



Distressed Ladies e.V. Friedberger Anlage 10, 60314 Frankfurt a.M.

An das Bundesministerium der Justiz
11015 Berlin

DISTRESSED LADIES
Women in Restructuring e. V.
Friedberger Anlage 10
60314 Frankfurt am Main

Per E-Mail: RA6@bmj.bund.de

Frankfurt a. M., den 28. Februar 2023

Stellungnahme des Distressed Ladies – Women in Restructuring e.V. zum Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts (COM (2022) 702 final)

Sehr geehrter Herr Bornemann,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 30. Januar 2023 und kommen hiermit gerne Ihrer Bitte zur Abgabe einer Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts (COM (2022) 702 final) – nachfolgend „RL-Vorschlag“ – nach. Unser Verein „Distressed Ladies – Women in Restructuring“ e.V. ist eine Expertinnen-Vereinigung aus relevanten Fachbereichen rund um die Restrukturierung und Sanierung von Unternehmen: Rechts- und Wirtschaftsberatung, Insolvenzverwaltung, Bankwesen, Interim Management, Corporate-Finance-Beratung sowie Investorinnen. Wir sind in den zwei Chapters – Insolvenzverwaltung und Restrukturierungsberatung – organisiert, um dadurch bestmöglich die Interessen unserer Insolvenzverwalterinnen und Restrukturierungsberaterinnen z.B. im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren und öffentlichen Diskussionen zu vertreten.

Dies vorausgeschickt haben wir uns bewusst auf die beiden – ebenfalls von Ihnen als von besonderem Interesse hervorgehobenen – Verfahrensvarianten des Pre-pack-Verfahrens (siehe unter Ziff. I. als Stellungnahme des Chapters Restrukturierungsberatung) sowie des vereinfachten Liquidationsverfahrens für Klein(st)unternehmen (siehe unter Ziff. II. als Stellungnahme des Chapters Insolvenzverwaltung) beschränkt.

I. Pre-pack-Verfahren (Art. 19 bis 35 des RL-Vorschlags)

Wir begrüßen die Einführung eines neuen Pre-pack-Verfahrens, das nach unserem Dafürhalten ein weiteres Instrument im Sanierungsbaukasten und einen Anreiz zur frühen Lösungsfindung und Vorbereitung eines (distressed) Verkaufsprozesses ohne Insolvenzstigma schafft. So kann durch eine nicht öffentliche Vorbereitungsphase im Rahmen eines Pre-pack-Verfahrens – anstelle eines öffentlich bekannten vorläufigen Insolvenzverfahrens – vermieden werden, dass beispielsweise Vertragspartner auf Vorkasse umstellen und beim Abschluss neuer Verträge zögern. Vielmehr kann der Geschäftsbetrieb ungestört fortgesetzt werden und dadurch für die Gläubiger im Ergebnis ein höherer Erlös erzielt werden als im regulären Insolvenzverfahren. Der Nachteil, dass dadurch keine Vorfinanzierung der Löhne und Gehälter über das Insolvenzausfallgeld in dieser Vorbereitungsphase im Rahmen des Pre-pack-Verfahrens möglich ist, scheint durch die genannten Vorteile verkraftbar. Dadurch, dass ein Sachwalter bestellt wird, werden im Pre-pack-Verfahren die Gläubigerinteressen, für deren bestmögliche Befriedigung dieser Sachwalter dann im nachgelagerten Liquidationsverfahren als Insolvenzverwalter zuständig ist, gewahrt. Zugleich können aber Anfechtungsrisiken, die Verkäufe im Vorfeld einer Insolvenz oftmals erschweren, vermieden werden und eine rechtssichere Veräußerung wird ermöglicht. Vielfach konnten in der Vergangenheit Unternehmensteile nicht veräußert – und damit oftmals auch nicht saniert – werden, weil aufgrund der unternehmensinternen Verflechtungen die Anfechtungsrisiken zu groß waren. Gegebenenfalls könnten hier wie im StaRUG noch Regelungen ergänzt werden, um auch im Hinblick von konzerninternen Verflechtungen Rechtssicherheit zu schaffen.

Das Pre-pack-Verfahren bietet auch deshalb ein weiteres willkommenes Sanierungsinstrument, weil beispielsweise für Großkonzerne sowie für zahlreiche Private Equity-Gesellschaften oftmals aufgrund interner Policy-Regelungen ein „klassischer“ Kauf aus der Insolvenz ausgeschlossen oder zumindest erschwert wird. Des Weiteren werden bekanntlich durch eine frühzeitige Einleitung eines M&A-Prozesses erheblich Vermögenswertverluste des betroffenen Unternehmens verhindert. Mit dem neuen Pre-pack-Verfahren könnte möglicherweise auch den spekulativen Investoren, die erst in einer Insolvenz Assets zu einem deutlich reduzierten Preis erwerben wollen und deshalb möglicherweise den Verkaufsprozess ohne Not hinauszögern, der Handlungsspielraum genommen werden.

Der bereits etablierte Prozess der übertragenden Sanierung, bei dem im vorläufigen Insolvenzverfahren ein Investorenprozess unter Mitwirkung und Zustimmungsvorbehalt des vorläufigen Insolvenzverwalters durchgeführt, die Transaktion aber meist erst mit der Eröffnung des Verfahrens vollzogen wird, ist von den Zielen des Pre-pack-Verfahrens deutlich zu unterscheiden und abzugrenzen. Insbesondere muss es eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten des Sachwalters gegenüber dem bisherigen vorläufigen Insolvenzverwalter geben. Je umfassender die Kompetenzen des Sachwalters sind, desto weniger Anreize haben die Investoren, ein Pre-pack-Verfahren zu begleiten. Schließlich fehlt in Deutschland aktuell nach wie vor eine vorinsolvenzliche Möglichkeit der Restrukturierung von unprofitablen Verträgen. Diese Möglichkeit enthält das StaRUG explizit nicht.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen wird jedoch deutlich, dass das Pre-pack-Verfahren, in dem die Geschäftsführung ohnehin weiterhin die leitende Funktion innehat, jedenfalls trotz der Unterschiede mit nur wenigen Anpassungen in den bisherigen Rahmen eines deutschen Insolvenzverfahrens integriert werden kann. So könnte beispielsweise die Vorbereitungsphase als Alternative zum vorläufigen Eigenverwaltungs-verfahren gestaltet werden. Klar geregelt sein müsste allerdings, dass es eine Alternative und nicht eine Art des vorläufigen Insolvenzverfahrens ist. Gemäß Art. 22 Abs. 4 des RL-Vorschlags soll der Schuldner auch während der Vorbereitungsphase die Kontrolle über das Unternehmen behalten. Ergänzt wird diese Gestaltungsmöglichkeit durch das in Art. 23 des RL-Vorschlags vorgesehene Moratorium, welches ähnlich § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO oder aber auch begrenzt auf einzelne Vertragspartner wie im StaRUG geregelt werden könnte.

Wir sehen auch nicht die Gefahr, dass die bisherige Praxis der Insolvenzplanverfahren durch das Pre-pack-Verfahren eingeschränkt oder konterkariert wird. Der Schuldner könnte unter Mitwirkung des Investors auch außerhalb des Pre-pack-Verfahrens den Insolvenzplan vorbereiten und mit der Insolvenzantragstellung oder auch später im Insolvenzverfahren dem Insolvenzgericht vorlegen. Es ergibt sich durch das Pre-pack-Verfahren nur eine zusätzliche Möglichkeit – wie sie ohnehin derzeit verbreitet von der Praxis gefordert wird.

1. Zugangsvoraussetzungen und flankierende Maßnahmen

Der RL-Vorschlag lässt offen, unter welchen konkreten Voraussetzungen das Unternehmen überhaupt Zugang zu einem Pre-pack-Verfahren erlangen kann. Da es sich letztlich um ein Restrukturierungsverfahren in Eigenregie mit Zuordnung eines Sachwalters handelt, wäre zu überlegen, ob es insoweit auch eine Angleichung an die Zugangsvoraussetzungen zum StaRUG und Eigenverwaltungsverfahren nach deutschem Recht geben sollte. Damit würde auch verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung getragen. Der Antrag auf ein Pre-pack-Verfahren könnte dann bei Gericht eingereicht werden, wenn entweder drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt, Überschuldung aber wohl auch im Stadium der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit. Im Antrag müsste dargelegt werden, dass ein laufender Verkaufsprozess mit überwiegender Wahrscheinlichkeit im Rahmen des Pre-pack-Verfahrens erfolgreich abgeschlossen werden kann (z.B. Darstellung des aktuellen Stands des M&A-Prozesses, insb. der Verhandlungen mit den Investoren) und die Liquidität für diesen Zeitraum sichergestellt ist (fundierte Darstellung der Finanzierungsquellen, welche die Fortführung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs und die Deckung der Kosten des Verfahrens in diesem Zeitraum sicherstellt). Um Missbrauch vorzubeugen und dem Gläubigerschutz gerecht zu werden, wäre eine Bestätigung eines geeigneten M&A-Beraters über die Erfolgsaussichten des Investorenprozesses empfehlenswert sowie dessen Bestätigung, dass der Verkaufsprozess wettbewerbsbestimmt, transparent und fair ist und den Marktstandards entspricht. Insoweit könnten die Anforderungen an die vom EUGH im Rahmen von Rückforderungen europarechtswidriger Beihilfen entwickelten Grundsätze angelehnt werden. Nur

dann wäre auch die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht und die Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen gerechtfertigt.

2. Zuständiges Gericht

Aufgrund der notwendigen Bewertung der Zugangsvoraussetzungen, der in Art. 21 des RL-Vorschlags vorgegebenen ausschließlichen gerichtlichen 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 Art. 28 betreffen und der in Art. 26 vorgesehenen gerichtlichen Genehmigung des Verkaufs halten wir es für zwingend, dass es eine Zuständigkeitskonzentration auf die für Restrukturierungsverfahren nach dem StaRUG zuständigen Gerichte vorgesehen wird.

3. Rolle und Aufgaben des Sachwalters

Um Rechtssicherheit und Akzeptanz des Pre-pack-Verfahrens zu schaffen, muss es eine deutliche Abgrenzung der Zuständigkeit des Sachwalters gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter geben.

Dafür spricht auch, dass der Sachwalter vom Gericht auf Antrag des Schuldners bestellt wird (Art. 22 Abs. 1). Es bleibt abzuwarten, ob der Sachwalter in der Praxis regelmäßig vom Schuldner oder vom Investor vorgeschlagen und in das Pre-pack-Verfahren mitgebracht wird. Es ist zudem fraglich, ob sich bei den örtlichen Gerichten entsprechende „Sachwalter-Listen“ durchsetzen oder ob Schuldner regelmäßig durch ihre Berater mit Sachwaltern in Verbindung gebracht werden. Der Sachwalter muss gemäß Art. 22 Abs. 2 unter anderem begründen, inwiefern der Verkaufsprozess den Marktstandards entspricht, sodass eine Expertise im M&A-Bereich erforderlich ist.

Bemerkenswert ist außerdem, dass es – sofern erforderlich – gemäß Art. 33 Abs. 1 a) dem Sachwalter bzw. dem Insolvenzverwalter obliegt, eine möglichst günstige Zwischenfinanzierung für den Schuldner zu organisieren. Im Pre-pack-Verfahren steht die Kontrolle eigentlich dem Schuldner zu, insofern sollte die Aufgabe des Sachwalters auf dessen Zustimmung zur Zwischenfinanzierung (nicht aber deren Organisation) begrenzt sein. Hier sollte in der finalen Fassung der Richtlinie eine entsprechende Klarstellung erfolgen. Solange das Pre-pack-Verfahren (in Eigenverwaltung mit Sachwalter) läuft und das Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet ist, besteht unseres Erachtens kein Bedarf für die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters. Vielmehr hat das Pre-pack-Verfahren gerade die Chance, die negativen Auswirkungen eines vorläufigen Insolvenzverfahrens auf das schuldnerische Unternehmen und dessen Vermögen zu verhindern. Solange die oben genannten Voraussetzungen des Pre-pack-Verfahrens gegeben sind (was laufend vom Sachwalter zu prüfen ist), besteht keine Veranlassung, Sicherungsmaßnahmen im Rahmen eines vorläufigen Insolvenzverfahrens anzuordnen. Dadurch böte sich wirklich die Chance, im Pre-pack-Verfahren das Insolvenzstigma zu vermeiden. Auch kann dadurch mit dem Pre-pack-Verfahren der Forderung aus

der Praxis nach einem weiteren Verfahren zwischen StaRUG und Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung Rechnung getragen werden.

4. Grundsätze für den Verkaufsprozess

In dem Entwurf sind diverse Prinzipien des Verkaufsprozesses verankert, insbesondere das Fairnessgebot, Transparenzgebot und die Einhaltung der Gläubigerinteressen. Diese Prinzipien entsprechen ohnehin den allgemeinen Grundsätzen eines ordnungsmäßigen Investorenprozesses. Eine Gläubigerbenachteiligung könnte im Rahmen der Transaktion insbesondere aufgrund der Höhe und der konkreten Gestaltung des Kaufpreises im Einzelfall zu befürchten sein. Es bleibt abzuwarten, wie in der Praxis damit umgegangen wird, insbesondere, ob entsprechende Fairness-Opinions eingeholt werden, die die Angemessenheit des Kaufpreises belegen. Dem dürfte der Zeitdruck eines Pre-pack-Verfahrens jedoch entgegenstehen. Dadurch soll nämlich ein schnelleres und effizienteres Abwicklungsverfahren im Falle einer Insolvenz ermöglicht werden. Zumal nicht von vorneherein und ohne weitere Darlegung davon ausgegangen werden kann, dass der Erlös bei einem Verkauf der Assets im Rahmen eines Regelinsolvenzverfahrens niedriger wäre als im Pre-pack-Verfahren. Als Vergleichsszenario kann lediglich eine Einzelverwertung herangezogen werden.

Besondere Relevanz wird vermutlich in diesem Zusammenhang der Art. 35 erlangen, der die Nichtberücksichtigung eines weiteren Angebots vorsieht, wenn andernfalls ein Verzögerungsschaden einzutreten droht. Die Einschätzung und damit am Ende auch die Beweislast für entsprechende drohende Schäden dürfte wohl dem Sachwalter obliegen, was wiederum seine Position in diesem Verfahren stärkt. Allgemein ist eine solche Öffnungsklausel im Hinblick auf die Behandlung von Angeboten sehr sinnvoll, da dadurch in Einzelfällen Rechtsunsicherheiten aufgefangen und tatsächlich drohende Schäden vermieden werden können. Die Nichtbeachtung weiterer Angebote ist in diesen Konstellationen auch nicht mit einer Forderung nach Exklusivität gleichzusetzen, woran Investoren häufig ein großes Interesse haben. Vielmehr steht der Gläubigerschutz durch Erhalt der Insolvenzmasse im Vordergrund.

5. Gläubigerbeteiligung

Der RL-Vorschlag sieht keine Beteiligung eines Gläubigerausschusses oder ähnliches vor. In Art. 34 Abs. 1 ist lediglich vorgesehen, dass die Gläubiger oder ein Teil davon vor der gerichtlichen Genehmigung (Art. 26 Abs. 1) oder Ausführung des Verkaufsprozesses durch das Gericht gehört werden sollen. Das Recht auf rechtliches Gehör ist sicherzustellen.

Eine ausdrückliche Einbindung eines Gläubigerausschusses in einem frühen Stadium des Verkaufsprozesses, insbesondere im Hinblick auf die Auswahl des Angebots, soll nach unserem Dafürhalten nicht der Regelfall sein, trotzdem kann eine solche Möglichkeit vorgesehen werden. Eine entsprechende Vorschrift des nationalen Gesetzgebers wäre unserer Auffassung nach trotz fehlender ausdrücklicher Regelung im RL-Vorschlag auch möglich und stünde diesem nicht

entgegen. Immerhin ist der Schutz der Gläubigerinteressen eines der Grundsätze des Pre-pack-Verfahrens. Eine aktive Beteiligung jedenfalls einer Auswahl der Gläubiger würde dem in angemessener Weise gerecht werden.

6. Behandlung von laufenden Verträgen und Kündigungsmöglichkeiten

Besonders attraktiv wird das Pre-pack-Verfahren zum einen durch die Möglichkeit der Vertragsübernahme ohne Zustimmung des Vertragspartners und zum anderen durch die Kündigungsmöglichkeit von laufenden Verträgen sein (Art. 27). Üblicherweise ist das ein großer Nachteil der im Insolvenzverfahren üblichen Asset Deals (übertragende Sanierung). Zunächst müssen wesentliche Verträge identifiziert und sodann die Zustimmungen von den Vertragspartnern eingeholt werden. Da weder die InsO noch das StaRUG eine entsprechende Regelung kennen, bleibt abzuwarten, wie der nationale Gesetzgeber die Regelung umsetzen wird. Die einseitige Änderung der Vertragsparteien stellt einen erheblichen Eingriff in die Vertragsautonomie dar, der aber durch angemessene gesetzliche Gestaltung verfassungskonform geregelt werden kann. Denkbar wäre etwa ein Widerspruchsrecht des Vertragspartners für den Fall, dass er darlegen kann, dass ihm die Person des Übernehmers als neuer Vertragspartner unzumutbar ist (ähnliche Schwelle wie für die Kündigung aus wichtigem Grund, der in der Person des Vertragspartners liegt).

7. Fazit zum Pre-pack-Verfahren

Insgesamt bietet die Möglichkeit der Übertragung der Verträge ohne Zustimmung des jeweiligen Vertragspartners sowie die erleichterten Kündigungsmöglichkeiten eine ganz neue Sanierungsmöglichkeit im deutschen Markt. Der nationale Gesetzgeber hat mithin die Chance, die häufig kritisierte fehlende Regelungslücke im Rahmen des StaRUG-Verfahrens „nachzuholen“.

Des Weiteren wird das Pre-pack-Verfahren auch wegen des in Art. 28 vorgesehenen schuldenfreien Erwerbs an Attraktivität gewinnen, da Investoren in der Regel ein gesteigertes Interesse daran haben werden, die Assets ohne Altverbindlichkeiten zu erwerben.

Konkreten Anpassungsbedarf im Richtlinienentwurf sehen wir wie folgt:

- Die Zugangsvoraussetzungen sollen nicht enger gestaltet werden als bei StaRUG. Vielmehr könnte ein Pre-pack-Verfahren unter bestimmten Bedingungen (z.B. validierte Darlegung der Erfolgsaussichten des Investorenprozesses) auch bei Vorliegen der obligatorischen Insolvenzantragspflichten möglich sein. Die Insolvenzantragspflicht könnte für die Vorbereitungsphase suspendiert werden.
- Eine Regelung zur Vermeidung von Anfechtungsrisiken bei Konzernverflechtungen wäre hilfreich.

- In Art. 33 Abs.1 a) sollte klargestellt werden, dass dem Sachwalter bzw. dem Insolvenzverwalter – in der Vorbereitungsphase - nicht die Organisation einer möglichst günstigen Zwischenfinanzierung für den Schuldner obliegt, sondern eine solche allein der Zustimmung des Sachwalters bedarf.
- Das Pre-pack-Verfahren muss deutlich von dem vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren sowie vorläufigen Insolvenzverfahren abgegrenzt werden. Dies betrifft auch die Zuständigkeiten des Sachwalters im Vergleich zu dem bisherigen vorläufigen Insolvenzverwalter bzw. vorläufigen Sachwalter.
- Die Beweislast im Hinblick auf den Nachweis eines Schadens gemäß Art. 35 Abs.3 b) müsste klar geregelt werden

Im Übrigen sehen wir im RL-Vorschlag eine gute Grundlage zur Ausgestaltung des Pre-pack-Verfahrens auf nationaler Ebene.

II. Vereinfachtes Liquidationsverfahren für Klein(st)unternehmen (Art. 38 bis 57 des RL-Vorschlags)

Der RL-Vorschlag enthält in den Artikeln 38 bis 57 Regelungsvorgaben, nach denen die Mitgliedsstaaten für Kleinst- und Kleinunternehmen ein vereinfachtes (Liquidations)verfahren zur Verfügung stellen müssen. Zu den wichtigsten darin enthaltenen Aspekten soll im Folgenden Stellung genommen werden.

1. Anwendungsbereich Klein(st)unternehmen

Gem. Art. 2 j) in Verbindung mit Art. 2 Abs. 3 des „Anhang der Empfehlung 2003/361/EG der Kommission“ vom 06.05.2003 ist ein Kleinstunternehmen eines, das „weniger als 10 Personen beschäftigt und dessen Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 2 Mio. EUR nicht überschreitet“.

Auf Basis der vorliegenden Analysen ist davon auszugehen, dass bei ca. 90 % der in der Vergangenheit in Deutschland beantragten Regelinsolvenzverfahren – wobei sich diese Analysen nur auf eröffnete Verfahren beziehen – diese Voraussetzungen vorgelegen hätten (Jahr 2021, zitiert nach Kollbach in INDat Report 09_2022, Seite 14).

Bezüglich der übrigen Schuldner stellt sich die Frage, ob die Erfüllung nur der o.g. Zugangsvoraussetzungen einen tauglichen Anknüpfungspunkt darstellt.

Das deutsche Insolvenzrecht erfüllt u.a. auch die Funktion, Gläubigern die Sicherheit zu geben, dass ein Verfahren unter Beachtung aller rechtlichen Vorgaben ordnungsgemäß von einer neutralen und fachlich kompetenten Person durchgeführt und eine möglichst große Masse zur Gläubigerbefriedigung generiert wird. Dies schließt die Prüfung und Geltendmachung von Haftungs-

und Anfechtungsansprüchen ein, was von Gläubigern – als Gegenpol zu ihrem eigenen Ausfall - als gerecht empfunden wird. Ein neues Verfahren sollte zumindest sicherstellen, dass das Vorliegen solcher Ansprüche von neutraler Seite geprüft wird. Des Weiteren sollte der Schuldner Voraussetzungen erfüllen, die die Annahme zulassen, dass er ein Verfahren ordnungsgemäß abwickeln wird.

Die ordnungsgemäße Erfüllung der umfangreichen insolvenzrechtlichen Pflichten stellt selbst an den redlichen, kaufmännisch versierten Schuldner hohe Anforderungen und erfordert insolvenzrechtliche Kenntnisse. Es ist anzunehmen, dass solche Kenntnisse bei den wenigsten Kleinunternehmen gegeben sind.

Des Weiteren stellt sich Frage, ob es eine sinnvolle Abgrenzung wäre, nur Schuldner den Zugang zu diesem Verfahren zu ermöglichen, deren Geschäftsbetrieb nicht mehr oder jedenfalls nur noch in geringem Umfang läuft.

Vorstehendes schließt nicht aus, dass es Verfahren gibt, für die sich das im RL-Vorschlag vorgeschlagene Prozedere gut eignen kann. Zu begrüßen wären Zugangsvoraussetzungen, die die Erwartung tragen, dass der Schuldner in der Lage und willens ist, die rechtlichen Vorgaben einzuhalten. Wenn man für die Prüfung dieser Fragen keinen Gutachter einsetzen möchte, könnten folgende Kriterien – ohne Anspruch auf Vollständigkeit - Relevanz haben:

- Zugang für Schuldner
 - ohne laufenden Geschäftsbetrieb
 - mit ordnungsgemäß geführter Buchhaltung
 - mit ordnungsgemäßer Antragstellung
 - mit Vorlage eidesstattlicher Versicherungen des Schuldners und aller von der Restschuldbefreiung profitierender Personen über die fristgerechte Stellung des Antrags, die Vollständigkeit und Richtigkeit der beigelegten Unterlagen

2. Zuständige Behörde

Bezüglich der Zuständigkeit macht der RL-Entwurf keine weitreichenden Vorgaben. In Art. 41 Abs. 1 ist lediglich davon die Rede, dass die Mitgliedsstaaten sicherzustellen haben, dass zahlungsunfähige Kleinunternehmen „bei einer zuständigen Behörde“ die Eröffnung eines vereinfachten Liquidationsverfahrens beantragen können. Da der RL-Vorschlag davon ausgeht, dass die Vorschriften über das vereinfachte Liquidationsverfahren für Kleinunternehmen in das nationale Insolvenzrecht eingebettet werden (Erläuterungen zu Titel VI, Seite 3 des RL-Vorschlags), liegt nahe,

dass die zuständige Behörde bei der Umsetzung in das deutsche Recht das Insolvenzgericht sein würde.

Im geltenden deutschen Insolvenzrecht ist die interne gerichtliche Zuständigkeit gemäß § 18 RPfIG zweigeteilt. Von der Antragstellung bis zur und einschließlich der Entscheidung über die Insolvenzeröffnung ist der Richter zuständig, ab der Insolvenzeröffnung der Rechtspfleger. Im eröffneten Verfahren ist nur ausnahmsweise noch der Richter zuständig, wenn ein Insolvenzplan vorgelegt wird, ein Gruppengerichtsstand nach dem neuen Konzerninsolvenzrecht beantragt wird, oder es um die Versagung bzw. den Widerruf der Restschuldbefreiung geht. Da der Rechtspfleger insofern umfassende Befugnisse und Aufgaben im Insolvenzverfahren übernimmt, darf gemäß § 18 Abs. 4 RPfIG ein Beamter auf Probe im ersten Jahr nach seiner Ernennung die Geschäfte des Rechtspflegers in Insolvenzsachen nicht wahrnehmen. Außerdem sollen Rechtspfleger in Insolvenzsachen belegbare Kenntnisse des Insolvenzrechts sowie Grundkenntnisse des Handels- und Gesellschaftsrechts und der für das Insolvenzverfahren notwendigen Teile des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts und des Rechnungswesens aufweisen.

In der Praxis bedient sich der zuständige Richter im Insolvenzantragsverfahren in der Regel eines Sachverständigen, dem er folgende zentrale Aufgaben überträgt:

- Prüfung des Insolvenzgrundes
- Ermittlung der Masse und der Verfahrenskostendeckung
- Prüfung Fortführungsmöglichkeiten des Unternehmens des Schuldners

Wenn ein laufender Geschäftsbetrieb vorhanden ist, wird in der Regel ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt, dessen wesentliche Aufgaben u. a. die folgenden sind:

- Fortführung des Geschäftsbetriebs
- Kommunikation mit Kunden, Lieferanten, Arbeitnehmern und sonstigen Beteiligten
- Organisation und Abwicklung der Insolvenzgeldvorfinanzierung
- ggf. Vorbereitung einer übertragenden Sanierung inklusive M & A-Prozess, Verkaufsverhandlungen und Vertragsentwürfe

Im eröffneten Insolvenzverfahren werden insbesondere die folgenden zentralen Aufgaben vom Insolvenzverwalter übernommen:

- Ermittlung und Bewertung der Vermögensgegenstände
- Prüfung der Sicherungsrechte

- Kassenführung
- Forderungseinzug inklusive gerichtlicher Geltendmachung
- Ermittlung von Haftungsansprüchen gegen Organe und Gesellschafter
- Ermittlung und Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen
- Führung der Insolvenztabelle und Prüfung der Tabellenforderungen
- Handelsrechtliche und insolvenzrechtliche Buchführung
- Erstellung der Steuererklärungen und ggf. Jahresabschlüsse für die Vergangenheit und laufend
- Ermittlung und Entscheidung über die Weiterführung oder Beendigung laufender Verträge
- Verwertung des gesamten Betriebs- und Anlagevermögens
- ggf. Fortführung des Geschäftsbetriebs
- Verkauf des Unternehmens im Ganzen einschließlich Kaufvertragserstellung
- Ausübung der Arbeitgeberstellung, ggf. Ausspruch von Kündigungen, Erstellung von Zeugnissen, Arbeitsbescheinigungen etc.

Das neue Verfahren für Kleinunternehmen wird zwar unter der Überschrift „Liquidationsverfahren“ geführt, aus den Vorschriften ist jedoch ersichtlich, dass nicht zwingend nur Unternehmen mit bereits eingestellten Geschäftsbetrieben darunterfallen sollen. Aus Art. 43 geht hervor, dass der Schuldner die Kontrolle über den „täglichen Betrieb des Unternehmens“ behalten soll. Sämtliche im Zusammenhang mit einer Betriebsfortführung anfallenden Aufgaben des (vorläufigen) Insolvenzverwalters sind daher bei dem Schuldner angesiedelt, ähnlich dem Eigenverwaltungsverfahren nach §§ 270 ff. InsO. Grundsätzlich ist der eigenverwaltende Schuldner dem deutschen Insolvenzrecht nicht fremd. In der Praxis ist allerdings zu konstatieren, dass die Eigenverwaltung eher in größeren Unternehmen zur Anwendung kommt und dort der Schuldner die Umsetzung seiner insolvenzrechtlichen Pflichten in aller Regel dadurch gewährleistet, dass er einen Berater oder einen CRO mit entsprechenden insolvenzrechtlichen Kenntnissen „einkauft“. Eine solche Möglichkeit dürfte aus finanziellen Gründen in den meisten Kleinverfahren nicht gegeben sein. Dass eine Betriebsfortführung unter Beachtung der Gläubigerinteressen ohne diese Kenntnisse möglich ist, darf bezweifelt werden.

Die Aufgaben des Insolvenzverwalters, die nicht im Zusammenhang mit einer Betriebsfortführung stehen, werden nach dem RL-Vorschlag im vereinfachten Liquidationsverfahren von der



zuständigen Behörde - in Deutschland mutmaßlich dem Insolvenzgericht - wahrgenommen. Das Insolvenzgericht nach heutigem Zuschnitt dürfte mit diesen Aufgaben jedoch sowohl personell als auch inhaltlich überfordert sein.

Die Prüfung und Feststellung der Insolvenzforderungen erfolgt durch die zuständige Behörde auf Basis des von dem Schuldner vorgelegten Gläubigerverzeichnisses. Dieses hat die Behörde zu veröffentlichen und zur Anmeldung etwaiger weiterer Forderungen oder Erhebung von Einwänden gegen die im Gläubigerverzeichnis enthaltenen Forderungen eine Frist von 30 Tagen zu setzen. Hierüber muss jeder Gläubiger informiert werden. Erfolgt innerhalb der Frist keine Einwendung, wird die Forderung festgestellt. Die zuständige Behörde oder ein Gericht hat sich gemäß Art. 46 Abs. 5 des RL-Vorschlags unverzüglich mit den Forderungen zu befassen. Inhaltlich ist die Prüfung der nicht im schuldnerischen Gläubigerverzeichnis enthaltenen Forderungen unter Umständen durchaus anspruchsvoll. Es kann sich hierbei um möglicherweise strittige Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, Schadenersatzansprüche, Arbeitnehmerforderungen, Bereicherungsansprüche, Deliktsforderungen oder öffentlich-rechtliche Forderungen handeln, deren Rechtsgrundlage nicht unbedingt ohne vertiefte juristische Kenntnisse geprüft werden kann. Einen Insolvenzverwalter für die Prüfung dürfte das Gericht aber nicht nach eigenem Ermessen bestellen. Dies ist nach Art. 39 nur möglich, wenn ein oder mehrere Gläubiger oder der Schuldner die Bestellung beantragen und die Kosten aus der Insolvenzmasse gedeckt bzw. vom Antragsteller bezahlt werden.

Wenn es dabei bleibt, dass im deutschen Recht die Feststellung von Insolvenzforderungen zur Tabelle Titulierungswirkung hat, erscheint die Prüfung durch Personen, die keine Volljuristen sind, bedenklich.

Die zuständige Behörde hat daher ausreichende personelle Kapazitäten vorzuhalten, um eine sehr kurzfristige Prüfung der Forderungen durchzuführen. Allerdings kann der Wortlaut des Art. 46 wohl so verstanden werden, dass die Forderung ohne weitere materiell-rechtliche Prüfung festgestellt werden kann, wenn sie im Gläubigerverzeichnis des Schuldners enthalten war und keine Einwendungen oder Bedenken innerhalb der 30-Tages-Frist erhoben werden. Eine Sanktion oder Haftungsvorschrift für den Fall, dass dem Gläubiger ein Schaden dadurch entsteht, dass der Schuldner ihn nicht in seinem Forderungsverzeichnis angegeben hat, ist im RL-Vorschlag nicht ersichtlich. Selbst wenn man aus dem bestehenden Recht einen Schadenersatzanspruch herleiten könnte, dürfte dieser aufgrund der Entschuldungswirkung des Verfahrens wirtschaftlich wertlos sein. Selbst wenn er eine Neuverbindlichkeit des Schuldners darstellen sollte, die von der Entschuldung nicht umfasst ist, ist die Werthaltigkeit einer Forderung gegen einen Schuldner, der gerade ein Insolvenzverfahren durchlaufen hat, mehr als fraglich.

Neben der Forderungsprüfung weist der RL-Vorschlag der zuständigen Behörde die folgenden Aufgaben zu:

- Die zuständige Behörde ist verantwortlich für die Ermittlung und Verwertung der Vermögensgegenstände der Insolvenzmasse sowie die Verteilung der Verwertungserlöse an die Gläubiger (Art. 49).

Nach Art. 48 gehört dazu das bei Insolvenzantragstellung im Besitz des Schuldners befindliche Vermögen, aber auch der nach Antragstellung hinzugekommene „Neuerwerb“ des Schuldners sowie die Vermögenswerte, die im Wege von Anfechtungs- oder anderen Klagen beigetrieben werden. Aus der Insolvenzmasse auszusondern sind nach Art. 48 Abs. 3 die Gegenstände, die dem Schuldner als unpfändbar bzw. zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit notwendig belassen werden müssen.

Das endgültige Vermögensverzeichnis soll die Behörde dabei auf Grundlage der vom Schuldner vorgelegten Verzeichnisse sowie der anschließend erhaltenen „einschlägigen zusätzlichen Informationen“ erstellen.

Dies mag in solchen Fällen funktionieren, in denen der Schuldner in der Lage ist, ein vollständiges und richtiges Vermögensverzeichnis einschließlich der an den Vermögensgegenständen bestehenden Drittrechte zu erstellen und vorzulegen. Die Praxiserfahrung zeigt jedoch, dass dies gerade in Klein(st)verfahren in der Regel nicht der Fall ist. In der Praxis wird das Vermögen oft nur durch die Ermittlungen des Insolvenzverwalters vollständig aufgefunden, indem dieser zahlreiche Anfragen zum Beispiel an Banken, Versicherungen, das Kraftfahrtbundesamt, die Denic e.G., das Grundbuchamt etc. vornimmt und die sich aus den eingeholten Auskünften ergebenden Informationen auswertet. Insbesondere wenn ein Geschäftsbetrieb vorhanden ist, ist ein Ortstermin zur Inaugenscheinnahme und Erfassung der vorhandenen Vermögenswerte zwingend notwendig. Selbst wenn eine Bewertung durch einen sachverständigen Dritten im vereinfachten Liquidationsverfahren entbehrlich scheint, da der Rechtsgrund der Überschuldung nicht einschlägig ist und daher der Liquidationswert des Aktivvermögens – jedenfalls in diesem Zusammenhang - nicht geprüft werden muss, so stellt sich doch die Frage, wie die im Rahmen der Auktionsverwertung eingehenden Gebote - insbesondere bei Verkauf des Unternehmens als Ganzem (Art. 50 Abs. 1 Satz 2) – ohne eine objektive, aktuelle Wertschätzung beurteilt werden sollen. Fehlt ein solcher Wertmaßstab, wird die Verwertung ohne ein Mindestgebot stattfinden. Dadurch werden die Gläubiger nicht hinreichend vor einer „Verschleuderung“ des Schuldnervermögens geschützt.

Immaterielle Vermögensgegenstände wie etwa GmbH-Anteile oder auch Immobilien können nach deutschem Recht nicht ohne Weiteres über eine Auktionsplattform veräußert werden. Hier müsste die zuständige Behörde von der Regelverwertung abweichen und eine Verwertung unter Einhaltung der notwendigen Vorschriften vornehmen. Dies umfasst nach geltendem deutschen Recht insbesondere den Abschluss eines notariellen Vertrags einschließlich Wahrnehmung eines Notartermins für die Veräußerung von GmbH-Anteilen oder Immobilienvermögen.

Kommt es nicht zu umfangreichen Änderungen außerhalb der Insolvenzordnung, dürfte auch der Verkauf des gesamten Unternehmens über die elektronische Auktionsplattform nicht

unerheblichen Schwierigkeiten begegnen. Nicht umsonst sind die zur Vorbereitung einer übertragenden Sanierung geführten Verhandlungen in der Praxis sehr umfangreich und setzen in erheblichem Umfang Informationsaustausch voraus, der in der Regel über einen virtuellen Datenraum erfolgt, den der Verkäufer mit zahlreichen Informationen bestückt und dem Käufer Zugang dazu gewährt. Die Verhandlungen über den Unternehmenskaufvertrag werden insbesondere im Hinblick auf die im Zusammenhang mit dem Übergang der Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB erforderlichen arbeitsrechtlichen Regelungen detailliert und intensiv geführt. Es ist nicht davon auszugehen, dass ein solcher Unternehmensverkauf über eine elektronische Auktionsplattform abgewickelt werden kann.

Unterstellt, die zuständige Behörde hat im vereinfachten Liquidationsverfahren an mit Drittrechten belasteten Gegenständen ein Verwertungsrecht wie der Insolvenzverwalter nach §§ 166 ff. InsO, stellt sich spätestens bei der Verteilung des Verwertungserlöses die Frage, an welchen Vermögensgegenständen Sicherungsrechte zu wessen Gunsten wirksam bestellt wurden. Insbesondere im Falle der Kollision verschiedener Sicherungsrechte (verlängerter Eigentumsvorbehalt versus Globalzession oder Sicherungsübereignung versus Vermieterpfandrecht, um nur die „Klassiker“ zu nennen), bedarf es ausgeprägter juristischer Kenntnisse. Um die Abrechnung gegenüber den Sicherungsgläubigern zu ermöglichen, muss bei einem Verkauf des Unternehmens als Ganzes den Einzelgegenständen ein Kaufpreisteil zugeordnet werden, anderenfalls ist eine Abrechnung der Sicherungsrechte nicht möglich. Auch dies dürfte bei einer Abwicklung über eine Auktionsplattform ohne detailgenaue Erfassung und Bewertung der Vermögensgegenstände durch einen sachverständigen Auktionator erheblich erschwert werden. Hier entstehen nicht unerhebliche Haftungsrisiken für die zuständige Behörde bzw. die dort handelnden Personen.

Im Hinblick auf den Verwertungserlös stellt sich außerdem die Frage nach den steuerlichen Konsequenzen: Gemäß Art. 55 soll das vereinfachte Liquidationsverfahren innerhalb von zwei Wochen nach Verteilung des Erlöses abgeschlossen werden. Erfolgt die Veräußerung nicht steuerfrei, muss die Steuer aus der Verwertung erklärt und abgeführt werden. Da die zuständige Behörde für die Vereinnahmung und Verteilung des Erlöses zuständig ist, dürften auch die damit im Zusammenhang stehenden steuerlichen Pflichten diese treffen. Der damit verbundene Aufwand ist nicht zu unterschätzen und würde nur entfallen, wenn die Verwertungserlöse von der Steuer befreit wären. Da bereits die Verfahrenskosten in massearmen Verfahren den Staat und damit die Allgemeinheit treffen, erscheint eine zusätzliche Belastung, die sich aus einer Steuerfreiheit der Verwertungserlöse ergeben würde, für die Allgemeinheit nicht tragbar.

Für die zusätzlichen Aufgaben, die das Insolvenzgericht als zuständige Behörde im Sinne des RL-Vorschlags im Zusammenhang mit dem vereinfachten Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen wahrzunehmen hätte, sind die Insolvenzgerichte derzeit weder personell noch technisch annähernd ausreichend ausgestattet. Es wären daher Neueinstellungen im großen Umfang erforderlich, sodass neben den auf die Staatskasse abgewälzten Verfahrenskosten in massearmen Verfahren auch die durch die Personalaufstockung notwendigen Zusatzkosten

einzukalkulieren sind. Nach den Berechnungen von Sämisch (Die neue Harmonisierungsrichtlinie – verwalterlose Verfahren als Risiko? ZRI 3/2023, 93), müsste sich bei Zugrundelegung des Personalbedarfsberechnungssystems „PEBBŞY“ der Bedarf an zusätzlichen juristischen, kaufmännischen und steuerlich ausgebildeten Mitarbeitern auf rund 12.000 belaufen. Dabei wird zugrunde gelegt, dass die Behörde die Arbeit von aktuell rund 2.000 Insolvenzverwaltern in Deutschland mit durchschnittlich fünf qualifizierten Mitarbeitern übernehmen müsste. Neben den Kosten stellt sich bereits die Frage, wie auf dem aktuellen Arbeitsmarkt eine solche Anzahl qualifizierter Mitarbeiter gewonnen werden soll.

Auch auf der technischen Seite wären erhebliche Investitionen nötig. Die Gerichte müssten mit Computerprogrammen ausgestattet werden, die eine Verwaltung der Insolvenzforderungen sowie der Vermögenswerte ermöglichen. Außerdem müssen Fremdgelder verwaltet und verfahrensspezifisch getrennt werden. Darüber hinaus ist die technische Ausstattung für die elektronische Auktionsplattform vorzuhalten.

Dass durch die Verlagerung eines Großteils der Insolvenzverfahren von den darauf spezialisierten und hierauf personell und technisch ausgelegten Verwalterkanzleien auf die Gerichte oder sonstigen neu zu schaffenden Behörden eine Kostenersparnis erreicht werden könnte, ist daher Augenwischerei. Selbst wenn man annimmt, dass eine solche Behörde nach ihrer Errichtung kostengünstiger arbeiten könnte als ein Verwalterbüro, so dürfte dieser finanzielle Vorteil für die Staatskasse dadurch ausgeglichen werden, dass die Kosten sämtlicher massearmer Verfahren von der Allgemeinheit übernommen werden müssen.

3. Insolvenzgrund

Die Mitgliedsstaaten sollen gem. Art. 38 Abs.1 sicherstellen, dass „zahlungsunfähige Kleinstunternehmen“ Zugang zu vereinfachten Liquidationsverfahren erhalten.

„Überschuldung“ soll hingegen kein Zutrittskriterium zu diesem Verfahren sein. In Ziff. 37 der Begründung heißt es dazu:

„Der Solvenztest und der Bilanztest sind in den Mitgliedstaaten die beiden üblichen Auslöser für die Eröffnung eines regulären Insolvenzverfahrens. Der Bilanztest ist aber unter Umständen nicht durchführbar, wenn der Schuldner ein Kleinstunternehmen ist, insbesondere im Fall von Einzelunternehmen, 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. [...]“

Der RL-Vorschlag sieht (nur) den Zugang zum Verfahren vor, wenn Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Gem. Art. 38 Abs.2 des RL-Vorschlags gilt das Kleinstunternehmen für die Zwecke dieses vereinfachten Liquidationsverfahrens als zahlungsunfähig, wenn „es generell nicht in der Lage

ist, seine Schulden bei Fälligkeit zu begleichen.“ Die Mitgliedsstaaten sollen festlegen, unter welchen Bedingungen davon auszugehen, dass dies der Fall ist.

In Deutschland sind die (zwingenden) Insolvenzantragsgründe für juristische Personen sowie bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung. Da unter die Definition der „Kleinstunternehmen“ gemäß dem RL-Vorschlag auch solche Gesellschaften fallen können, wird ein Konflikt entstehen, wenn auf eine Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung, (noch) nicht aber wegen Zahlungsunfähigkeit besteht. Diese Gesellschaften würden nach den Regelungen des Insolvenzverfahrens abgewickelt oder restrukturiert und hätten keinen Zugang zum vereinfachten Liquidationsverfahren gemäß dem RL-Vorschlag.

Wie ausgeführt ist die Begründung dafür, dass die Überschuldung keine Zugangsvoraussetzung für das Verfahren sein soll, dass der Bilanztest – die Überschuldungsprüfung – u.U. nicht durchführbar ist.

Das Verfahren soll der Definition von Kleinstunternehmen nach nicht auf natürliche Personen begrenzt sein. Es ist nicht sinnvoll, eine Argumentation, die für möglicherweise geschäftlich überforderte natürliche Personen nachvollziehbar erscheinen mag, ebenso auf juristische Personen (mit bis zu 10 Arbeitnehmern und bis zu 2 M€ Jahresbilanz oder –umsatz) zu übertragen und womöglich dortige Verstöße gegen gesetzliche Regelungen u.a. zur ordnungsgemäßen Buchführung zu entschuldigen oder gar zu belohnen. Eine Vermischung von privatem und unternehmerischem Vermögen bzw. Verbindlichkeiten sollte es bei diesen Gesellschaften nicht geben, so dass die Begründung – die zudem noch zu Widersprüchen in Bezug auf die Regelungen des übrigen Insolvenzrechts führt – für diese Gruppe nicht greift.

4. Stundung der Verfahrenskosten

Gemäß Art. 38 Abs. 3 darf die mangelnde Verfahrenskostendeckung kein Abweisungsgrund für einen Antrag auf ein vereinfachtes Liquidationsverfahren sein. Eine Abweisung mangels Masse ist in diesen Fällen also ausgeschlossen. Wenn die Verfahrenskosten nicht aus der vorhandenen Masse gedeckt sind, aber dennoch das Verfahren durchgeführt werden muss, kann dies nur bedeuten, dass die Verfahrenskosten aus der Staatskasse und damit von der Allgemeinheit getragen werden.

Neben den Kosten für die personelle und technische Ausstattung der zuständigen Behörde stellt die aufoktroierte Übernahme der Verfahrenskosten in massearmen Fällen eine weitere, erhebliche Belastung der Allgemeinheit dar.

Für Deutschland ist allerdings zu konstatieren, dass es für Einzelunternehmer, die einen nicht unerheblichen Anteil der Kleinstunternehmen darstellen, bereits die Möglichkeit gibt, mithilfe einer Verfahrenskostenstundung in das Insolvenzverfahren zu gelangen und nach drei Jahren die Restschuldbefreiung zu erhalten. Allerdings ist sowohl die Gewährung der Stundung als auch die

Entschuldungswirkung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, insbesondere darf der Schuldner nicht gegen seine Auskunfts- und Mitwirkungspflichten sowie gegen die Erwerbsobliegenheit verstoßen. Um Missbrauch zu vermeiden und die Akzeptanz für die Ausweitung der Verfahrenskostentragung durch den Staat zu erhöhen, sollte die Umsetzungsregelung in das deutsche Recht entsprechende Voraussetzungen auch im vereinfachten Liquidationsverfahren an die Übernahme der Verfahrenskosten knüpfen. Der Wortlaut des RL-Vorschlags dürfte dies erlauben, da er nur eine Abweisung mangels Masse ausschließt, nicht jedoch die Ausgestaltung als Stundung der Verfahrenskosten inklusive späterer Rückforderung.

5. Feststellung von Aktiva und Passiva samt Sicherungsrechten

Die Feststellung der vorhandenen Insolvenzmasse soll gemäß Art. 48 durch die zuständige Behörde auf Grundlage des von dem Schuldner vorgelegten Vermögensverzeichnisses vorgenommen werden. Da zur Insolvenzmasse nicht nur das zum Zeitpunkt der Eröffnung vorhandene Vermögen, sondern auch der Neuerwerb sowie im Wege von Anfechtungs- und sonstigen Klagen beigetriebenes Vermögen gehört, sind die letztgenannten Massebestandteile durch die Behörde zu ergänzen. Außerdem hat die Behörde nach Art. 48 Abs. 3 festzustellen, welche Vermögenswerte als unpfändbar nicht in die Insolvenzmasse gehören.

Nicht explizit aus dem RL-Vorschlag ergibt sich die Zuständigkeit der Behörde für die Feststellung von Sicherungs- oder sonstigen Drittrechten. Diese gehört jedoch begriffsnotwendig zur Feststellung der Aktivmasse dazu. Gegenstände, die im Fremdeigentum stehen, wie Miet- oder Leasinggegenstände, können nicht der Insolvenzmasse zugerechnet werden. Solche sich aus Fremdeigentum ergebenden Aussonderungsrechte sind daher von der zuständigen Behörde zu prüfen.

Die Prüfung von Drittrechten ist auch im Hinblick auf Sicherungsrechte notwendig. Dies ergibt sich indirekt aus Art 49 Abs. 2c. Demzufolge ist die Behörde berechtigt, von einer Verwertung des Schuldnervermögens abzusehen, wenn der Wert der belasteten Vermögensgegenstände offensichtlich niedriger ist als die gesicherte Forderung. Hieraus ergibt sich, dass bereits für die Entscheidung über die Wirtschaftlichkeit der Verwertung die Drittrechte in ihrem Bestand ebenso zu erheben sind, wie deren Valuta zu ermitteln ist.

Für die Verwertung ist die Bewertung der Vermögensgegenstände rein auf Basis der schuldnerischen Angaben ein Risikofaktor. Zwar benötigt die Behörde keine Zeitwertermittlung für eine Überschuldungsprüfung, wie sie im Insolvenzantragsverfahren üblich ist, jedoch muss sie für die Entscheidung über die Wirtschaftlichkeit einer Verwertung in der Lage sein, den Wert der massezugehörigen Gegenstände einzuschätzen und in das Verhältnis zu den Kosten und dem Zeitaufwand für die Veräußerung bzw. die Valuta der darauf ggf. lastenden Sicherungsrechte zu setzen. Diese Bewertung allein auf Basis der schuldnerischen Angaben vorzunehmen, erscheint problematisch. Die Erfahrung zeigt, dass die Schuldner für ihre Werteinschätzung häufig auf die Buchwerte zurückgreifen. Hier sind typischerweise Vermögensgegenstände, deren

Abschreibungszeitraum bereits abgelaufen ist, nur noch mit einem Buchwert von 1,00 € bewertet, obwohl für sie oft auch im Rahmen eines Liquidationsverkaufes ein deutlich höherer Verwertungserlös zu erwarten sein dürfte. Die Aufdeckung solcher stiller Reserven dem Schuldner zu überlassen, erscheint nicht realistisch.

Auch die Prüfung von Sicherungsrechten ist ein komplexes Thema, das den durchschnittlichen Schuldner überfordern dürfte. In der Praxis sind die Schuldner selten vollumfänglich über die an ihren Aktiva bestehenden Sicherungsrechte im Bilde. Es erfordert häufig umfangreiches Studium verschiedenster, nur auf Anforderung stückchenweise zusammengetragener Unterlagen, um einen Sicherheitenpiegel erstellen zu können. Dabei ist nicht selten der Fall, dass kollidierende Sicherungsrechte festzustellen sind, wie typischerweise bei Vorliegen einer Globalzession und dem verlängerten Eigentumsvorbehalt oder einer Sicherungsübereignung und dem gesetzlichen Vermieterpfandrecht. Die Prüfung, welchem Sicherungsrecht im konkreten Fall der Vorrang gebührt und welche Gegenstände welchem Sicherungsrecht zuzuordnen sind, erfordert häufig - auch und insbesondere in kleineren Verfahren - vertiefte juristische Kenntnisse. Es steht zu befürchten, dass der Schuldner bzw. die zuständige Behörde hierzu nur eingeschränkt in der Lage sind. Dies birgt wiederum ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko für die Mitarbeiter der zuständigen Behörde, wenn diese Sicherungsrechte übersehen oder im Fremdeigentum stehende Gegenstände verwerten und den Erlös an die Gläubiger verteilen. Selbst wenn es theoretisch möglich ist, eine fehlerhafte Verteilung rückgängig zu machen und erneut vorzunehmen, so ist damit erheblicher Zeitaufwand verbunden. Außerdem dürfte die Bereitschaft von Gläubigern, die eine Quotenzahlung erhalten haben, diese wegen eines Verteilungsfehlers zurückzuzahlen, nicht besonders ausgeprägt sein, und kann die Verfolgung solcher Rückzahlungsansprüche mühsam gestalten bzw. zu Ausfällen führen.

Auch die Passiva sollen gemäß Art. 46 auf Grundlage eines durch den Schuldner erstellten Verzeichnisses festgestellt werden. Dieses Verzeichnis wird veröffentlicht. Danach kann innerhalb von 30 Tagen jeder Gläubiger seine Forderung anmelden, wenn diese noch nicht berücksichtigt war, oder Einwendungen gegen die im Verzeichnis enthaltenen Forderungen erheben. Werden innerhalb der 30-Tages-Frist keine Einwendungen erhoben, gilt sie als unbestritten und ist festzustellen. Werden Forderungen angemeldet, die nicht im Gläubigerverzeichnis des Schuldners enthalten waren, obliegt die Entscheidung über deren Feststellung der zuständigen Behörde, Art. 46 Abs. 4. Die Behörde soll die Prüfung unverzüglich vornehmen, Art. 46 Abs. 5.

Auch die Vollständigkeit eines Gläubigerverzeichnisses ist in der Praxis in den seltensten Fällen gegeben. Zwar sind „vergessene“ Gläubiger nach der Konstellation des RL-Vorschlags nicht von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen, jedoch haben sie nur eine vergleichsweise kurze Frist von 30 Tagen zur Geltendmachung ihrer Forderungen zur Verfügung. Geht man davon aus, dass diese Gläubiger mangels Erwähnung im Gläubigerverzeichnis gerade nicht individuell über das laufende Verfahren informiert werden, erscheint diese Frist eher kurz. In der aktuellen Praxis gibt es Gerichte, die ein Verbraucher- oder sonstiges Kleininsolvenzverfahren nicht bereits sechs Monate nach Eröffnung abschließen wollen, weil erfahrungsgemäß auch danach noch Forderungsanmeldungen in nicht unerheblicher Anzahl eingehen. Dies zeigt, dass der Zeitrahmen, den ein Gläubiger für die

Anmeldung seiner Forderung in Anspruch nimmt, deutlich größer sein kann als 30 Tage. Im Interesse der Rechtssicherheit ist jedoch grundsätzlich zu begrüßen, dass es seine Ausschlussfrist für die Tabellenanmeldung gibt. Existiert eine Ausschlussfrist, könnte dies einen gewissen „Umerziehungseffekt“ auf die Gläubiger haben und den Druck erhöhen, eine kurzfristige Forderungsanmeldung vorzunehmen. Ob dafür eine Frist von 30 Tagen genügt, muss sich zeigen. Einen Spielraum für eine längere Frist bei der Umsetzung in nationales Recht sieht der RL-Vorschlag jedoch nicht vor.

Bei der Erfassung der Gläubigerforderungen ist spiegelbildlich zu der Erfassung der Sicherungsrechte bei den Aktiva festzustellen, welche Gläubiger für ihre Forderungen Sicherheiten in Anspruch nehmen können. Hierbei dürften sich die oben geschilderten Probleme erneut ergeben, die daraus resultieren, dass die Dokumentation des Schuldners hinsichtlich der Sicherheitenlage häufig nicht vollständig ist. Bei der Umsetzung in das deutsche Recht wäre daher über den Wortlaut des RL-Vorschlags hinaus notwendig, den Gläubigern aufzugeben, bei der Anmeldung ihrer Forderung die ihnen zur Verfügung stehenden Sicherheiten anzugeben. Hierdurch ließe sich auch das oben skizzierte Haftungsrisiko für die zuständige Behörde begrenzen - wenn der Gläubiger verpflichtet ist, sein Sicherungsrecht anzugeben und dies nicht bzw. nicht fristgerecht tut, kann die zuständige Behörde nicht haften, wenn sie das nicht (fristgerecht) geltend gemachte Sicherungsrecht bei der Verwertung und Erlösverteilung nicht berücksichtigt.

6. Betriebsfortführung

Das vereinfachte Liquidationsverfahren soll augenscheinlich auch für Unternehmen anwendbar sein, die einen laufenden Geschäftsbetrieb haben. Art. 43 bestimmt dazu in seinem Absatz 1, dass die Mitgliedsstaaten sicherzustellen haben, dass die Schuldner grundsätzlich die Kontrolle über ihre Vermögenswerte und den täglichen Betrieb des Unternehmens behalten. Nur in Ausnahmefällen soll gemäß Absatz 3 möglich sein, dass die zuständige Behörde durch Beschluss dem Schuldner das Recht zur Verwaltung und Veräußerung seiner Vermögenswerte entzieht. In diesem Fall soll gemäß Absatz 4 sichergestellt sein, dass – wenn ein solcher bestellt wurde – ein Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnis erhält. Bemerkenswert ist dabei, dass die Einsetzung eines Insolvenzverwalters nicht automatisch einen Übergang der Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnis auf diesen zur Folge hat, vielmehr soll gemäß Art. 43 Abs. 2 die zuständige Behörde bei der Bestellung eines Insolvenzverwalters darüber entscheiden, ob dieser die Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnis erhält, oder ob diese beim Schuldner verbleibt. Wird dem Schuldner die Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnis entzogen, ohne dass ein Insolvenzverwalter bestellt wurde, benennt der RL-Vorschlag zwei Möglichkeiten:

- (1) Die Behörde kann anordnen, dass jede diesbezügliche Entscheidung des Schuldners von ihr genehmigt werden muss.
- (2) Die zuständige Behörde kann die Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnis einem Gläubiger übertragen.

Aus den genannten Regelungen ergibt sich, dass der eigenverwaltende Schuldner der Regelfall im vereinfachten Liquidationsverfahren sein soll. Nur im Ausnahmefall kann die Behörde ähnliche Maßnahmen anordnen, wie sie bereits jetzt nach deutschem Recht im vorläufigen Insolvenzverfahren möglich sind. Dem deutschen Recht völlig fremd ist jedoch die Möglichkeit, die Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnis des Schuldners auf einen Gläubiger zu übertragen. Wie die Behörde in der Lage sein soll, einen hierfür geeigneten Gläubiger auszuwählen und zu bestimmen, ist schwer vorstellbar. Es ist anzunehmen, dass sich für diese Funktion solche Gläubiger zur Verfügung stellen werden, die eine Möglichkeit sehen, ihre eigenen Interessen zu verfolgen. Dass diese automatisch mit den Interessen der Gläubigergemeinschaft übereinstimmen, die nach § 1 InsO im Mittelpunkt des Verfahrens stehen sollen, ist nicht zwingend anzunehmen.

Auch in haftungsrechtlicher Hinsicht könnten sich bei der Umsetzung der Gläubigerverwaltung in das deutsche Recht schwerwiegende Folgen ergeben, wenn nicht eine Haftungserleichterung mitgeregelt wird. Soweit nicht ausgeschlossen ist, dass der verwaltende Gläubiger wie ein faktischer Geschäftsführer haftet, wird sich die Begeisterung für die Übernahme einer solchen Tätigkeit gläubigerseits vermutlich in Grenzen halten.

Da gemäß Art. 42 Abs. 1 spätestens zwei Wochen nach dem Antragseingang über die Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens entschieden werden muss, ist im Vergleich zum aktuellen Insolvenzantragsverfahren nach der InsO eine deutlich kürzere Dauer vorgesehen. Einerseits vermindert dies die Zeit, für die eine potentielle Haftungsinanspruchnahme in Frage kommt, andererseits dürfte es auch die Schwierigkeit erhöhen, sich als fremdverwaltender Gläubiger in einem so kurzen Zeitraum ausreichend in das schuldnerische Unternehmen einarbeiten zu können, um wie ein starker vorläufiger Verwalter vollständig die Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnis zu übernehmen.

Im Zusammenhang mit der vorgesehenen kurzen Laufzeit des Antragsverfahrens von nur zwei Wochen stellt sich außerdem die Frage, ob in diesem Verfahren nach deutschem Recht die Gewährung von Insolvenzgeld möglich wäre. Sollte dies der Fall sein, würde durch die Beschränkung der Laufzeit des Antragsverfahrens auf zwei Wochen ein erheblicher Teil des bis zu drei Monate abdeckenden Insolvenzgeldes „verschenkt“ werden. Damit ginge dem Unternehmen auch ein wichtiger Vorteil verloren, der die Betriebsfortführung nach Insolvenzantragstellung erleichtert und den Erhalt des Unternehmens für eine mögliche Übertragungslösung unterstützen kann.

Ob eine solche Übertragung oder Sanierung in dem vereinfachten Liquidationsverfahren möglich sein kann, lässt sich dem RL-Vorschlag nicht eindeutig entnehmen. Eine Veräußerung des Unternehmens im Ganzen soll möglich sein, dies ergibt sich aus Art. 50 Abs. 1 Satz 2, demzufolge über das elektronische Auktionssystem auch Angebote für den Erwerb des Unternehmens als laufendes Unternehmen abgegeben werden können. Dies ist jedoch keine Möglichkeit, welche die Mitgliedsstaaten bieten müssen, sondern handelt es sich lediglich um eine Kann-Vorschrift.

Sollte eine solche Möglichkeit des Unternehmensverkaufs im Ganzen über die elektronische Auktionsplattform nicht in das deutsche Recht transferiert werden, so würde das vereinfachte Liquidationsverfahren - wie es der Name zumindest in der deutschen Übersetzung ohnehin nahelegt - nur für solche Verfahren geeignet sein, deren Ziel die Liquidation des Unternehmens ist. Damit wäre anders als nach derzeit gültigem deutschen Insolvenzrecht bereits mit der Antragstellung determiniert, dass das Unternehmen zu liquidieren ist. Dies erscheint insbesondere im Hinblick darauf bedenklich, dass das Verfahren auch durch einen Gläubigerantrag angestoßen und nicht mangels Masse abgewiesen werden darf. Der Schuldner kann also einen auf ein solches Liquidationsverfahren abzielenden Fremdantrag nur abwehren, wenn er entweder die Größengrenzen überschreitet oder nachweisen kann, dass er nicht zahlungsunfähig ist. In Anbetracht der kurzen Frist zwischen Antragstellung und Entscheidung über den Antrag von zwei Wochen ist nicht ausgeschlossen, dass der von einem Fremdantrag betroffene Schuldner den Nachweis nicht in diesem knappen Zeitfenster erbringen kann.

Für Kleinstunternehmen, welche die Größengrenzwerte nicht überschreiten, sollte es daher weiterhin die Möglichkeit geben, in ein Regelinsolvenzverfahren zu gehen, in dem eine Sanierung des Unternehmens durch ein Insolvenzplanverfahren oder einen Asset Deal möglich ist. Sollte es diese Möglichkeit nicht weiterhin geben, bestünde die Gefahr, dass sich die Sanierungsmöglichkeiten für Kleinstunternehmen erheblich reduzieren und damit das Ziel der Richtlinie konterkariert würde.

7. Laufende Verträge

Im Zusammenhang mit der Fortführung des Geschäftsbetriebes stellt sich die Frage nach dem Schicksal laufender Verträge. Dies hat insbesondere zwei Aspekte:

- (1) Während der Fortführung des Geschäftsbetriebes im Antragsverfahren stellt sich die Situation in der Praxis meist wie folgt dar: Die Geschäftspartner laufender Vertragsverhältnisse haben häufig Forderungen zu ihren Gunsten aufgebaut, weil der Schuldner in der Krise nicht oder nur noch schleppend gezahlt hat. Um zu verhindern, dass Zahlungen, die der Schuldner im Rahmen der Betriebsfortführung an diese Vertragspartner leistet, auf diese „Altforderungen“ angerechnet und keine neuen Lieferungen bzw. Leistungen durch den Vertragspartner getätigt werden, müssen entsprechende Abgrenzungsregelungen mit den Vertragspartnern verhandelt werden. Im vorläufigen Insolvenzverfahren erfolgt dies üblicherweise durch den vorläufigen Insolvenzverwalter, der über entsprechende insolvenzrechtliche Kenntnisse und Verhandlungserfahrungen verfügt; im vorläufigen Eigenverwaltungs- bzw. Schutzschirmverfahren übernimmt dies häufig der den Schuldner unterstützende insolvenzrechtliche Berater bzw. der hinzugezogene CRO. Dass der Schuldner im vereinfachten Liquidationsverfahren in der Lage sein sollte, binnen der kurzen Frist von zwei Wochen, die der RL-Vorschlag zwischen Antrag und Eröffnung

festlegt, ohne entsprechende Erfahrung solche Abgrenzungsvereinbarungen auszuhandeln, dürfte nicht realistisch anzunehmen sein.

- (2) Für die Zeit nach der Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens stellt sich die Frage, ob der Schuldner in diesem Fall ein erleichtertes Kündigungsrecht bzw. ein Recht zur Kündigung mit einer verkürzten Frist hat, wie dies die Insolvenzordnung für den Insolvenzverwalter in §§ 103 ff. InsO vorsieht. Dies wäre insofern sinnvoll, als ansonsten insbesondere aus Miet- und Arbeitsverhältnissen noch Verbindlichkeiten auflaufen, für die im Falle der Liquidation keine Gegenleistungen mehr in Anspruch genommen werden. Sofern diese – ggf. vorrangig als Masseverbindlichkeiten - aus der Insolvenzmasse bzw. dem Schuldnervermögen zu bedienen sind, dürfte in vielen Fällen nicht mehr viel für die Verteilung an die Gläubiger übrigbleiben.

Nimmt man an, dass der deutsche Gesetzgeber die Möglichkeit wahrnimmt, im vereinfachten Liquidationsverfahren über das elektronische Auktionssystem auch eine Veräußerung des Unternehmens als Ganzes zu ermöglichen, stellt sich auch hier die Frage, wie in diesem Fall laufende Vertragsverhältnisse behandelt werden sollen. Bei einer übertragenden Sanierung im Insolvenzverfahren nach geltendem Recht hat der Übernehmer in der Regel ein Interesse daran, bestimmte Vertragsverhältnisse zu übernehmen, andere jedoch nicht. Umgesetzt wird dies unter Berücksichtigung der im deutschen Recht geltenden Vertragsfreiheit dergestalt, dass der Übernehmer des Geschäftsbetriebs dem Vertragspartner eine Übernahme des Vertragsverhältnisses anbietet und der Insolvenzverwalter dies unterstützt. Da jedoch der Vertragspartner nicht einfach einen neuen Vertragspartner aufoktroiyert bekommen darf, kann eine Vertragsübernahme bzw. ein Neuvertragschluss nur mit seiner Zustimmung zustande kommen. Wie mit diesen laufenden Vertragsverhältnissen umgegangen wird, welche Rechte und Pflichten den Übernehmer sowie den Insolvenzverwalter treffen, ist häufig ein nicht unwesentlicher Bestandteil des Unternehmenskaufvertrags im Rahmen einer übertragenden Sanierung. Die hierfür notwendigen komplexen Regelungen können schwerlich im Rahmen eines Verkaufs des Unternehmens über eine elektronische Auktionsplattform abgebildet werden, vgl. hierzu auch unten Ziffer 8 Verwertung.

Wie oben dargestellt, ist in den Regelungen zu dem neu einzuführen Pre-pack-Verfahren (Art. 19 ff. des RL-Vorschlags) vorgesehen, dass die Übernahme von laufenden Verträgen sogar ohne Zustimmung des Vertragspartners möglich sein soll. Sollte im Rahmen der Umsetzung des Pre-pack-Verfahrens in das deutsche Recht eine solche zustimmungsfreie Vertragsübernahme - ggf. mit Einschränkungen - möglich werden, so könnte es sinnvoll sein, diese auch in dem vereinfachten Liquidationsverfahren möglich zu machen, sofern der deutsche Gesetzgeber im vereinfachten Liquidationsverfahren einen Unternehmensverkauf im Ganzen ermöglichen möchte. In das System des deutschen Zivilrechts passt dies jedoch nicht, da der Grundsatz der Vertragsfreiheit berührt wird.

8. Verwertung

Nach Art. 49 soll die zuständige Behörde unmittelbar nach Feststellung der Insolvenzmasse und Erstellung des Gläubigerverzeichnisses über die Verwertung des Schuldnervermögens entscheiden. Für den Fall, dass die Insolvenzmasse nur geringwertige oder gar keine Vermögenswerte enthält, oder dass diese mit wertausschöpfenden Drittrechten belastet sind, kann die Behörde das vereinfachte Liquidationsverfahren ohne Verwertung der Vermögensgegenstände abschließen. Ist verwertbares Vermögen vorhanden und die Verwertung wirtschaftlich sinnvoll, soll die Verwertung nach Art. 49 Abs. 3 im Wege einer elektronischen öffentlichen Auktion erfolgen. Andere Verwertungswege kommen nur in Betracht, wenn sie angesichts der Beschaffenheit der Vermögenswerte oder der besonderen Umstände des Verfahrens angemessener erscheinen.

Ein geeignetes System bzw. eine Plattform für die Durchführung öffentlicher elektronischer Auktionen müssen die Mitgliedsstaaten einrichten und unterhalten, Art. 50 Abs. 1. Die Mitgliedsstaaten müssen gemäß Art. 50 Abs. 4 außerdem sicherstellen, dass die elektronischen Auktionsplattformen für alle juristischen und natürlichen Personen mit (Wohn-)Sitz in einem EU-Mitgliedsstaat zugänglich sind. Die Vernetzung der jeweiligen nationalen elektronischen Auktionssysteme erfolgt gemäß Art. 51 durch die EU-Kommission. Die Vernetzung der nationalen Systeme wird gem. Art. 52 Abs. 1 aus dem Unionshaushalt finanziert. Die Kosten für die nationalen elektronischen Auktionsplattformen einschließlich der Kosten für die Interoperabilität mit dem europäischen Justizportal und sämtliche Folgekosten tragen die Mitgliedsstaaten selbst, wobei der RL-Vorschlag die Möglichkeit von Zuschüssen aus Finanzierungsprogrammen der Union andeutet, Art. 52 Abs. 2 Satz 2.

Gemäß Art. 54 ist die Verwertung der Insolvenzmasse im Rahmen einer elektronischen Auktion im Voraus auf der elektronischen Auktionsplattform bekanntzugeben. Alle bekannten Gläubiger sollen darüber hinaus durch die zuständige Behörde bzw. den Insolvenzverwalter durch individuelle Mitteilungen informiert werden über den Gegenstand und den genauen Termin der Auktion sowie die Teilnahmeanforderungen. Teilnahmeberechtigt sollen alle interessierten Personen einschließlich der Mitglieder der Geschäftsleitung sowie Gesellschafter sein.

Für den Fall, dass das nationale Recht die Option nutzt, auch die Verwertung des Unternehmens im Ganzen über die elektronische Auktionsplattform zuzulassen, und wurden in diesem Fall Angebote sowohl für einzelne Vermögenswerte als auch für das Unternehmen als Ganzes abgegeben, sollen die Gläubiger entscheiden, welche Art der Verwertung zur Anwendung gelangen soll.

Die Idee einer niederschweligen Verwertung über eine elektronische Auktionsplattform hat grundsätzlich einen gewissen Charme. Wenn man jedoch in den Insolvenzverfahren mit Verwertung im Wege einer Auktion den Aufwand betrachtet, den ein darauf spezialisiertes Auktionshaus darauf verwenden muss, die für die Auktion einzustellenden Gegenstände identifizierbar zu erfassen, zu fotografieren und mit den für die Interessenten notwendigen Daten in die Plattform einzupflegen, so ist schwer vorstellbar, dass dieser Aufwand von der zuständigen Behörde wahrgenommen

werden kann. Erfolgt demgegenüber eine Delegation auf externe Dienstleister, die auf die auktionmäßige Verwertung spezialisiert sind, würde dies zu externen Kosten führen. Ob diese auch unter die Kosten des Verfahrens zu subsummieren sind, die im Zweifel aus der Staatskasse zu tragen sind, ist wahrscheinlich. Daher ist ebenso wahrscheinlich, dass derartige Zusatzkosten nicht vorgesehen sein werden. Ob es ohne die genannte fachkundige Unterstützung möglich ist, die Gegenstände alleine aufgrund der Angaben des Schuldners bzw. dort eingeholter Informationen „auktionabel“ zu machen, muss bezweifelt werden.

Wenn dies bereits für einzelne Vermögensgegenstände gilt, so besteht dieses Problem erstrecht für die Veräußerung des Unternehmens im Ganzen. Eine sog. übertragende Sanierung in Form eines Asset Deals erfordert in aller Regel auch in kleineren Fällen komplexe Regelungen in umfangreichen Kaufverträgen. Zu regeln sind neben Themen wie der Übernahme von Vertragsverhältnissen oder der Gewährleistung insbesondere auch die komplexen Sachverhalte, die sich aus dem Übergang der Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB ergeben. Dass ein Unternehmensverkauf über eine Auktionsplattform abgewickelt werden kann auf Basis von vermutlich recht rudimentären Informationen, die der Schuldner zur Verfügung stellt, ist unwahrscheinlich. Jedenfalls liegt nahe, dass auf solcher Basis hauptsächlich „Glücksritter“ zu Schnäppchenpreisen Erwerbsinteresse haben. Von der Möglichkeit, auch das Unternehmen als Ganzes über die elektronische Auktionsplattform anzubieten, sollte bei der Umsetzung in das nationale Recht daher kein Gebrauch gemacht werden.

Nach einem Verkauf der Einzelgegenstände wirft auch die Umsetzung der weiteren Abwicklung Fragen auf. Die Gegenstände müssen bis zu ihrer Verwertung ggf. sichergestellt, gegen Beschädigung oder Fremdeinwirkungen geschützt und vertragsgemäß an den Erwerber herausgegeben werden. Führt man sich auch hier wieder das übliche, aufwendige Prozedere durch die Insolvenzverwaltung unter Einbindung darauf spezialisierter Auktionshäuser vor Augen, ist nicht vorstellbar, dass dies durch den Schuldner oder Mitarbeiter der zuständigen Behörde geleistet werden kann. Die Herausgabe verlangt regelmäßig die Anwesenheit vor Ort, um die Übergabe sowie ggf. den Zustand der Gegenstände zu dokumentieren. Darüber hinaus ist sicherzustellen und abzustimmen, dass eine Herausgabe nur erfolgt, wenn die Kaufpreiszahlung für den jeweiligen Gegenstand erfolgt ist. Auch diese Abstimmung ist nicht nur zeitaufwendig, sondern bei einer Vielzahl von Gegenständen nicht problemlos umzusetzen.

9. Anfechtung und Organhaftung

Erstmals sieht der vorliegende RL-Vorschlag in Teil II auch die Einführung von Mindeststandards für das Insolvenzanfechtungsrecht im europäischen Rechtsraum vor. Hierdurch soll nach den Ausführungen im RL-Vorschlag die Insolvenzmasse vor der unrechtmäßigen Entziehung von Vermögenswerten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschützt werden. Wenig verständlich ist daher, dass die ausdrücklich als für die Massemehrung und Vermeidung unrechtmäßiger Vermögensverlagerungen als wichtig erachtete Insolvenzanfechtung im gleichen RL-Vorschlag für

den Großteil der Insolvenzfälle durch die kontraproduktiven einschränkenden Regelungen für „Kleinstunternehmen“ wieder vollständig entwertet wird.

So haben die Mitgliedsstaaten nach Art. 47 des RL-Vorschlags Vorschriften einzuführen, wonach die Verfolgung und Durchsetzung von Anfechtungsklagen nicht zwingend ist, sondern im Ermessen der Gläubiger oder des gegebenenfalls bestellten Insolvenzverwalters liegt. In Art. 43 der Erwägungen des Europäischen Parlaments und des Rates wird ausgeführt, dass es den Gläubigern oder dem gegebenenfalls ausnahmsweise bestellten Insolvenzverwalter auch obliegen soll, die Anfechtungsklagen zu führen. Die zuständige Behörde soll lediglich das Recht haben, das vereinfachte Liquidationsverfahren in ein normales Insolvenzverfahren umzuwandeln, wenn die Durchführung von Anfechtungsverfahren im vereinfachten Liquidationsverfahren unter dem Gesichtspunkt des Wertes der Anfechtungsansprüche gegenüber dem Wert zur sonstigen Insolvenzmasse und aufgrund der zu erwartenden Dauer der Anfechtungsverfahren nicht möglich ist.

Ziel des bisherigen deutschen Insolvenzanfechtungsrechts ist es, vorinsolvenzliche Vermögensverschiebungen, die die Insolvenzgläubiger benachteiligen, rückgängig zu machen, um die Insolvenzmasse anzureichern und den Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung im Insolvenzverfahren zu fördern. Dabei wurde die durch die Einführung der deutschen Insolvenzordnung zum 01.01.1999 erfolgte Verschärfung des Insolvenzanfechtungsrechts als eine besonders effektive Maßnahme gegen die Massearmut angesehen (vgl. Hamburger Kommentar zur InsO, 6. Auflage, § 1, Rn. 21). Dies wird durch die Erfahrungen in der Praxis bestätigt, wonach es gerade in den Kleinstverfahren im Sinne des RL-Vorschlags oftmals allein durch die konsequente Prüfung und Geltendmachung insolvenzrechtlicher Anfechtungsansprüche gelingt, (höhere) Quotenzahlungen für die Gläubiger zu erzielen.

Die Schuldner der Kleinstverfahren, die grundsätzlich die Insolvenzmasse, also eigentlich auch die insolvenzrechtlichen Anfechtungsansprüche den zuständigen Behörden offen zu legen haben, sind sicherlich nicht in der Lage, solche Prüfungen zu leisten oder gar nur die relevanten Sachverhalte zu identifizieren und den zuständigen Behörden mitzuteilen oder aufzubereiten. Hinzu kommt, dass es an der Wirklichkeit vorbeigeht, wenn im RL-Vorschlag anscheinend von einem überwiegend fähigen und motivierten Schuldner ausgegangen wird. Zu oft sind die Schuldner mit einfachsten Informationsanforderungen überfordert oder schlicht nicht willens, ihre Arbeitskraft zur Abwicklung des Unternehmens zur Verfügung zu stellen. Die vorgesehenen zuständigen Behörden dürften wie in Deutschland in den meisten Mitgliedsstaaten nicht über ausreichende Kapazitäten verfügen, um die Prüfungshandlungen eines Insolvenzverwalters auch nur ansatzweise ersetzen zu können. Will man die zuständigen Behörden in den Stand setzen, die Anfechtungsansprüche an Stelle der Insolvenzverwalter zu ermitteln und zu prüfen, so würden die dafür erforderlichen Ausgaben die bisherigen Verfahrenskosten deutlich übersteigen, da allein hierzu eine massive kostenintensive Aufstockung des Personals der zuständigen Behörden erforderlich wäre.

Ohne entsprechende Informationen und den erforderlichen umfassenden Einblick in die Buchhaltung des schuldnerischen Unternehmens läuft das Recht der Gläubiger, Anfechtungsklagen zu führen, jedoch per se ins Leere. Auch werden durch die vorgesehene gerichtliche Geltendmachung der insolvenzrechtlichen Anfechtungsansprüche durch die Gläubiger diesen letztendlich die Schwierigkeiten und Kosten für deren Ermittlung und Durchsetzung auferlegt. Dies ist ein weiteres Hemmnis, das dazu führen wird, dass die Insolvenzanfechtung im Großteil der Insolvenzfälle keine Rolle mehr spielen wird.

Letztendlich stellt die im RL-Vorschlag vorgesehene Regelung zum Anfechtungsrecht eine Einladung an den unredlichen Schuldner dar, sanktionslos sein restliches Vermögen ihm wichtigen bzw. nahestehenden Gläubigern zur Befriedigung ihrer Forderungen zur Verfügung zu stellen oder gar für sich selbst zu nutzen, weil im Gegensatz zum aktuellen Recht keine nachträgliche Aufdeckung solcher Zahlungsströme und Vermögensverschiebungen mehr zu befürchten ist.

Die in Art. 47 Ziffer b) vorgesehene Regelung, wonach die Entscheidung der Gläubiger, keine Anfechtungsklagen einzuleiten, nicht die zivil- oder strafrechtliche Haftung des Schuldners berührt, wenn später festgestellt wird, dass er Informationen über Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten gefälscht hat oder Informationen verheimlicht hat, wird daran nichts ändern, da mit einer Aufdeckung unredlichen Verhaltens bei den verwalterlosen Liquidationsverfahren nicht mehr gerechnet werden muss.

Zu Recht weist Sämisch in seinem Aufsatz in der ZRI 2023, Seite 93 ff. daraufhin, dass aktuell die Verfahrenskosten in den Kleinstinsolvenzverfahren zum größten Teil durch die Geltendmachung insolvenzrechtlicher Anfechtungsansprüche gedeckt werden. Diese Kosten hätte ohne eine effektive Insolvenzanfechtung zukünftig der Staat zu tragen.

Auch das wohl schärfste Schwert gegen Insolvenzverschleppungen und Vermögensverschiebungen - die gesellschaftsrechtliche Haftung des Unternehmensleiters bei juristischen Personen mit beschränkter Haftung - wird für den Großteil der Insolvenzen durch die Regelungen des RL-Vorschlags für Kleinstunternehmen entwertet werden.

Im deutschen Recht werden die gesellschaftsrechtlichen Haftungsansprüche im Insolvenzfall - soweit es den Gesamtschaden betrifft - vom Insolvenzverwalter geprüft und geltend gemacht. Die Aufarbeitung der Ansprüche ist aufwendig und erfordert die zeitintensive Sichtung und Auswertung der kompletten Buchhaltung des schuldnerischen Unternehmens durch den Insolvenzverwalter beziehungsweise seine hierfür qualifizierten Mitarbeiter. Sie führt – wenn der Geschäftsführer selbst nicht insolvent ist – regelmäßig zu erheblichen Forderungen zu Gunsten der Insolvenzmasse und stellt gerade in den von dem RL-Vorschlag erfassten Kleinstverfahren ebenfalls ein wichtiges Instrument zur Massemehrung dar. Zugleich entfalten die aktuellen Haftungsregelungen im Insolvenzfall ein erhebliches Abschreckungspotential, da von einer Aufdeckung von Insolvenzverschleppungen und unredlichem Verhalten durch den Insolvenzverwalter ausgegangen werden muss.

Der RL-Vorschlag sieht in Art. 36 zwar die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten vor, zu regeln, dass die Unternehmensleitung von juristischen Personen spätestens drei Monate nach Kenntniserlangung von der Zahlungsunfähigkeit beziehungsweise drei Monate, nachdem sie vernünftigerweise Kenntnis hätte erlangen können, einen Insolvenzantrag stellen müssen. Und nach Art. 37 des RL-Vorschlags haften die Unternehmensleitungen anderenfalls den Gläubigern für den Schaden, der aus der Nichterfüllung der Insolvenzantragspflicht resultiert. Allerdings ist eine zentrale Prüfung der Haftungsansprüche durch eine mit umfassenden Einsichts- und Auskunftsrechten ausgestattete unabhängige, qualifizierte Stelle nicht vorgesehen. Damit fehlt faktisch jede Möglichkeit die Haftungsansprüche gegen die Unternehmensleitung ermitteln und durchsetzen zu können. Hierdurch bleiben unredliche Vermögensverschiebungen und Insolvenzverschleppungen, die regelmäßig zu erheblich höheren Schäden bei den Gläubigern führen, faktisch ohne Sanktion und würden zukünftig sicherlich nochmals deutlich zunehmen.

Soweit der RL-Vorschlag als Ziel die Stärkung der Rechte der Gläubiger anführt, bleibt festzuhalten, dass die in dem RL-Vorschlag für Kleinverfahren vorgesehenen Regelungen hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Anfechtung sowie der gesellschaftsrechtlichen Haftungsansprüche genau das Gegenteil bewirken und die Interessen der Gläubiger deutlich schädigen werden.

10. Entschuldung von Gesellschaftern/Bürgen

Im Zusammenhang mit dem vereinfachten Liquidationsverfahren sollen gemäß Art. 56 die Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass auch die Gesellschafter des Kleinstunternehmens in vollem Umfang entschuldigt werden.

Gemäß Art. 57 wird darüber hinaus festgelegt, dass auch Insolvenzverfahren gegen einen Bürgen, der im Rahmen der Bürgschaft für Forderungen haftet, die ein Kleinstunternehmen im vereinfachten Liquidationsverfahren betreffen, mit diesem koordiniert oder zusammengelegt werden. Ziel ist, dass auch die Bürgen parallel entschuldigt werden.

Auszugehen ist dabei wohl von einer 3-Jahres-Frist für die Entschuldung. Auch wenn dies im RL-Vorschlag nicht explizit genannt wird, müsste sich dies aus Titel III. der Richtlinie EU 2019/1023 ergeben, wo die maximale Entschuldungsfrist auf drei Jahre festgelegt wurde.

Zu befürchten ist, dass sich aus dieser umfassenden Entschuldung von persönlich haftenden Gesellschaftern und auch Bürgen die Kreditvergabe erschweren wird für Kleinstunternehmen, da die in der persönlichen Haftung bzw. Bürgschaft durch die Gesellschafter bestehenden Sicherheiten damit entwertet werden. Da der RL-Vorschlag grundsätzlich den Ansatz verfolgt, die unternehmerische Tätigkeit auch für Klein(st)unternehmen zu erleichtern, scheint dies kontraproduktiv zu sein und dürfte einen erheblichen Hemmschuh für einen unternehmerischen Neustart darstellen.

11. Fazit zum vereinfachten Liquidationsverfahrens für Klein(st)unternehmen

Das vereinfachte, regelmäßig verwalterlose Liquidationsverfahren aus dem RL-Vorschlag ist für das deutsche Rechtssystem nicht geeignet. Wir verfügen bereits über ein funktionierendes System, in dem ein Einzelunternehmer nach drei Jahren die Entschuldung erlangen und Verfahrenskostenstundung in Anspruch nehmen kann. Ein Verfahren nach den Regelungen des RL-Vorschlags entwertet die Ordnungsfunktion des verwaltergeführten Insolvenzverfahrens, und das in ca. 90 % der Fälle. Durch die Zuständigkeitsverschiebung auf die Behörden bzw. Gerichte werden erhebliche Investitionen dort notwendig, um eine Infrastruktur zu schaffen, die in den Verwalterbüros bereits besteht. Ein Nutzen dieser Verschiebung ist nicht erkennbar, vielmehr ist mit geringeren Quoten für die Gläubiger und einer höheren Kostenlast für den steuerzahlenden Bürger zu rechnen.

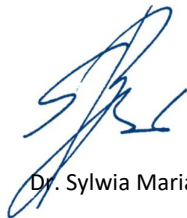
Mit freundlichen Grüßen

Vorstand der Distressed Ladies – Women in Restructuring e.V.



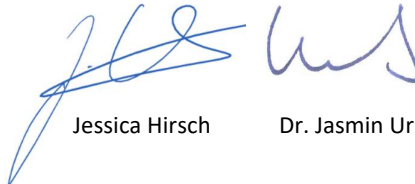
Katharina Gerdes

BRL



Dr. Sylwia Maria Bea

Norton Rose Fulbright



Jessica Hirsch

Struktur Management
Partner



Dr. Jasmin Urlaub

GRUB BRUGGER



Dr. Gesa Pantaleon
gen. Stemberg

PSW Pantaleon gen.
Stemberg & Partner mbB