

Stellungnahme des Forum 270 – Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e. V. zum EU-Richtlinienentwurf zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts (COM(2022) 702 final)

1. Einleitung

In seinem Schreiben vom 30.1.2023 fasst das Bundesministerium für Justiz (BMJ) die wesentlichen Elemente des Kommissionsvorschlags für eine „Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts“ ((COM(2022) 702 final) – nachfolgend „RL-Vorschlag“) zusammen. Das BMJ eröffnet dem Forum 270 e. V. dabei die Möglichkeit zu einer Stellungnahme im Rahmen des europäischen Gesetzgebungsverfahrens. Es wird insbesondere um Stellungnahme zu den vorgeschlagenen neuen Verfahrensvarianten, den „pre-pack sales“ sowie dem Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen gebeten. Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme, da insbesondere das geplante *pre-pack* Verfahren starke Berührungspunkte und Überschneidungen mit dem Tätigkeitsbereich der Mitglieder des Forum270 e.V. als Experten im Bereich von Unternehmenssanierungen durch eigenverwaltete Insolvenzverfahren aufweist. Gerne nutzen wir die Möglichkeit und nehmen Stellung zu den Regelungsvorschlägen bzgl. des pre-pack Verfahrens (dazu 2.), dem Vorschlag eines eigenverwalteten Liquidationsverfahrens von Kleinstunternehmen (dazu 3.) sowie der Bildung und Arbeitsweise von Gläubigerausschüssen (dazu 4.), da in unseren Eigenverwaltungsverfahren regelmäßig Unternehmensverkäufe stattfinden und Gläubigerausschüsse bestellt werden.

Die EU-Kommission stellt ihren RL-Vorschlag zunächst in den Kontext der bisherigen europarechtlichen Gesetzgebung im Bereich des Insolvenzverfahrens (S. 1-5 des RL-Vorschlags). Den Ausführungen stimmen wir insofern zu, als die bisherigen Richtlinien von einer Harmonisierung des hergebrachten materiellen Insolvenzrechts, welches in Deutschland seit dem 01.01.1999 in der Insolvenzordnung (InsO) geregelt ist, abgesehen haben. So regelte bisher die direkt anwendbare Verordnung (EU) 2015/848 (sog. EuInsVO)¹ Kollisionsfragen in grenzüberschreitenden Fällen innerhalb der EU. Daneben hat ferner die Richtlinie (EU) 2019/1023 (sog. Stabilisierungs- und Restrukturierungsrichtlinie)² den Rahmen für die neue, nationale Schaffung des Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetzes

¹ Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (ABl. L 141 vom 5.6.2015, S. 19).

² Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz) (ABl. L 172 vom 26.6.2019, S. 18).

(sog. StaRUG³) gesetzt, um im Rahmen einer Unternehmenskrise neue sanierungsfreundliche Instrumente an die Hand zu geben. Durch beide Regelungsinstitute ist eine Harmonisierung des „Kern“-Insolvenzrechts, insbesondere in eigenverwalteten Insolvenzverfahren, bisher auf EU-Ebene nicht vorgenommen worden.

Die Kommission stützt ihren RL-Vorschlag auf Art. 114 AEUV und erläutert die Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit ihrer Maßnahme (S. 6f. des RL-Vorschlags). Insbesondere wird auch die Wahl einer Richtlinie als Art des Instruments erläutert (S. 7f. des RL-Vorschlags). Der Normcharakter der Maßnahme in Gestalt einer Richtlinie wird von uns begrüßt. So hätte eine unmittelbar wirkende und direkte Rechtskraft entfaltende Verordnung die jeweiligen nationalen Mechanismen im Insolvenzrecht und deren Verzahnung mit dem nicht harmonisierten Zivil- und Gesellschaftsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten zu sehr beeinträchtigt. Es erscheint uns deutlich vorteilhafter an dieser Stelle der Harmonisierung einen Rahmen zu setzen, innerhalb dessen sich die Mitgliedstaaten noch mit Blick auf ihre sonstige Rechtsordnung bewegen können. Schließlich sind die jeweiligen insolvenzrechtlichen Regime keine Auswüchse des 21. Jahrhunderts, auch wenn die deutsche Insolvenzordnung erst seit 1999 in Kraft ist. Wesentliche Mechanismen beruhen auf der Konkursordnung und prägen die Rechtsordnung in Deutschland seit fast 150 Jahren.⁴ Die Insolvenzordnung hat damit historisch gesehen einen gleichen Stellenwert wie das Bürgerliche Recht (BGB) oder Strafrecht (StGB), welches bisher weit überwiegend allenfalls nur einer Harmonisierung durch eine Richtlinien-Gesetzgebung der EU unterliegt. Das Insolvenzrecht ist Teil der nicht harmonisierten Zivil- und Wirtschaftsrechtsordnungen der Mitgliedsstaaten und in diese eingebettet. Es modifiziert diese Rechtsordnung für den Fall, dass ein Schuldner nicht mehr vollumfänglich seinen zivilrechtlichen Verpflichtungen nachkommen kann.

2. Pre-pack-Verfahren (Art. 19 bis 35 RL-Vorschlag)

Das Pre-pack-Verfahren wird legaldefiniert als ein zügiges Liquidationsverfahren, in dem der vollständige oder teilweise Verkauf des Unternehmens des Schuldners als fortgeführtes Unternehmen an den Bestbieter mit dem Ziel der Liquidation der Vermögenswerte des Schuldners infolge der festgestellten Insolvenz des Schuldners vorgesehen ist (vgl. Art. 2 lit. p) RL-Vorschlag).

Die Kommission führt in ihrer Erläuterung des Richtlinien-Entwurfes aus, dass die Vorschriften (Art. 19 bis 35 RL-Vorschlag) über das Pre-pack-Verfahren sicherstellen sollen, dass diese Verfahren, die allgemein als wirkungsvoll angesehen werden, was die Verwertung für die

³ Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen, Gesetz vom 22.12.2020 (letzte Änderung durch Art. 12 G vom 20.07.2022, BGBl. I S. 1166, 1172).

⁴ Die Konkursordnung erschien im Deutschen Reichsgesetzblatt 1877 als Nummer 10 in der Fassung vom 10. Februar 1877.

Gläubiger angeht, in strukturierter Weise in den Insolvenzregelungen aller Mitgliedstaaten verfügbar sein sollen. In einem Pre-pack-Verfahren werde der Verkauf des Unternehmens (oder eines Teils davon) des Schuldners vor der förmlichen Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorbereitet und ausgehandelt. So bestehe die Möglichkeit, kurze Zeit nach Eröffnung des förmlichen Insolvenzverfahrens zur Liquidation eines Unternehmens den Verkauf durchzuführen und den Erlös zu erzielen (S. 17f. des RL-Vorschlags).

a) Pre-pack-Verfahren, Art. 19 RL-Vorschlag

Das pre-Pack Verfahren wird in zwei separate Phasen aufgeteilt, die Vorbereitungsphase (Art. 19 Abs. 1 lit. a) RL-Vorschlag) und die Liquidationsphase (Art 19 Abs. 1 lit. b) RL-Vorschlag). Dabei soll die Vorbereitungsphase dazu dienen, einen Käufer für das Unternehmen des Schuldners zu finden. In dieser Phase sollte das Verfahren ein überwachtes, nicht zwingend öffentliches Verfahren sein, um Missbrauch zu vermeiden und Gläubigerinteressen zu wahren, ähnlich dem deutschen Schutzschirmverfahren nach § 270d InsO. In dieses Verfahren könnte der pre-pack unserer Ansicht nach auf nationaler Ebene integriert werden. Im Eigenverwaltungsverfahren nach §§ 270a ff. InsO bzw. Schutzschirmverfahren nach § 270d InsO wird ohnehin bereits für eine belastbare Vergleichsrechnung in einem Insolvenzplan zwingend ein objektiver und ergebnisoffener M&A Prozess durchgeführt (sog. Dual Track).⁵ Ein Absehen von einer Investorensuche ist nur in Ausnahmefällen zulässig, wobei die Vergleichsrechnung dann durch Unternehmensbewertung oder Erstellung einer Fairness Option nach IDW S 8⁶ zu validieren ist.

In der sich anschließenden Liquidationsphase soll sodann der Verkauf des Unternehmens des Schuldners genehmigt und ausgeführt sowie der Erlös an die Gläubiger verteilt werden. Unklar ist für uns, welche Voraussetzungen für den Eintritt in die Vorbereitungsphase bestehen sollen. Hierzu macht die Richtlinie keine Angaben. Ferner ist unklar, welche Dauer die Vorbereitungsphase haben soll. Wir begrüßen, dass es hier den Mitgliedstaaten freisteht, das pre-pack Verfahren in ihre bisher bestehenden Insolvenz- und Sanierungssystem eingliedern zu können. In den von uns betreuten Eigenverwaltungsverfahren dauert das vorläufige Verfahren regelmäßig drei bis vier Monate, in Abhängigkeit des in diesem Zeitraum gesicherten Insolvenzgelds, das die Lohnzahlungen an die Arbeitnehmer subventioniert. Ein

⁵ Vgl. Standard des Forums 270 – Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e.V., überarbeitete Fassung März 2022, dort S. 13; so auch *Hölzle* in: Kübler, HRI (3. Aufl. 2018), § 30.

⁶ IDW Standard: Grundsätze für die Erstellung von Fairness Opinions (IDW S 8).

solcher Zeitraum erscheint zum Beispiel als angemessen, um mögliche Verkaufsszenarien eines Unternehmens am Markt zu platzieren.

b) Gerichtliche Zuständigkeit, Art. 21 RL-Vorschlag

Art. 21 RL-Vorschlag sieht vor, dass das für Pre-pack-Verfahren zuständige Gericht die ausschließliche Zuständigkeit für alle Fragen hat, die den Umfang und die Auswirkungen des Verkaufs des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon in Pre-pack-Verfahren auf Schulden und Verbindlichkeiten i.S.d. Art. 28 betreffen.

Der Richtlinienvorschlag regelt nicht die örtliche und sachliche Zuständigkeit auf Ebene der Mitgliedstaaten. Die Regelungskompetenz verbleibt beim nationalen Gesetzgeber. Die in Deutschland bestehenden Möglichkeiten erstrecken sich über die Bandbreite einer Zuständigkeit der Amtsgerichte/Insolvenzgerichte bis zu einer weiteren denkbaren Konzentration auf nur ein einziges Amtsgericht in einem OLG-Bezirk mit der ausschließlichen Zuständigkeit. Bei der Richtlinienumsetzung sehen wir jedenfalls auf nationaler Ebene noch erheblichen Diskussionsbedarf.

Zu kritisieren ist, dass eine personelle und inhaltliche Überlastung der Insolvenzgerichte zu erwarten steht. Die zuständigen Abteilungen an den Insolvenzgerichten verfügen nicht über die Expertise, um sämtliche Fragen, die sich im Zusammenhang mit der gerichtlichen Genehmigung des Verkaufs nach Art. 26 RL-Vorschlag ergeben, zu beantworten. Hier sind komplexe wirtschaftliche Fragestellungen, aber auch rechtliche Fragestellungen wie beispielsweise, bau-, energie- oder umweltrechtliche Fragestellungen denkbar, die sich bei einem Unternehmenskauf ergeben, insbesondere wenn sich der Käufer nach Art. 28 RL-Vorschlag freiwillig dazu bereit erklären sollte, die Verbindlichkeiten des Schuldners zu übernehmen.

c) Sachwalter, Art. 22 RL-Vorschlag

Art. 22 sieht vor, dass das zuständige Gericht auf Antrag des Schuldners einen Sachwalter bestimmt. Mit der Bestellung soll sodann die Vorbereitungsphase nach Art. 19 Abs. 1 beginnen. Ferner wird der Aufgabenkreis des Sachwalters festgelegt (Art. 22 Abs. 2).

Insofern besteht wiederum die bereits dargestellte Parallele zum Eigenverwaltungsverfahren nach §§ 270 ff. InsO. In einem solchen vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren verpflichten

sich unsere Mitglieder ohnehin in unserem Standard⁷ regelmäßig dazu, dass mit Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung und Bestellung des vorläufigen Sachwalters ebenfalls ein offener M&A Prozess in Bezug auf das schuldnerische Unternehmen durchzuführen ist.

d) Aussetzung von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen, Art. 23 RL-Vorschlag

Art. 23 verpflichtet die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass der Schuldner in zwei Fällen die Aussetzung von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen in Anspruch nehmen können soll. Zum einen, wenn eine Insolvenz wahrscheinlich ist. Zum anderen, wenn er nach nationalem Recht zahlungsunfähig ist.

Der erste Fall einer wahrscheinlichen Insolvenz knüpft an Art. 4 der Restrukturierungsrichtlinie⁸ an. Nach Art. 4 Abs. 1 der Restrukturierungs-RL stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Schuldner bei einer wahrscheinlichen Insolvenz Zugang zu einem präventiven Restrukturierungsrahmen haben, der es ihnen ermöglicht, sich zu restrukturieren, um eine Insolvenz abzuwenden und ihre Bestandsfähigkeit sicherzustellen, unbeschadet anderer Lösungen zur Abwendung einer Insolvenz, wodurch Arbeitsplätze geschützt werden und die Geschäftstätigkeit weitergeführt wird. Im deutschen StaRUG ist an die drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 Abs. 2 InsO als Eintrittsvoraussetzung in eine StaRUG-Sanierung angeknüpft worden. Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. In aller Regel ist ein Prognosezeitraum von 24 Monaten zugrunde zu legen.

Ein zeitlicher Rahmen für das pre-Pack Verfahren ist wohl bewusst nicht vorgesehen. Im Fall einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit dürfte aber für den Schuldner – nach bisherigem Verständnis – weiterhin die Pflicht bestehen, einen Insolvenzantrag nach § 15a InsO zu stellen. In diesem Fall könnte er dann ohnehin die Aussetzung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, sei es für ein Regelverfahren oder in einer Eigenverwaltung beantragen (vgl. § 22 Abs. 2 Nr. 3 InsO (i.V.m. § 270 Abs. 1 S. 2 InsO)). Die Aussetzung von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen nach Art. 6 und 7 der Restrukturierungsrichtlinie⁹ wird damit obsolet.

⁷ Vgl. Standard des Forums 270 – Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e.V., überarbeitete Fassung März 2022, dort S. 13.

⁸ Vgl. bereits Fn. 2.

⁹ Vgl. bereits Fn. 2.

Wir halten es im Hinblick auf die Möglichkeiten eines zu gewährenden Vollstreckungsschutzes für sinnvoll, die Eintrittsvoraussetzungen durch die Mitgliedstaaten regeln zu lassen. Damit wird garantiert, dass das pre-Pack Verfahren in die verschiedenen bisherigen Verfahrensregelungen der Mitgliedstaaten passend eingegliedert werden kann.

Zudem halten wir die Eintrittsvoraussetzung der Zahlungsunfähigkeit nach nationalem Recht nicht für wünschenswert. Denn das pre-Pack Verfahren und damit einhergehende Maßnahmen wie der Vollstreckungsschutz nach Art. 6,7 Restrukturierungsrichtlinie¹⁰ sollten nur bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 19 InsO (sog. *imminent illiquidity*) Anwendung finden können.

e) Gerichtliche Genehmigung, Art. 26 RL-Vorschlag

Art. 26 sieht eine Genehmigung durch das zuständige Gericht vor, wenn der Sachwalter in einer Stellungnahme bestätigt, dass der Verkaufsprozess den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich seiner Person (Art. 22 Abs. 2 und 3) und der für den Verkaufsprozess geltenden Grundsätze (Art. 24 Abs. 1 und 2) genügt. Zudem wird ein zeitlicher Ablauf definiert, wenn die Mitgliedstaaten von der Möglichkeit einer öffentlichen Auktion (Art. 24 Abs. 3) Gebrauch machen (Art. 26 Abs.2).

Das Forum 270 moniert die Regelung in Art. 26 Abs. 1 in zwei Belangen. Zum einen ist unklar, welche rechtliche Wirkung die Genehmigung durch das Gericht haben soll. Denkbar ist zunächst, dass der Kaufvertrag zwischen Schuldner und Erwerber erst durch die Genehmigung wirksam wird. Im deutschen Insolvenzverfahren wird der *asset deal* regelmäßig unter die auflösende Bedingung der Nicht-Zustimmung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung gestellt, da das Gesetz die Zustimmung vorsieht, vgl. §§ 160 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 276 InsO. Die Zustimmungserfordernisse von Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung haben jedoch nur Wirkung im Innenverhältnis, sie sind kein Wirksamkeitserfordernis im Außenverhältnis, weshalb eine nicht eingeholte Zustimmung auch nicht zur Unwirksamkeit der Rechtshandlung führt (§ 276 S. 2 iVm § 164 InsO).

Daher setzen wir uns dafür ein, dass die Mitgliedstaaten regeln können, dass und unter welchen Voraussetzungen die gerichtliche Genehmigung des *pre-packed* Kaufvertrages durch Organe der Gläubigergesamtheit (wie z.B. Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss) ersetzt werden kann.

¹⁰ Vgl. bereits Fn. 2.

Wir sind der Auffassung, dass die Verpflichtung des Sachwalters nach Art. 22 Abs. 2 lit. d) RL-Vorschlag, wonach dieser anzugeben hat, ob das beste Gebot seiner Einschätzung nach keinen offensichtlichen Verstoß gegen das Kriterium des Gläubigerinteresses darstellt, dem Schutzzweck der Vergleichsrechnung im Insolvenzplanverfahren gleichkommt. Diese Schutzmaßnahme sollte eine „*bottom-line*“ für jedwede Veräußerung sein, da ansonsten den Gläubigern eine Schlechterstellung als bei einer Zerschlagung zu Liquidationswerten droht. Jedoch erscheint uns das Merkmal der Offensichtlichkeit solcher Verstöße zu weit gefasst und sollte daher ersatzlos gestrichen werden. Vielmehr hat der Sachwalter dahingehend Angaben zu machen, ob das beste Gebot überhaupt gegen das Kriterium des Gläubigerinteresses verstößt. Wir setzen uns für einen härteren Prüfungsmaßstab ein, wonach der Sachwalter jeden Verstoß gegen Gläubigerinteressen prüfen und benennen muss.

Wir schlagen daher folgende Anpassung in Art. 22 Abs. 2 lit d.) vor:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Sachwalter angibt, ob das beste Gebot seiner Einschätzung nach keinen ~~offensichtlichen~~ Verstoß gegen das Kriterium des Gläubigerinteresses darstellt.

In Art. 26 Abs. 1 RL-Vorschlag wird ein Satz 3 wie folgt eingefügt:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Gericht bei Eröffnung der Liquidationsphase den Verkauf des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon an den vom Sachwalter vorgeschlagenen Käufer genehmigt, sofern in seiner Stellungnahme bestätigt wird, dass der während der Vorbereitungsphase durchgeführte Verkaufsprozess den Anforderungen des Artikels 22 Absätze 2 und 3 sowie des Artikels 24 Absätze 1 und 2 genügt und ein Gläubigerausschuss, sofern nach nationalem Recht verpflichtend einzusetzen, seine Zustimmung erklärt.

In diesem Zusammenhang halten wir insgesamt eine Integration des pre-pack Verfahrens in das bisherige nationale Insolvenzeröffnungsverfahren für angebracht und möglich. Denn eine prozedurale Wahrung der Gläubigerinteressen durch Bestellung eines Gläubigerausschusses ist essentiell, um das Ziel einer gleichberechtigten und bestmöglichen Gläubigerbefriedigung zu erreichen. Für Unternehmen ab einer bestimmten Größe ist in einem Insolvenzverfahren zwingend ein (vorläufiger) Gläubigerausschuss zu bestellen (mind. 6 Mio. € Bilanzsumme, mind. 12 Mio. € Jahresumsatz, mind. 50 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt), §§ 22a Abs. 1, 270 InsO. Die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses schon im Eröffnungsverfahren und die Beteiligung dieses Ausschusses an der Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters/Sachwalters sowie an der Entscheidung über die Anordnung

der Eigenverwaltung and am Schutzschirmverfahren soll den Einfluss der Gläubiger auf das Insolvenzverfahren stärken, um deren effektivere Beteiligung am Verfahren zu erreichen.¹¹

Ein solches Gremium fehlt in der bisherigen Ausgestaltung des pre-pack Verfahrens und sollte unserer Erachtens nach im Gesetzgebungsverfahren aufgenommen werden.

f) Abtretung oder Kündigung noch zu erfüllender Verträge, Art. 27 RL-Vorschlag

Art. 27 soll die Mitgliedstaaten verpflichten, eine automatische Abtretung der Schuldverhältnisse des Schuldners an den Käufer des Unternehmens vorzusehen. Außer in den Fällen, in denen der Käufer ein Wettbewerber der Gegenpartei(en) des Schuldners ist. Die Regelung macht deutlich, dass die EU-Kommission in ihrem Vorschlag ausschließlich von einem *asset deal* für ein pre-Pack Verfahren ausgeht. Denn bei einem *share deal* würden die Verträge des schuldnerischen Unternehmens ohnehin weiterlaufen, da der Rechtsträger erhalten bliebe.

Bedenklich erscheint uns hierbei, dass die Vertragspartner des Schuldners dadurch zu einem Vertrag mit dem Käufer als bisherigen Dritten gezwungen werden. Dieser Kontrahierungszwang ist jedoch mit allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen der Kontrahierungs- und Vertragsfreiheit nach § 242 BGB i.V.m. Art. 2 GG wohl nicht vereinbar. Die Privatautonomie ist von dem Grundgedanken getragen, dass die Parteien in einem rechtsgeschäftlich begründeten Rechtsverhältnis selbst einen angemessenen Ausgleich determinieren.¹² Üblicherweise liegt gerade beim *asset deal* der Sanierungseffekt gerade in der Möglichkeit, die Dauerschuldverhältnisse des Betriebs neu zu ordnen und zu verhandeln. Dieser Mechanismus würde durch die 1:1 Abtretung bisher bestehender Vertragsverhältnisse abgeschnitten werden. Die Möglichkeit die bestehenden Verträge weiterzuführen, besteht bisher nach der InsO nur für das Insolvenzplanverfahren. In dieser Verfahrensart sind jedoch die Gläubigerinteressen durch die Planabstimmung in der Gläubigerversammlung durch die entsprechenden Mehrheitsregelungen (Kopf- und Summenmehrheit gemäß § 244 InsO und Gruppenbildung gemäß § 222 InsO) gewahrt. Diese Gläubigerpartizipation besteht in der Veranlagung des pre-pack Verfahrens, wie es bisher angelegt ist, aber zu Lasten der Gläubiger gerade nicht. Denn nach Art. 34 sollen die Gläubiger allein dadurch geschützt werden, dass sie berechtigt sind, vor der Genehmigung des Gerichts oder vor Ausführung des Verkaufs des Unternehmens des Schuldners durch das Gericht angehört zu werden.

¹¹ BT-Drs. 17/5712 S. 17, S. 24; Uhlenbruck/Vallender, 15. Aufl. 2019, InsO § 22a Rn. 4.

¹² MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2022, BGB § 242 Rn. 632

Die Möglichkeit einer Kündigung durch das Gericht nach Art. 27 Abs. 2 lit a) berücksichtigt dagegen nur die Interessen des Unternehmens des Schuldners, nicht aber die Interessen der Vertragsparteien des Schuldners.

Die Kündigungsmöglichkeit durch das Gericht nach Art. 27 Abs. 2 ist unter einer der beiden folgenden Voraussetzungen gegeben:

- a) Die Kündigung liegt im Interesse des Unternehmens des Schuldners.
- b) Der noch zu erfüllende Vertrag umfasst Gemeinwohlverpflichtungen bzw. öffentlich-rechtliche Verträge.

Zweifelhaft ist hier bereits die Einschätzungsprärogative für das Gericht, welches entscheiden soll, ob die Kündigung im Interesse des schuldnerischen Unternehmens ist oder nicht. Dazu wird in der Regel ein Votum des Schuldners bzw. des Insolvenzverwalters oder Sachwalters erforderlich sein. Unklar ist auch, ob ein Schadensersatzanspruch für die Vertragspartei vorgesehen werden soll, wie es für das deutsche Insolvenzverfahren nach § 103 Abs. 2 InsO der Fall ist und ob die Vertragspartei auch das Gericht dazu auffordern kann, einen Beschluss über die Kündigung zu fassen. Auch hier sieht Art. 27 Abs. 3 RL-Vorschlag als Öffnungsklausel vor, dass für eine Abtretung (Art. 27 Abs. 1) oder Kündigung (Art. 27 Abs. 2) noch zu erfüllender Verträge das Recht des Mitgliedstaats anzuwenden sein soll, in dem die Liquidationsphase eröffnet worden ist.

Inkonsistent wirkt schließlich die Ausnahme der Möglichkeit einer Kündigung von Verträgen, die das geistige und gewerbliche Eigentum betreffen. Aus den Erwägungsgründen ergibt sich, dass diese normalerweise Schlüsselkomponenten der Geschäftstätigkeit des verkauften Unternehmens seien.¹³ Dies kann aber auch für jeden anderen Vertragstypus eines schuldnerischen Unternehmens gelten.

Nach alledem schlagen wir vor, bei der Übertragung der Verträge auf den Käufer zumindest für die Vertragspartner ein außerordentliches, gesetzliches Kündigungsrecht vorzusehen, um die Privatautonomie der Vertragspartner zu schützen. Damit würden die Verträge zunächst per Automatismus übergehen, könnten aber zumindest durch Erklärung einer außerordentlichen Kündigung durch den Vertragspartner beendet werden.

Wir schlagen folgenden Satz 3 als Ergänzung in Art. 27 UAbs. 1 vor:

¹³ Erwägungsgrund 28 a.E. des RL-Vorschlags.

... Gleichwohl stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass der Gegenpartei nach der Abtretung ein außerordentliches Kündigungsrecht gegenüber dem Käufer des Unternehmens des Schuldners zusteht.

g) Erwerb ohne Verbindlichkeiten, Art. 28 RL-Vorschlag

Art. 28 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten regeln mögen, dass der Erwerb im Rahmen des pre-Pack Verfahrens ohne Schulden und Verbindlichkeiten erfolgt. Angemerkt sei zunächst, dass die Differenzierung zwischen Schulden und Verbindlichkeiten (eng. *debts and liabilities* ; franz. *dettes et d'engagements*) nicht ganz eindeutig ist, ggf. werden die Begrifflichkeiten aber auch synonym verwendet. Jedenfalls liest sich in der französischen Fassung der Begriff der *d'engagements* auch als Dauerschuldverhältnisse. Unter Berücksichtigung der möglichen „zwangsweisen“ Übertragung von Vertragsverhältnissen ohne Zustimmungserfordernis der Gegenpartei nach Art. 27 Abs. 1 ist die Formulierung damit unscharf und sollte überarbeitet werden.

Wir regen an, den Begriff der Schulden ersatzlos zu streichen und stattdessen den Begriff Verbindlichkeiten, die der Schuldner vor Eröffnung der Liquidationsphase begründet hat, zu verwenden. Denn es scheint nicht ausgeschlossen, dass das Unternehmen nach Eröffnung der Liquidationsphase und vor Abschluss des Kaufvertrages Verbindlichkeiten eingeht, die aber zu erfüllen sind. Denn Stichtag der Eröffnung der Liquidationsphase und des Unternehmenserwerbs werden nicht immer taggleich aufeinander fallen. Wir empfehlen folgenden Formulierungsvorschlag:

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

h) Haftung des Sachwalters und des Insolvenzverwalters, Art. 31 RL-Vorschlag

Nach Art. 31 RL-Vorschlag sollen die Mitgliedstaaten ein Haftungsregime für den Sachwalter und den Insolvenzverwalter für solche Schäden vorsehen, die Gläubigern und von dem Pre-pack-Verfahren betroffenen Dritten durch die Nichterfüllung ihrer Pflichten aus diesem Titel entstehen. Grundsätzlich ist eine Haftungsvorschrift für Sachwalter und Insolvenzverwalter angebracht. Auch im bisher geltenden deutschen Insolvenzrecht ist die Haftung des

Insolvenzverwalters und Sachwalters für Schäden, die durch eine schuldhafte Pflichtverletzung entstehen, vorgesehen (§§ 60, 274 Abs. 1 InsO). Ferner halten wir auch eine Haftung des Schuldners selbst bzw. der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Schuldners für erforderlich, um Missbräuchen im Rahmen dieses Verfahrens vorzubeugen.

Jedoch kritisieren wir, dass auch durch das pre-Pack-Verfahren betroffene Dritte in den Schutzbereich der Haftungsnorm mit einbezogen werden. Ein Schutz bei Entstehung eines Quotenschadens zulasten der Gläubiger dürfte ausreichen. Denn es ist eine Vielzahl an Dritten denkbar, die mittelbar durch das pre-Pack Verfahren betroffen sind. Im Übrigen ist der Käufer ausreichend über vertragsrechtliche Vorschriften im BGB, wie z.B. die *culpa-in-contraendo* (§ 311 BGB) geschützt. Wenn solche Schadensersatzansprüche bei durch Verhandlungen begründete Aufwendungen zur Durchführung eines Vertrages jedoch nicht bestehen, sollte auch das Insolvenzrecht an dieser Stelle die jeweiligen vertragsrechtlichen Regime der Mitgliedstaaten nicht überlagern.

Wir schlagen daher folgende Anpassung des Art. 31 vor:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Sachwalter, der Insolvenzverwalter und der Schuldner bzw. die Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Schuldners für Schäden haften, die Gläubigern und den am pre-Pack Verfahren Beteiligten ~~und von dem Pre-pack-Verfahren betroffenen Dritten~~ durch die Nichterfüllung ihrer Pflichten aus diesem Titel entstehen.

j) Erwerb durch eine dem Schuldner nahestehende Partei, Art. 32 RL-Vorschlag

Sollte sich eine dem Schuldner nahestehende Partei am Verkaufsprozess beteiligen, sollen die Mitgliedstaaten für diesen Fall gewisse Offenlegungspflichten gegenüber dem Sachwalter, dem Gericht und den anderen am Verkaufsprozess beteiligten Parteien vorsehen (Art. 32 Abs. 1 lit. a),b) RL-Vorschlag). Legaldefinitionen für die Bestimmung einer nahestehenden Person sieht der Richtlinienvorschlag in Art. 2 lit. q) RL-Vorschlag vor.

Hervorheben wollen wir an dieser Stelle nur den Anteilseigner mit einer Mehrheitsbeteiligung am Schuldner (Art. 2 lit q) UAbs. 2 ii) RL-Vorschlag). Wir halten diesen „Insider“-Begriff für zu eng. Nach dem deutschen Insolvenzrecht ist ein Anteilseigner mit einer Beteiligung von mehr als 25 % bereits eine nahestehende Person (§ 138 Abs. 2 Nr. 1 Var. 3 InsO). Die erforderliche Kapitalbeteiligung mit einem Viertel wird zumindest für die Aktiengesellschaft damit begründet, dass die mit einer solchen Beteiligung verbundene Sperrminorität dem Aktionär eine

besondere Informationsmöglichkeit biete, die über das Auskunftsrecht des § 131 AktG hinausgehe.¹⁴ Beim GmbH-Gesellschafter war sogar nach der Vergleichsordnung, die der Insolvenzordnung historisch vorging, jeder Gesellschafter, unabhängig von seinem Anteil, eine nahestehende Person (vgl. § 108 Abs. 2 VgIO). Daher plädieren wir dafür, den Begriff der nahestehenden Person in Art. 2 lit q) UAbs. 2 ii) RL-Vorschlag auszuweiten:

ii) Anteilseigner, die zu mehr als einem Viertel mit einer Mehrheitsbeteiligung am Schuldner *beteiligt sind*;

Bisher ist bei einer Betriebsveräußerung an eines besonders Interessierten im deutschen Insolvenzrecht eine Zustimmung der Gläubigerversammlung sogar dann verpflichtend, wenn der Erwerber oder eine Person, die am Kapital des Erwerbers zu mindestens 20 % beteiligt ist, gleichzeitig eine nahestehende Person (§ 138 InsO) ist, vgl. § 162 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Sollte in einem Verkaufsprozess nur ein einziges Angebot einer dem Schuldner nahestehenden Person vorliegen, ist durch die Mitgliedsstaaten als Mindest-Schutzmaßnahme die Verpflichtung des Sachwalters oder Insolvenzverwalters vorzusehen, das Angebot der nahestehenden Person abzulehnen, wenn das Angebot das Kriterium des Gläubigerinteresses nicht erfüllt (Art. 32 Abs. 2 S. 2 RL-Vorschlag). Das Kriterium des Gläubigerinteresses ist wiederum legaldefiniert als Kriterium, nach dem kein Gläubiger im Rahmen einer Liquidation im Pre-pack-Verfahren schlechter gestellt würde als bei Anwendung der normalen Rangfolge der Liquiditätsprioritäten im Falle einer stückweisen Liquidation (Art. 2 lit. h) RL-Vorschlag). Auch an dieser Stelle plädieren wir dafür, dass ein Verkauf dann nicht stattfinden soll, wenn die Gläubiger schlechter gestellt werden sollen als bei der nächstbesten Verwertungsmöglichkeit. Auch eine etwaige Nichteinhaltung dieses Kriteriums würde dann die Veräußerung an eine nahestehende Person sowieso verhindern und damit die Gläubiger schützen.

k) Schutz der Gläubigerinteressen, Art. 34 RL-Vorschlag

Als Instrument der Gläubigerbeteiligung sieht der Richtlinienentwurf bisher nur die Möglichkeit auf rechtliches Gehör vor Gericht vor. Eine Gläubigerversammlung oder die Konstituierung eines Gläubigerausschusses wird nicht als erforderlich erachtet.

Wir halten diesen Gläubigerschutz für unzureichend. Wir halten zumindest für Unternehmen, die zwei der drei Größenmerkmale nach § 22a Abs. 1 InsO (also mind. 6 Mio. EUR

¹⁴ Uhlenbruck/Hirte, 15. Aufl. 2019, InsO § 138 Rn. 21

Bilanzsumme, mind. 12 Mio. EUR Jahresumsatz und mind. 50 Arbeitnehmer) überschreiten, die Zustimmung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung – zumindest im Innenverhältnis gegenüber dem Sachwalter oder Insolvenzverwalter – für zwingend erforderlich.

I) Auswirkung wettbewerbsrechtlicher Verfahren, Art. 35 RL-Vorschlag

Art. 35 RL-Vorschlag berücksichtigt, dass vor allem bei sehr großen Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung sowohl auf Schuldner als auch auf Bieter-Seite ggf. kartellrechtliche Genehmigungen durch die nationalen Behörden oder die EU-Kommission einzuholen sind. Diese kartellrechtlichen Prüfungsprozesse können durchaus im schnelllebigen *distressed* M&A Markt zur Verfahrensverzögerungen führen. Daher sollen die Mitgliedstaaten in einem solchen Szenario Erleichterungen für den Sachwalter zwecks Einholung weiterer Kaufangebote schaffen. Volkswirtschaftlich interessant erscheint die Möglichkeit, dass ein für die Gläubiger günstiges Angebot unberücksichtigt bleiben kann, wenn aufgrund wettbewerbsrechtlicher Verfahren eine erhebliche Gefahr einer Verzögerung besteht, sofern (a) es mindestens ein weiteres Angebot gibt (Art. 35 Abs. 3 lit. a)) und durch die Verzögerung des Abschlusses des Pre-pack-Verkaufs mit dem betreffenden Bieter dem Unternehmen des Schuldners ein Schaden entstünde (Art. 35 Abs. 3 lit. b)). Offen bleibt, wer für die Prognose einer zukünftigen Schadensentstehung durch eine drohende Verzögerung des Verkaufsabschlusses die Darlegungs- und Beweislast trägt. Der Richtlinienentwurf hat an dieser Stelle einen durchaus realistischen Fall vor Augen, dass das Unternehmen des Schuldners nicht mehr weitergeführt werden kann, sofern es zu einer Verzögerung kommt. Denkbar ist beispielsweise eine Verlustsituation. Als schutzbedürftig sehen wir in einem solchen Fall jedenfalls die Gläubiger an, sodass Art. 35 Abs. 3 lit. b) wie folgt geändert werden könnte:

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ein Angebot unberücksichtigt bleiben kann, wenn in Bezug auf dieses Angebot eine erhebliche Gefahr einer Verzögerung nach Absatz 1 besteht, sofern die beiden folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- a) Das betreffende Angebot ist nicht das einzige bestehende Angebot.
- b) Durch die Verzögerung des Abschlusses des Pre-pack-Verkaufs mit dem betreffenden Bieter entstünde den Gläubigern ~~dem Unternehmen des Schuldners oder einem Teil davon~~ ein Schaden.

3. Liquidationsverfahren von Kleinstunternehmen (Art. 38 bis 57 RL-Vorschlag)

Art. 43 RL-Vorschlag sieht ein Eigenverwaltungsverfahren für das vereinfachte Liquidationsverfahren vor. Grundsätzlich begrüßen wir die Möglichkeit eines

Eigenverwaltungsverfahren, das auch bereits nach §§ 270 ff. InsO in der deutschen Insolvenzordnung für die Sanierung von Unternehmen seit dem ESUG¹⁵ eine wesentliche Bedeutung erlangt hat. Eine erfolgreiche Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO funktioniert jedoch nicht ohne Sanierungsberater an der Seite des Schuldners. Daher bezweifeln wir, dass ein Kleinstunternehmen sich ohne Berater, für die es keine finanziellen Reserven haben wird, eigenständig liquidieren kann. In der Praxis zeigt sich, dass Kleinstunternehmen nicht ohne Grund in die Krise geraten. Oft sind dort die innerbetrieblichen Strukturen nicht gewährleistet, um ausreichend Unterlagen zu den operativen und finanziellen Prozessen beisteuern zu können. Oftmals sind Geschäftsleiter dieser Kleinstunternehmen mit allgemeinen, buchhalterischen Aufgaben überfordert, sodass Zweifel an einer eigenverwalteten Liquidation ohne Sanierungsberater und ohne Insolvenzverwalter oder Sachwalter angebracht sind.

Es soll vorgesehen sein, dass in Fällen eines Entzugs der Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnis und einer ausbleibenden Bestellung eines Insolvenzverwalters zwei Alternativen für die Abwicklung im vereinfachten Liquidationsverfahren möglich sein sollen. Zum einen soll die zuständige Behörde einen Genehmigungsvorbehalt bezüglich der Entscheidungen des Schuldners haben (Art. 43 Abs. 4 lit. a) RL-Vorschlag) oder zum anderen soll das Recht auf Verwaltung und Veräußerung der Vermögenswerte des Schuldners einem Gläubiger übertragen werden können (Art. 43 Abs. 4 lit. b) RL-Vorschlag).

An dieser Stelle wollen wir unsere Skepsis bezüglich der Einrichtung einer neuen zuständigen Behörde äußern. 90 % der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland betreffen Kleinstunternehmen. Dies wird in anderen Mitgliedstaaten ähnlich sein. Wir halten die erste Variante einer „Betreuung“ der Geschäftsleiter daher für praktisch nicht umsetzbar. Auch scheint die zweite Variante einer Übertragung der Verfügungsrechte an einen Gläubiger untauglich. Denn oftmals wird es mehr als einen Gläubiger geben, der im Zweifel nur seine eigenen Interessen und seine eigene offene Forderung im Blick haben wird. Dass dieser Gläubiger sodann im Interesse der Gläubigergesamtheit agieren wird, scheint äußerst fraglich.

Insgesamt halten wir die bisherige Ausgestaltung im deutschen Insolvenzrecht für ausreichend. Entweder ein Regelverfahren mit einem (vorläufigen) Insolvenzverwalter wird eröffnet (§§ 21, 22, 56 ff., 80 ff. InsO) oder der Schuldner bleibt in Eigenverwaltung unter Aufsicht eines (vorläufigen) Sachwalters verfügungsbefugt (§§ 270 ff. InsO). Eine weitere Möglichkeit der Durchführung eines Liquidationsverfahrens für Kleinstunternehmen in der Gestalt einer juristischen Person, ohne nach Art. 38 Abs. 3 die Möglichkeit zu haben, das

¹⁵ Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, BGBl. I S. 2582, 2800, In-Kraft-Treten zum 01.03.2012 / 01.01.2013.

Verfahren mangels Verfahrenskostendeckung abzuweisen, wenn der Schuldner über keine Vermögenswerte verfügt oder obwohl seine Vermögenswerte nicht ausreichen, um die Kosten eines vereinfachten Liquidationsverfahrens zu decken, halten wir zumindest für juristische Personen für überflüssig. Denn die Zielrichtung der Richtlinie ist für Kleinstunternehmer die Entschuldung, um einen Neustart ihrer Unternehmung angehen zu können (vgl. S. 22 des Richtlinien-Entwurfs mit Verweis auf Art. 56).

4. Regelungen zum Gläubigerausschuss (Art. 58 bis 67 RL-Vorschlag)

Es erfolgt im Folgenden eine Auseinandersetzung mit den Harmonisierungsvorschriften zum Gläubigerausschuss (Art. 58 bis 67 RL-Vorschlag).

Der Gläubigerausschuss wird im vorliegenden Entwurf legaldefiniert als ein nach dem anzuwendenden Insolvenzrecht gebildetes Gremium zur Vertretung von Gläubigern mit den in dem genannten Recht festgelegten Beratungs- und sonstigen Befugnissen (vgl. Art. 2 lit. o) RL-Vorschlag). Titel VII des RL-Vorschlags enthält sodann Bestimmungen über den Gläubigerausschuss. Entsprechend des gesetzgeberischen Willens der Kommission ist das Ziel der Bestimmungen dieses Titels, die Stellung der Gläubiger im Verfahren zu stärken. Dies geschieht, indem sichergestellt wird, dass ein Gläubigerausschuss gebildet wird, wenn die Gläubigerversammlung zustimmt, und indem Mindestharmonisierungsvorschriften für zentrale Aspekte wie die Ernennung der Mitglieder und die Zusammensetzung des Ausschusses, die Arbeitsweise, die Funktion des Ausschusses sowie die persönliche Haftung seiner Mitglieder vorgesehen werden (vgl. S. 23f. des RL-Vorschlags).

a) Einsetzung des Gläubigerausschusses, Art. 58 RL-Vorschlag

Art. 58 Abs. 1 und 2 sehen vor, dass ein Gläubigerausschuss entweder durch die Gläubigerversammlung oder auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger eingesetzt werden soll. Im deutschen Eigenverwaltungsverfahren ist es dagegen üblich, dass der sich selbst verwaltende Schuldner in seinem Eigenantrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung die Einsetzung eines Gläubigerausschusses beantragt und auch Vorschläge für die Besetzung macht. Regelmäßig werden die Zustimmungserklärungen der Gläubiger auch bereits beigefügt, sodass das Insolvenzgericht ein entsprechendes Signal erhält, dass die jeweiligen Gläubigervertreter bereit sind, das Verfahren als Gläubigerausschussmitglieder zu begleiten.

Wir bemängeln insofern, dass der Richtlinienentwurf keine Möglichkeit für den Schuldner vorsieht, einen solchen Antrag selbst zu stellen, vgl. für das deutsche Insolvenzrecht § 22a Abs. 2 Var. 1 InsO. Für die Verfahrensautonomie in der Eigenverwaltung ist eine solche

Regelung förderlich. Wir regen daher folgende Ergänzung in Art. 58 Abs. 2 UAbs. 1 RL-Vorschlag an:

Abweichend von Absatz 1 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens der Gläubigerausschuss mit der Einreichung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingesetzt werden kann, wenn der Schuldner oder ein ~~oder mehrere~~ Gläubiger beim Gericht die Einsetzung des Ausschusses beantragen.

Ebenfalls ist die Variante „oder mehrere“ Gläubiger überflüssig, wenn laut Formulierung bereits ein Antrag eines Gläubigers ausreicht. Dann ist es offensichtlich unschädlich, wenn mehr als ein Gläubiger den Antrag auf eine Einsetzung eines Gläubigerausschusses stellt.

b) Ernennung der Mitglieder des Gläubigerausschusses, Art. 59 RL-Vorschlag

Gem. Art. 59 Abs. 5 RL-Vorschlag sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass jede interessierte Partei die Ernennung eines oder mehrerer Mitglieder des Gläubigerausschusses vor Gericht unter Berufung darauf anfechten kann, dass die Ernennung nicht im Einklang mit dem geltenden Recht erfolgt ist.

Das deutsche Insolvenzrecht sieht ein Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Insolvenzgerichts im Zusammenhang mit der Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nicht vor. Aus diesem Grunde ist weder die Entscheidung/Nichtentscheidung über die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 22a InsO anfechtbar noch die Entscheidung des Gerichts, wie dieser besetzt wird.¹⁶ Allerdings eröffnet § 21 Abs 1 S. 2 InsO dem Schuldner die Möglichkeit, sofortige Beschwerde gegen die Anordnung vorläufiger Maßnahmen einzulegen. Davon erfasst ist auch die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 21a Abs 2 Nr. 1a InsO, unabhängig davon, ob die Einsetzung beantragt wurde oder zwingend ist.¹⁷ Damit steht jedoch nur dem Schuldner ein Rechtsmittel gegen den Beschluss über die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zu. Im bisherigen Insolvenzrecht sind die Gläubiger oder andere Verfahrensbeteiligte nicht beschwerdebefugt.

Grundsätzlich begrüßen wir eine erweiterte Beschwerdebefugnis auch für die Gläubiger des Schuldners. Der von der EU-Kommission vorgeschlagene Umfang im Hinblick auf „jede interessierte Partei“ erscheint uns jedoch zu weit. Damit könnten Dritte, die wirtschaftlich oder

¹⁶ LG Dessau-Roßlau, Beschluss vom 02.05.2012 - 1 T 116/12.

¹⁷ Uhlenbruck/Vallender, 15. Aufl. 2019, InsO § 22a Rn. 82.

rechtlich nicht direkt am Insolvenzverfahren beteiligt sind, bereits zu Beginn des Verfahrens ein Störfeuer durch eine Anfechtung der Einsetzung des Gläubigerausschusses entfachen. Denkbar sind die Vertreter der Presse oder Konkurrenten des schuldnerischen Unternehmens, die Sand in das Getriebe der Sanierung streuen möchten. Unter Berücksichtigung der Grundsätze des effektiven und verfahrensdienlichen Gläubigerschutzes wäre es ausreichend die Anfechtungsbefugnis enger zu fassen. Wir schlagen daher folgende Formulierung für Art. 59 Abs. 5 vor:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Schuldner sowie jeder Gläubiger, der seine offene Forderung gegenüber dem Gericht glaubhaft macht, ~~jede interessierte Partei~~ die Ernennung eines oder mehrerer Mitglieder des Gläubigerausschusses vor Gericht unter Berufung darauf anfechten kann, dass die Ernennung nicht im Einklang mit dem geltenden Recht erfolgt ist.

Auf der Grundlage der vorstehenden Regelung könnten die Mitgliedstaaten dann entsprechende Rechtsmittel einführen, um die Nichteinsetzung oder entsprechende Fehlbesetzungen im Gläubigerausschuss nachträglich zu korrigieren.

c) Haftung, Art. 66 RL-Vorschlag

Art. 66 RL-Vorschlag sieht grundsätzlich eine Haftungsfreistellung für Mitglieder des Gläubigerausschusses vor. Ausgenommen von dieser Befreiung sind Handlungen, die grob fahrlässig oder betrügerisch, vorsätzlich oder unter Verstoß gegen eine treuhänderische Pflicht gegenüber den von ihnen vertretenen Gläubigern erfolgen. Damit ist der Vorschlag hinsichtlich der Haftung von Gläubigerausschussmitgliedern einerseits auf Ebene des geschützten Adressatenkreises weiter als die nationale Regelung in § 71 InsO, andererseits ist der Verschuldensmaßstab wohl enger zu sehen. Denn nach der deutschen Rechtslage sind die Mitglieder nur den absonderungsberechtigten Gläubigern und den Insolvenzgläubigern zum Schadensersatz im Außenverhältnis verpflichtet, wenn sie schuldhaft die Pflichten verletzen, die ihnen nach der InsO obliegen, § 71 S. 1 InsO. Historisch gesehen kannte das deutsche Insolvenzrecht jedoch bereits in der Konkursordnung eine weite Außenhaftung gegenüber allen Beteiligten des Verfahrens (vgl. § 89 KO¹⁸). Die Diskussion um die Zielrichtung des Adressatenkreises ist jedoch insofern zu relativieren, da durch die Haftungsnorm für die Gläubigerausschussmitglieder keine Begrenzung der Innenhaftung gegenüber dem Insolvenzverwalter erfolgt. Denn § 71 InsO regelt die Haftung im Außenverhältnis. Für die Haftung im Innenverhältnis gilt die gesetzliche Beschränkung des § 71 InsO nicht. Dies wird man auch für Art. 67 so sehen können. Wird also durch schuldhaftes Verhalten des

¹⁸ Konkursordnung vom 10.02.1877, Nr. 1172. Reichsgesetzbl. 1877, Nr. 10 S. 351 ff.

Gläubigerausschusses oder einzelner Mitglieder die Insolvenzmasse als solche geschädigt und dadurch die Befriedigung der Gläubiger beeinträchtigt, so haftet der Gläubigerausschuss bzw. haften seine Mitglieder wegen schuldhafter Masseverkürzung.¹⁹

Allerdings ist die Ausweitung des Verschuldensmaßstabs dagegen diskussionswürdig. Denn das Verschulden richtet sich im deutschen Recht nach der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Gläubigerausschussmitgliedes.²⁰ Maßgeblich sind die persönlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen. Für ein branchenkundiges und kaufmännisch versiertes Mitglied oder einen Spezialisten gilt damit ein anderer Verschuldensmaßstab als für jemanden mit Durchschnittskenntnissen.²¹ Letztlich dürfte aber dieser national schärfere Verschuldensmaßstab unter der derzeitigen Fassung des Art. 66 RL-Vorschlag weiterhin zulässig sein. An dieser Stelle dürfte es angebracht sein, die verschiedenen, zivil- und insolvenzrechtlichen Maßstäbe der Mitgliedstaaten durch einen tendenziell engen Verschuldensmaßstab zu berücksichtigen.

Schließlich fällt auf, dass der Richtlinien-Vorschlag keine Maßgabe für eine Verjährung des Schadensersatzanspruches gegen die Gläubigerausschussmitglieder vorsieht. Ggf. ist dies eine bewusste Unterlassung, um den mitgliedstaatlichen Besonderheiten einen gewissen Spielraum zu lassen. Andernfalls regen wir die Aufnahme einer dreijährigen Verjährungsregelung an. Beginn der Verjährungsfrist wäre der Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und die Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangen oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätten erlangen müssen (vgl. §§ 71 S. 2, 62 S. 1 InsO i.V.m. § 199 Abs. 1 BGB).

d) Rechtsmittel, Art. 67 RL-Vorschlag

Art. 67 RL-Vorschlag sieht schließlich ein Rechtsmittel gegen Beschlüsse des Gläubigerausschusses vor, wenn der Gläubigerausschuss nach nationalem Recht befugt ist, Beschlüsse zu fassen. Unklar ist an dieser Stelle, welcher der Beteiligten des Verfahrens die Befugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels erhalten soll. Im deutschen Recht ist ein solches Rechtsmittel gegen Beschlüsse eines Gläubigerausschusses bisher nicht angesiedelt. Die Beschlüsse des Gläubigerausschusses sind ebenso wenig anfechtbar wie die auf Grund der

¹⁹ Uhlenbruck/Knof, 15. Aufl. 2019, InsO § 71 Rn. 2; MüKoInsO/Schmid-Burgk, 4. Aufl. 2019, InsO § 71 Rn. 13; Nerlich/Römermann/Delhaes § 71 Rn. 4; Pape ZInsO 1999, 675, 679.

²⁰ Uhlenbruck/Knof, 15. Aufl. 2019, InsO § 71 Rn. 8; BGH, Urteil vom 27. 4. 1978 - VII ZR 31/76, NJW 1978, 1527; Urteil vom 09.02.1989 – IX ZR 17/88, NJW-RR 1989, 636.

²¹ Uhlenbruck/Knof, 15. Aufl. 2019, InsO § 71 Rn. 8.

Beschlüsse erfolgenden Zustimmungen oder Weigerungen. Der Gläubigerausschuss unterliegt insbesondere nicht der Aufsicht des Insolvenzgerichts.²²

Eine Parallele kann gezogen werden zur Möglichkeit der Aufhebung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung. So hat das Insolvenzgericht im deutschen Recht einen Beschluss der Gläubigerversammlung aufzuheben, wenn ein absonderungsberechtigter Gläubiger, ein nicht nachrangiger Insolvenzgläubiger oder der Insolvenzverwalter dies beantragen und wenn der Beschluss dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger widerspricht (§ 78 Abs. 1 InsO). In der Eigenverwaltung ist nicht der Schuldner befugt, einen Antrag nach § 78 Abs. 1 InsO zu stellen, sondern allenfalls der Sachwalter.²³

Insgesamt sehen wir das Rechtsmittel gegen Beschlüsse des Gläubigerausschusses kritisch. Denn bei einem laufenden Geschäftsbetrieb steht zu erwarten, dass die Wirksamkeit der Beschlüsse eines Gläubigerausschusses damit hinausgezögert wird. Bei einem laufenden Geschäftsbetrieb stellen jedoch bereits wenige Tage regelmäßig einen langen Zeitraum dar. Die Flexibilität des Entscheidungsorgans Gläubigerausschuss droht also im Fall der Einlegung eines solchen Rechtsmittels verloren zu gehen. Wir regen daher an, die Mitgliedstaaten in diesem Punkt durch eine Öffnungsklausel nicht zur Ausgestaltung eines solchen Rechtsmittels zu zwingen.

Unser Formulierungsvorschlag für Art. 67 Abs. 1 lautet daher:

Übertragen die Mitgliedstaaten dem Gläubigerausschuss die Befugnis, bestimmte Beschlüsse oder Transaktionen zu genehmigen, können sie auch das Recht vorsehen, gegen eine solche Genehmigung Rechtsmittel einzulegen.

5. Zusammenfassung

Insgesamt teilen wir die allgemeine Absicht der EU-Kommission die Insolvenzrechts-Regime der einzelnen Mitgliedstaaten zu harmonisieren, um einem „forum-shopping“ bzgl. Unternehmensgründungen und Unternehmensliquidationen vorzubeugen. Insofern begrüßen wir grundsätzlich die Regelung eines harmonisierten pre-Pack Verfahrens, weil dieses in Teilen unsere (teilweise unkodifizierte) Rechtswirklichkeit im Bereich von Unternehmenskäufen/-verkäufen aus der Insolvenz darstellt. Wir halten es aber für sinnvoll und notwendig, dem deutschen Gesetzgeber in jedem Fall die Möglichkeit zu belassen, das pre-pack Verfahren in das vorläufige Insolvenzverfahren (in Eigenverwaltung) einzubetten, um

²² Uhlenbruck/Knof, 15. Aufl. 2019, InsO § 72 Rn. 17; MüKoInsO/Schmid-Burgk, 4. Aufl. 2019, InsO § 72 Rn. 22.

²³ BGH, Beschluss vom 22.6.2017 – IX ZB 82/16, NZI 2017, 758.

sicherzustellen, dass die Gläubigerinteressen gewahrt werden und die Gläubigergesamtheit nicht mit Eröffnung vor vollendete Tatsachen gestellt wird. Dadurch dass der pre-Pack zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgelegt und abgeschlossen werden soll, entfielen im deutschen Insolvenz- und Sanierungsregime die Möglichkeit einer Insolvenzgeldvorfinanzierung, was zur Folge hätte, dass die Gläubiger unter einem enormen Annahmedruck stünden. Lehnen sie ab, führt dies möglicherweise zur sofortigen und unvorbereiteten Stilllegung und Liquidation, wenn das Unternehmen unter Vollkostenlast nicht fortgeführt werden kann. Somit stünden die Vorteile des Insolvenzeröffnungsverfahrens, nämlich beaufsichtigte Fortführung und Prüfung aller Alternativen inklusive eines *pre-packed asset deals* dann nicht mehr zur Verfügung.

Wir machen mit dieser Stellungnahme letztlich auch deutlich, dass wir bezüglich des pre-pack Verfahrens erhebliche Bedenken in Bezug auf den bisherigen Stand des Richtlinien-Entwurfs haben. Diese liegen insbesondere in zwei Punkten begründet:

1. einer fehlenden Beteiligung der Gläubiger, die lediglich nach Eröffnung der Liquidationsphase zum Zeitpunkt des final abgeschlossenen M&A Prozesses durch das Gericht angehört werden sollen, ohne zuvor Kenntnis oder Möglichkeiten einer Einflussnahme auf den Verkaufsprozess an sich zu haben.
2. der Möglichkeit, dass den Vertragspartnern des Schuldners eine Fortführung der bisherigen Verträge mit dem Erwerber aufgezwungen werden kann. Dies dürfte auf nationaler Ebene zu erheblichen verfassungsrechtlichen Kontroversen führen und im Ergebnis mit der Privatautonomie des Grundgesetzes und des bürgerlichen Rechts in Deutschland nicht vereinbar sein.