem konzernweit gespannten Haftungsverband. Da solche Konzern- und Finanzierungsstrukturen zum Alltag von *small*, *mid*- und *largecap* Unternehmen gehören, sollten sach- und interessengerechte Konzepte für die Herauslösung des Schuldners aus einem solchen gruppenübergreifenden Haftungsverband entwickelt und im RLE mitberücksichtigt werden.

Zu Art. 35 – Auswirkungen wettbewerblicher Verfahren auf den Zeitpunkt der Einreichung oder den Erfolg eines Gebots

Art. 35 betrifft Fälle, in denen der Erwerb des Unternehmens einer Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde (z. B. Fusionskontrolle) unterliegt und dies ein erhebliches regulatorisches Risiko von Verzögerungen mit sich bringt. Wenn die erhebliche Gefahr einer Verzögerung besteht, sollte ein Gebot unberücksichtigt bleiben können, wenn dem Unternehmen des Schuldners hierdurch ein Schaden entstünde (Abs. 3 lit. b)). Nach Auffassung des DAV sollte aber in der Risikobewertung nicht jeder Verzögerungsschaden zum Ausschluss führen können, sondern nur ein nicht unerheblicher Schaden.

DAV-Vorschlag zu Art. 35 Abs.3 lit. b):

Art. 35 Abs. 3 lit. b) wird wie folgt angepasst.

„Durch die Verzögerung des Abschlusses des Pre pack-Verkaufs mit dem betreffenden Bieter entstünde dem Unternehmen des Schuldners oder einem Teil davon ein nicht unerheblicher Schaden.“

C. Titel V

Regelungen zur rechtzeitigen Antragstellung durch die Geschäftsleiter und zur Verbesserung der Transparenz

Der Richtlinienentwurf sieht in Titel V im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer juristischen Person eine Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleiter bei einem Gericht vor. Die Insolvenzantragspflicht soll spätestens drei Monate, nachdem die Geschäftsleiter

Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit erlangt haben oder diese Kenntnis vernünftigerweise erwartet werden kann, eintreten. Bei einer Verletzung dieser Antragspflicht haben die Mitgliedstaaten eine zivilrechtliche Haftung für die Schäden vorzusehen, die den Gläubigern aufgrund dieser Verletzung entstanden sind. Die Richtlinie erlaubt ausdrücklich eine striktere Haftung

Die Regelung ist grundsätzlich begrüßenswert und stellt einen ersten Schritt hin zu einer Harmonisierung von Insolvenzantragspflicht und entsprechender Haftung von Geschäftsleitern dar.

Weitere Punkte, wie z.B. eine Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung bzw. ein Übergang bzw. eine Verschiebung der Berücksichtigung der Geschäftsführerplichten auf Gläubiger (*shift of fiduciary duties*), fanden im Richtlinienentwurf keine Berücksichtigung. Der DAV befürwortet bei künftigen Schritten einer weiteren Harmonisierung, wenn auch die nationalen Regelungen der Insolvenzantragspflicht und der Haftung der Geschäftsleitungen zunehmend angeglichen werden.

D. TITEL VI

Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen

Soweit die Europäische Kommission mit der Harmonisierungsrichtlinie v.a. die Ziele

- 1) Verbesserung der Vermögensverwertung,
- 2) Steigerung der Verfahrenseffizienz und
- 3) vorhersehbare und faire Verteilung an die Gläubiger

sicherstellen will, sieht sie die Vorschläge zur Schaffung eines Sonderregimes für die Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen, d.h. Titel VI der Richtlinie v.a. unter dem Blickwinkel der Verfahrenseffizienz. Bei einer Beschäftigung mit diesem Titel sind aber auch die anderen zwei generellen Themen zu beachten, denn alle drei sind in jedem Fall als sinnvolle Ziele aus Sicht des DAV zu begrüßen. Jedoch sollte eine Steigerung der Effizienz nicht zu Lasten der Massemehrung und fairen Verteilung an die Gläubiger führen.

I. Vorbemerkung

Im Hinblick auf Titel VI sind mithin diese Ziele bei der Bewertung der einzelnen Regelungen mitzulesen. Die Richtlinie hat drei wesentliche **Ziele** zur Schaffung eines vereinfachten Abwicklungsverfahrens von Kleinstunternehmen:

- Schaffung eines **effizienten Verfahrens**, da der von Kreditgebern geforderte Risikoaufschlag von der Effizienz des Verfahrens abhängt *„Je geringer die Effizienz der Insolvenzregelung ist, desto höher setzen die Anleger unter sonst gleichen Bedingungen die Risikoprämie an.“*, (Explanatory Memorandum, S. 2).
- Der **Wert des Kleinstunternehmens** soll **erhalten** werden. Insolvenzanträge von Kleinstunternehmen würden regelmäßig so spät gestellt werden, dass der Unternehmenswert nicht erhalten werden könne *„Kleinstunternehmen stellen selten einen Antrag auf Eröffnung eines regulären Insolvenzverfahrens, und wenn, dann ist es oft zu spät, um ihren Wert zu erhalten.“*, (Explanatory Memorandum, S. 20).
- Ordnungsgemäße **Abwicklung vermögensloser** Kleinstunternehmen *„Ziel des Richtlinienvorschlags ist es daher, eine geordnete Liquidation von Kleinstunternehmen, auch solchen ohne Vermögen, in einem zügigen und kostengünstigen Verfahren sicherzustellen.“*, (Explanatory Memorandum, S. 20).

Bereits diese Zielvorgaben der Richtlinie geben Anlass zu generellen Anmerkungen aus Sicht der Praxis:

Zunächst besteht schon immer ein Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse der Schuldner, effektiv zu entschulden und dem grundsätzlichen **Gläubigerinteresse** an einer **neutralen Prüfung und Überwachung** eines Insolvenzverfahrens sowie an einer bestmöglichen Befriedigung. Daher sind **Transparenz und Aufsicht** im vereinfachten Verfahren für Kleinstunternehmen ebenfalls notwendig, um prüfen zu können, ob das Verfahren effizient aber auch im Interesse der Realisierung der besten Quote für die Gläubiger geführt wurde.

Denn wenn sich Kreditgeber nicht auf den Markt und die Überwachung bzw. die Sanktionierung von Unternehmen in der Krise verlassen können, **erschwert** dies die **Kreditvergabe**, da sich das Ausfallrisiko erhöht. Generell besteht dann eine erhöhte

Missbrauchsgefahr bei einem vereinfachten Verfahren ohne Anfechtung und ohne neutrale Kontrolle. Das erklärte Ziel „**Effizienzsteigerung zur Reduzierung von Risikoaufschlägen der Kreditgeber**“ wird durch das vereinfachte Verfahren mithin **nicht erreicht, wenn keine ausreichenden Kontrollinstanzen und Mechanismen vorgesehen werden**. Vielmehr tritt dann das Gegenteil des Erwünschten ein.

Der als Ziel des Entwurfs definierte Erhalt des Unternehmenswertes sollte daher zumindest auch dem **Zwecke der Gläubigerbefriedigung** dienen. Im vereinfachten Verfahren ohne Kontrolle besteht die Gefahr, dass der Erhalt des Unternehmenswertes ausschließlich dem Schuldner zugutekommt. Dies widerspricht der allseits anerkannten *Absolute Priority Rule*.

II. Grundsätzliche Vorschläge zur Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen

DAV-Vorschlag

1. Grundsatz für Verfahren nach Titel VI:

*Forderung nach einer **Öffnungsklausel** für nationale Gesetzgeber **OB** überhaupt ein Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen eingeführt wird, um bestehende effiziente Verfahren wie das deutsche Insolvenzverfahren beibehalten zu können. Das Liquidationsverfahren sollte nicht zwingend sein, da ein bereits funktionierendes deutsches System besteht, mit welchem die Ziele der Europäischen Kommission bereits erreicht werden.*

Kleinstunternehmen fehlen in der Regel die zur Insolvenzverwaltung erforderlichen umfangreichen Fachkenntnisse (z. B. zur Beachtung von Aus- und Absonderungsrechten, für die Abwicklung von Arbeitsverhältnissen, für die Prüfung von Forderungen, Kenntnisse bei der Verteilung und vieles andere mehr).

Insolvenzverwalterbüros verfügen über gut ausgebildete und spezialisierte Teams, die ein Kleinstunternehmen weder vorhalten kann noch deren Arbeit – aus Kostengründen – durch Dienstleister erbringen lassen wird. Schuldner, die ein geordnetes Verfahren unter Führung eines Insolvenzverwalters oder unter Aufsicht eines Sachwalters durchlaufen, dürften aufgrund des im Wirtschaftsleben den Insolvenzverwaltern oder Sachwaltern in der Regel entgegengebrachten Vertrauens eine größere Chance haben,

als vertrauenswürdiger Geschäftspartner wahrgenommen zu werden als bei einem Verfahren in Eigenverwaltung ohne Kontrolle und Aufsicht.

Das Ziel der „ordnungsgemäßen Abwicklung“ wird mit einem vereinfachten Verfahren mithin nicht erreicht.

DAV-Vorschlag

2. Grundsatz für Verfahren nach Titel VI:

*Der DAV schlägt aus den vorigen und folgenden Erwägungen die Einführung von **Öffnungsklauseln** für nationale Gesetzgeber vor, und zwar dazu **WIE** ein Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen eingeführt wird (z.B. nationale Wahlrechte zur Anfechtung, Definition der Größenklassen von Kleinstunternehmen, zum Forderungsanmeldeverfahren, zur elektronischen Versteigerung).*

Um die bestehenden Vorteile der bisherigen nationalen Systeme, wie beispielsweise dem deutschen, bei Insolvenzverfahren kleiner Unternehmen zu sichern und diese gleichzeitig zu verbessern, sollten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit erhalten nur einzelne Regelungen zu implementieren. So könnte beispielsweise das Ziel der Kosteneinsparung dadurch erreicht werden, dass die Forderungsprüfung erst dann stattfindet, wenn feststeht, dass es eine verteilungsfähige Masse gibt.

Nach Konsultation mit unseren europäischen Partnerverbänden gibt es aktuell keine entsprechenden Vorbilder in der EU außer in Spanien und in Frankreich (für Unternehmen jedoch wesentlich geringerer Größe, in Frankreich Aktiva unter 15.000 EUR und letzte 6 Monate keine Arbeitnehmer; In Spanien weniger als zehn Arbeitnehmer und Jahreseinnahmen von unter 700.000 EUR oder Verbindlichkeiten von weniger als 350.000 EUR - und damit 94 Prozent der spanischen Unternehmen betreffend. In Litauen wurde ein solches Verfahren wegen Missbrauchs wieder abgeschafft.

Neben den Zielvorgaben der Richtlinie sind auch die Ziele der Marktkontrolle zu berücksichtigen, um das Vertrauen in die Märkte zu stärken. Zudem ist bei der Frage der Definition von Kleinstunternehmen auch auf deren Verbreitung zu achten. Kleinstunternehmen machen nach Recherchen des DAV in Deutschland und Spanien

den weit überwiegenden Teil der Insolvenzverfahren von juristischen Personen aus. Nach vorläufigen Erhebungen und Befragung von Gerichten umfassen diese Verfahren deutlich über 80% der Unternehmensinsolvenzen in Spanien und Deutschland. Wenn diese Verfahren dann v.a. einer Kontrolle von Behörden oder Gerichten unterworfen werden sollten, müssten erst einmal ausreichende Ressourcen in der Verwaltung geschaffen werden. Letztlich würde man hier die Profession der Insolvenzverwaltung verstaatlichen.

DAV-Vorschlag

3. Grundsatz für Verfahren nach Titel VI:

*Forderung einer Öffnungsklausel für nationale Gesetzgeber wie **Kleinstunternehmen definiert** werden oder Forderung einer EU-weit einheitlichen aber signifikant gesenkten Herabsetzung der Größenmerkmale. Mitgliedstaaten sollten auch die Freiheit haben, besondere Unternehmen, wie beispielsweise zu einer Unternehmensgruppe gehörende Unternehmen vom Anwendungsbereich auszunehmen.*

In Deutschland ist das **Insolvenzverfahren**, abgesehen von der hohen Anzahl mangels Masse nicht eröffneter Verfahren, ein **erprobtes und effizientes Verfahren zur ordnungsgemäßen Abwicklung auch von Kleinstunternehmen**. Der Unternehmenswert lässt sich oftmals durch eine Freigabe nach § 35 InsO für den Schuldner oder – sofern er einen handelbaren Wert hat – im Wege der übertragenden Sanierung für die Gläubiger erhalten. Das Vergütungssystem schafft Anreize zum Betriebserhalt und zur schnellen und effizienten Abwicklung. Durch Abschaffung der unter der Konkursordnung geltenden Vorrechte erhalten die nicht nachrangigen Gläubiger die Chance auf (teilweise) Befriedigung ihrer Forderungen. Es besteht daher aus deutscher Sicht **kein grundsätzlicher Bedarf für ein vereinfachtes Verfahren** für Kleinstunternehmen. Lediglich bei masselosen Verfahren besteht möglicherweise Verbesserungsbedarf. Denn gerade diese Unternehmen werden nach Prüfung durch - vom Insolvenzgericht in der Regel eingesetzte- Sachverständige unter nur sehr eingeschränkter Aufsicht des Registergerichts in Eigenverwaltung „liquidiert“. Insoweit unterstützt der DAV den Ansatz der Richtlinie die Einstellung masseloser Verfahren abzuschaffen und vielmehr alle insolventen Kleinstunternehmen unter Kontrolle

abzuwickeln. Es sollte aber die Eingrenzung von Abwicklungen ohne Aufsicht nicht auf Kleinunternehmen beschränkt werden. Erst recht erscheint dies bei mittleren oder größeren Unternehmen wegen ihrer wirtschaftlichen Bedeutung notwendig. Hierzu folgen sogleich weitere Anmerkungen und Vorschläge.

Zum Wahlrecht zwischen Regel- und Liquidationsverfahren

Nutzt der nationale Gesetzgeber die Möglichkeit, dem Schuldner (und Gläubigern) ein Wahlrecht zwischen Regelverfahren und vereinfachtem Liquidationsverfahren anzubieten, (nach dem Entwurf erscheint es allerdings unklar, ob es ein solches geben wird), bestünde die Gefahr, dass **Schuldner, die keine Transparenz und Aufsicht wollen**, das **verwalterlose Liquidationsverfahren wählen** und es damit für eigene Zwecke und entgegen dem Gläubigerinteresse **missbrauchen**. Schuldnerberater werden zur Vermeidung von Haftung und Anfechtung diese Verfahrensart vorschlagen.

DAV-Vorschlag

4. Grundsatz für Verfahren nach Titel VI:

*Wenn und soweit es ein Wahlrecht der Parteien geben sollte, müssten **Kollisionsregeln eingeführt** werden.*

Eine **Öffnungsklausel** für Mitgliedstaaten ist erforderlich zur Regelung der Voraussetzungen, unter denen eine beantragte Eigenverwaltung abzulehnen -und daher ein Verwalter zu bestellen ist (Beispielsweise ordnungsgemäße Buchhaltung etc.). Der Missbrauchsgefahr könnte auch durch eine **Parallelität der Verfahren** begegnet werden, etwa dadurch, dass ein Gläubiger die Möglichkeit erhält, den Antrag auf ein Regelverfahren zu stellen und damit das Liquidationsverfahren des Kleinunternehmens auszuschließen.

III. Im Einzelnen

Zu Art. 38 Abs. 2 – Insolvenzgründe

Aus Sicht des DAV sollte es den Mitgliedsstaaten überlassen bleiben, das Verfahren nur bei bestimmten Insolvenzgründen einzuführen oder auch bei weiteren bzw. allen nach nationalem Recht geltenden Insolvenzgründen (**wie z.B. bei Überschuldung**).

Sollte die Überschuldung bei Unternehmen, die als Kleinstunternehmen definiert werden, kein Insolvenzgrund sein, gäbe es insoweit auch **keine Sanktionierung der Geschäftsleiter** durch persönliche Haftung und das Strafrecht mehr, wenn diese nicht in der Lage waren, die nächsten zwölf Monate richtig vorherzusehen. Die Haftung griffe dann nur bei Verschleppung nach erkannter Zahlungsunfähigkeit.

DAV-Vorschlag zu Art. 38 Abs. 2

Öffnungsklausel für die Aufnahme anderer Insolvenzgründe bzw. zumindest der Beibehaltung der bisherigen Definitionen der Zahlungsunfähigkeit.

Wie beim spanischen Vorbild sollte der Schuldner den Antrag auch auf drohende Zahlungsunfähigkeit stützen dürfen und ggf auch auf Überschuldung.

Zu Art. 38 Abs. 3 – Keine Abweisung masseloser Verfahren

Die Auffassung des DAV ist geprägt durch die Erfahrung mit masselosen Verfahren in Deutschland: Nach Titel VI des Entwurfs soll die Abweisung eines Verfahrens mangels Masse, (in Deutschland sind das wohl 30% der Fälle bei Unternehmensinsolvenzen!) also Verfahren ohne jede Aufsicht vermieden werden. Stattdessen soll eine Liquidation durch den Schuldner (=Eigenverwaltung) ohne großen bürokratischen Aufwand unter Kontrolle der zuständigen Behörde (mutmaßlich des Insolvenzgerichts) durchgeführt werden.

In Deutschland ist *de lege lata* eine kontrollierte Liquidation aufgrund der aufwendigen Bürokratie ohne Verwalter kaum durchführbar (z.B. Abwicklung aller Arbeitsverhältnisse, Abgabe aller Steuererklärungen und Bilanzen u.a.). Ein diese

Aufgaben übernehmender Verwalter muss dann aber auch für den Aufwand angemessen vergütet werden. Insoweit schweigt sich der Vorschlag der Kommission leider dazu aus, wer diese Aufgaben dann übernehmen soll.

DAV-Vorschlag zu Art. 38 Abs. 3

Alternative für Abweisung von Verfahren mangels Masse: *Es könnte ein vorläufiges Verfahren (in Eigenverwaltung mit oder ohne Gläubigerantrag) oder ein Antragsverfahren mit Gutachtensauftrag ohne Verfahrenseröffnung genügen, um die Erfordernisse des Kommissionsvorschlages in Deutschland umzusetzen.*

Zu Art.- 39 und Art. 43 – Insolvenzverwalter / Schuldner in Eigenverwaltung

Der DAV steht der Eigenverwaltung grundsätzlich und weiterhin positiv gegenüber. Die praktische Erfahrung mit einer wachsenden Anzahl von Verfahren in Eigenverwaltung hat in Deutschland aber gezeigt, dass diese Form der Insolvenzverfahren sich nur dann eignet, wenn sie sorgfältig vorbereitet werden und insbesondere eine Planung vorliegt. Je kleiner die Unternehmen sind, desto ungeeigneter sind sie in der Regel für die Eigenverwaltung. Es eignen sich grundsätzlich lediglich redliche Unternehmen mit ordnungsgemäßer Unternehmensorganisation, insbesondere mit:

- aktueller Bilanz
- aktueller laufender Buchhaltung
- Gläubigerliste
- Vermögensverzeichnis
- aktuellen Steuerklärungen
- Keine Rückstände bei Steuern und Sozialversicherung

Um für die Gläubiger zu vorhersehbaren und nachvollziehbaren Ergebnissen zu kommen, eignen sich mithin nur solche Verfahren über Kleinunternehmen für eine Eigenverwaltung, bei denen insbesondere die Buchhaltung *a jour* ist und bei denen bei Erfüllung der Pflichten gegenüber den Finanzbehörden und Sozialversicherungen keine (strafbewerten) wesentlichen Versäumnisse vorliegen.

DAV-Vorschlag zu Art. 39 und Art. 43

*Der DAV hält es daher für angebracht eine **Öffnungsklausel** für die Mitgliedstaaten zu fordern. Demnach sollen diese grundsätzlich bei dem System einer Verwalterbestellung auch bei Kleinstunternehmen bleiben können.*

Nur bei ordnungsgemäßer Unternehmensorganisation soll ausnahmsweise eine Eigenverwaltung angeordnet werden und unter die Aufsicht eines Sachwalters und nicht des Gerichtes oder einer Behörde gestellt werden.

Die Eingangsvoraussetzungen für die Anordnung einer Eigenverwaltung sollten daher analog zur InsO geregelt werden. Zudem sollten bei der Eigenverwaltung von Kleinstunternehmen noch weitere Anforderungen an die Redlichkeit des Schuldners gestellt werden (siehe oben). Andernfalls sollte ein Verwalter bestellt werden.

Die Eigenverwaltung sollte unter Aufsicht eines Sachwalters gestellt werden, der die Aufgaben der Überwachung und Unterstützung, Tabellenführung, Anfechtung, Haftung und Verteilung übernimmt.

Zu Art. 38 Abs. 4 und 39 – Finanzierung

Um masselose Verfahren zu finanzieren, wäre eine Finanzierung über die Justizhaushalte denkbar. Nach französischem Vorbild wäre eine solche Finanzierung aus einem gemeinsamen bzw. mittelbar von den Gläubigern gespeisten Vermögen möglich. Vor dem Hintergrund des bereits Ausgeführten könnte damit insbesondere die Vergütung eines Sachwalters im Fall der Eigenverwaltung von Kleinstunternehmen finanziert werden. Insoweit könnten die Gerichtskosten insgesamt leicht erhöht werden und ein Teil der Gerichtskosten zur Finanzierung der masselosen Verfahren Verwendung finden.

Da die Eigenverwaltung nach Auffassung des DAV der Ausnahmefall bleiben sollte und hohe Anforderungen wie eine Buchhaltung *à jour* an ihn geknüpft sind, tritt die Frage der Finanzierung vor allem in den Vordergrund, wenn aufgrund nicht ausreichender Unternehmensorganisation ein Insolvenzverwalter bestellt wird. Dessen Kosten können nach Art. 39 b) aus der Insolvenzmasse oder von der Partei finanziert werden, die die Bestellung beantragt hat.

DAV-Vorschlag zu Art. 38 Abs. 4

Zur Gegenfinanzierung masseloser Verfahren in Eigenverwaltung könnten die Gerichtskosten für massereiche Insolvenzverfahren angehoben werden.

Nota bene: Zur Gegenfinanzierung masseloser Verfahren und zur Mindestvergütung

Das generelle Konzept, massearme bzw. künftig ggf. auch masselose Verfahren quer zu subventionieren, ist nicht neu. Auch im Hinblick auf die Verwaltervergütung nach der hiesigen InsVV findet sich die Idee, dass höhere Vergütungen bei größeren Verfahren einen Ausgleich zu geringeren Vergütungen bei der Höhe der Insolvenzmasse nach kleineren Verfahren, die oft für den einzelnen Verwalter nicht auskömmlich sind, leisten sollen. In Frankreich legen alle Verwalter Ihre Gelder wiederum bei einer zentralen Hinterlegungsbank an und die so erwirtschafteten Zinserträge dienen dann auch der Bestreitung der Mindestvergütung von Verfahren ohne Masse. Entsprechend werden dort auch Verfahren schon heute nicht mangels Masse abgewiesen. Insoweit wird in beiden Konzepten die Quersubventionierung im Ergebnis von den Gläubigern aller Verfahren getragen, das umfasst hiesige wie ausländische Gläubiger. Da diese Gesamtheit auch die Vorteile einer professionellen Verfahrensabwicklung erhält, ist es sachgerecht, die Quersubvention auch der Gläubigerschaft insgesamt und nicht etwa dem Fiskus oder dem Steuerzahler aufzuerlegen.

Was nun die Mindestvergütung für an sich masselose Verfahren betrifft, sollte diese nicht unter der sich schon *de lege lata* nach der InsVV ergebenden faktischen Mindestvergütung liegen. Nach unserer Befragung² werden hierzulande Verfahren nur dann eröffnet, wenn mindestens Insolvenzmassen von 3.000,00 bis 5.000,00 Euro zu erwarten sind. In diesen Fällen beträgt dann die Vergütung des Sachverständigen maximal 1.000,00 Euro (wenn nicht weniger) und die des Verwalters ca. 2.000,00 Euro. Die übrige Masse wird dann in der Regel für Masseverbindlichkeiten verbraucht, aber immerhin findet ein Ordnungsverfahren statt. Eine geringere Vergütung wäre jedenfalls nicht auskömmlich. Es sollte dann auch eine Diskussion stattfinden, ob massearme,

² Nicht repräsentative, gleichwohl realistische Einschätzung auf Basis konkreter Erfahrung einzelner Mitglieder des DAV, die entweder selbst schon hunderte von Insolvenzeröffnungsgutachten geschrieben haben oder in Kanzleien sind, die sehr viele Verfahren betreuen.

jedenfalls masselose Verfahren als „*Verfahren light*“ geführt werden könnten, bei denen der Verwalter weniger (etwa steuerliche) Pflichten hat und die Frist für die Anmeldung der Forderungen beschränkt würde. So könnte sich auch hier die Effizienz steigern lassen, da Verfahren dann schneller und mit weniger Masseverbindlichkeiten abgewickelt werden könnten. Zugleich würde man dem Petitum nach professionell kontrollierten Verfahren und auch dem Ansatz einer Verfahrensvereinfachung nachkommen.

Zu Art. 41 – Antragstellung

Um das vereinfachte Liquidationsverfahren zu beantragen, muss der Schuldner eine Übersicht der bestehenden Sicherheiten sowie der bestehenden Verträge im Rahmen eines Standardformulars vorlegen. Nach dem Richtlinienvorschlag fehlen aktuell noch Regelungen zum Umgang mit bereits anhängigen Rechtsstreitigkeiten, sowie zum Forderungseinzug.

Aus dem Entwurf geht auch nicht hervor, welche Rechtsfolgen eintreten, sollte ein Schuldner unvollständige Unterlagen vorlegen.

DAV-Vorschlag zu Art. 41

Der DAV empfiehlt den Katalog des Standardformulars um datenschutzkonforme E-mailadressen zu erweitern und Rechnungsnummern, sowie Bankverbindung für eine bessere Verteilung aufzunehmen. Sollte ein Schuldner seine Unterlagen nicht vollständig vorlegen, so sollte nach Ablauf einer ihm zu setzenden Frist automatisiert ins Regelverfahren übergegangen werden. Denn würde sein Antrag als unzulässig angesehen werden, unterliegt er aufgrund der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages einem direkten Haftungsrisiko.

*In Art. 41 Abs. 4 wäre zudem aufzunehmen, dass der Schuldner **Kontoauszüge für drei bis sechs Monate** vorlegen muss, um einen besseren Anknüpfungspunkt zu haben. Außerdem sollte er **Angaben zu Veräußerungen und Vermögensübertragungen** im Zeitraum von sechs Monaten **vor Antragstellung** machen.*

Unter Art. 41 Abs. 4 lit. f) sollte es zum besseren Verständnis über das tatsächliche Bestehen von Sicherungsrechten heißen:

*„Angabe, ob für eine bestimmte Forderung eine dingliche Sicherheit oder Eigentumsvorbehalt **besteht** und wenn ja, welche Vermögenswerte Gegenstand der Sicherheit sind“*

Folgt man dem Vorschlag des DAV, wonach nur wie oben dargestellt redliche Schuldner ein Verfahren in Eigenverwaltung führen dürfen, wären gegebenenfalls noch weitere Unterlagen dem Antrag beizufügen.

Zu Art. 46 – Tabellenführung

Unter der Annahme, dass in Kleinstverfahren die überwiegende Anzahl der Forderungen aufgrund einer schriftlichen Eingabe des Schuldners gem. Art. 16 Abs. 1 als angemeldet gilt und in der Tabelle geführt wird, gilt zu beachten, dass eine Tabellenführung komplex und verantwortungsvoll ist. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass rechtskräftige Titel geschaffen werden. Zur Verhinderung von Missbrauch ist eine „friends & family“-Tabelle dringend zu vermeiden.

DAV-Vorschlag zu Art. 46

Aufgrund der Komplexität, die eine Tabellenführung mit sich bringt, sollte sie extern von einem Verwalter oder bei zur Eigenverwaltung geeigneten Unternehmen vom Sachwalter geführt werden. Gläubiger sollen daneben beantragen können, dass bei einem berechtigten Verdacht auf anfechtbare Handlungen in das Regelverfahren gewechselt wird.

Zur Anfechtung in Kleinstverfahren

Problematisch ist, dass Gläubiger die Anfechtungsgründe nicht selbst ermitteln können. Für eine solche Ermittlung wäre der Zugang zu den Unternehmensunterlagen notwendig. Nur auf dieser Grundlage könnten Gläubiger den Eintritt einer (teilweisen) Krise und gegebenenfalls weitere Anfechtungsvoraussetzungen wie Vorsatz beweisen.

Ohne Gutachter oder Verwalter ist die Sachverhaltsaufklärung für Gläubiger in der Praxis unmöglich. Für die Einbeziehung eines objektiven Organs spricht, dass Insolvenzverwalter und Sachwalter entsprechende Auskunftsansprüche durchsetzen können.

Darüber hinaus unterliegen Gläubiger möglichen Interessenskonflikten bei der Geltendmachung von Anfechtungsrechten. Dies gilt auch dann, wenn sie mehr Möglichkeiten erhalten sollten, Vermögenswerte der Schuldner aufzuspüren.

DAV-Vorschlag

Nach Auffassung des DAV, sollten Gläubiger Anfechtungen nicht selbstständig im eigenen Namen vornehmen können. Diese Aufgabe sollte entweder Insolvenzverwaltern oder bei Eigenverwaltung der Kleinstunternehmen dem Sachwalter zugewiesen werden.

Zu Art. 49 – Verfahren

Es gilt zu klären, wer die **Verwertung** künftig **betreiben** soll. Nach dem Wortlaut der Richtlinie soll die Verwertung über „die zuständige Behörde“ erfolgen. Dabei ist nicht näher konkretisiert welche Justiz- oder Verwaltungsbehörde mit der Durchführung betraut werden soll. Der DAV geht davon aus, dass in Deutschland das Insolvenzgericht zuständig wäre und die Verwertung durch Richter oder Rechtspfleger erfolgen soll. Die Annahme beruht darauf, dass nach Auffassung des DAV Insolvenzverwalter und Sachwalter jedenfalls nicht vom Behördenbegriff der Richtlinie umfasst sein sollen und damit auch zur Verwertung befugt sind.

Da aber nach Auffassung des DAV von der Bestellung eines Insolvenzverwalters nur unter bestimmten Voraussetzungen abgesehen werden soll, stellt sich die Frage, ob **Verwalter** die Verwertung künftig ebenfalls über die in der Richtlinie vorgesehenen **Plattformen** vornehmen müssen.

DAV-Vorschlag zu Art. 49

*Sollte eine Verwertung nur von den „Behörden“ und damit nur durch Gerichte erfolgen, so rät der DAV zu einer **Öffnungsklausel** für Mitgliedstaaten, dass Verwalter ebenfalls verwerten dürfen. Die Verwertung erfolgt dann über den Insolvenzverwalter oder bei sich zur Eigenverwaltung eignenden Unternehmen über einen Sachwalter.*

*Daneben sollte eine Öffnungsklausel aufgenommen werden, die den Mitgliedstaaten eine eigene **Bestimmung des Behördenbegriffs** ermöglicht.*

Zu Art. 50 - Elektronisches Auktionssystem

Die Kommission geht von einer Regelverwertung über ein neu zu schaffendes elektronisches System aus. Das elektronische Verfahren wäre bei einfachen Verwertungsverfahren möglich. Der DAV schätzt das elektronische Verfahren bei komplexen Verwertungen als ungeeignet ein. Denn bei **komplexeren Verwertungen** wie z.B. der Verwertung von computergesteuerten Maschinen oder Computern, die aufgrund des Abbaus und Transport, der Einhaltung des Datenschutzes, der Abwicklung von Versicherungen, Rechnungsstellungen mit Umsatzsteuerausweis oder Gewährleistungsrechten **noch zu organisieren** sind oder ggf. ein Forderungseinzug, die Abrechnung von Aus- und Absonderungsrechten, die Entgegennahme des Erlöses auf einem freien Verfahrenskonto oder Verbuchungen u.a. ausstehen, wäre eine Abwicklung über das elektronische Verfahren aufgrund der komplexen Details unüberschaubar und in der Praxis nicht umsetzbar.

DAV-Vorschlag zu Art. 50

*Daher ist eine **Öffnungsklausel** für die Mitgliedstaaten zu fordern, kein zwingendes Auktionsverfahren durchführen zu müssen.*

E. TITEL VII

Anforderungen zur Verbesserung der Vertretung von Gläubigerinteressen im Verfahren durch Gläubigerausschüsse

Die zum Teil sehr detaillierten Regelungen entsprechen in (weiten) Teilen der deutschen Rechtslage und Praxis.

Der DAV befürwortet die Harmonisierung in diesem Bereich und die sich aus dem Entwurf ergebenden Änderungen bzw. Ergänzungen grundsätzlich. Bei einigen Regelungen bzw. vor dem Hintergrund einiger Regelungen sollten in der Richtlinie noch Klarstellungen erfolgen.

Unklar ist insbesondere, ob nur Gläubiger als Mitglieder des Ausschusses bestellt werden können. Die Bestellung von Personen, die selbst keine Gläubiger sind, aber die Interessen einer Gläubigergruppe oder auch einer anderen von der Insolvenz betroffenen Gruppe (insbesondere der Arbeitnehmer) sachgerecht vertreten können, sollte weiterhin möglich sein.

Der Entwurf sieht eine aus Sicht des DAV grundsätzlich zu begrüßende Beschränkung der Haftung der Mitglieder vor. Demnach sollen die Mitglieder bei leichter Fahrlässigkeit grundsätzlich nicht haften. Diese Haftungsbeschränkung soll nicht gelten bei betrügerischen Handlungen und bei Verstoß gegen Treuepflichten gegenüber den Gläubigern [Anmerkung: der englische Text spricht von „*fiduciary duty*“, die deutsche Fassung von „treuhänderischen Pflichten“].

Damit bleibt unklar, bei welchen Pflichten der Mitglieder es sich um Treuepflichten gegenüber den Gläubigern (ohne Haftungsprivilegierung) oder um sonstige Pflichten (mit Haftungsprivilegierung) handelt.

Der Entwurf lässt zu, dass Rechtshandlungen der Verwaltung einer Zustimmung des Gläubigerausschusses bedürfen. Dass nach Art. 67 RLE Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Gläubigerausschusses möglich sein sollen, ist insoweit kritisch zu sehen, als dies gerade bei zeitkritischen Verwertungsmaßnahmen zu Unsicherheit und Verzögerungen führen kann. Dies wäre nicht im Sinne des durch den RLE geforderten

Effizienzgebots und steht auch im Widerspruch zum Vorschlag für das *Pre-pack*-Verfahren, bei dem nach dem RLE die Beteiligung eines Gläubigergremiums nicht einmal vorgesehen ist.

Unabhängig von der grundsätzlich vom DAV abgelehnten Rechtsmittelmöglichkeit bleiben in diesem Zusammenhang im RLE ohnehin viele Fragen offen, die zumindest bei der Umsetzung der Richtlinie vom nationalen Gesetzgeber zu klären wären:

- Wer ist berechtigt, Rechtsmittel einzulegen?
- Welche Voraussetzungen bestehen, wie z.B. eine Beschwer bzw. die Geltendmachung oder das Glaubhaftmachen (wesentlicher) Nachteile für den Antragsteller oder die Gesamtheit der Gläubiger?
- Ist die Ausgangsentscheidung immer oder nur bei Einlegung des Rechtsmittels vom Gläubigerausschuss oder der Verwaltung zu begründen?
- Innerhalb welcher Frist ist das Rechtsmittel einzulegen?
- Hat das Rechtsmittel aufschiebende Wirkung und wie lässt sich eine solche mit einer etwaigen Eilbedürftigkeit vereinbaren?
- Wer entscheidet über das Rechtsmittel – das Insolvenzgericht?

Es erscheint sachgerecht, dass sich der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung an § 78 InsO orientiert. § 78 InsO ermöglicht heute schon, dass das Insolvenzgericht einen Beschluss der Gläubigerversammlung, der dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger widerspricht, auf Antrag eines absonderungsberechtigten Gläubigers, eines nicht nachrangigen Insolvenzgläubigers oder des Insolvenzverwalters aufhebt.