

24.2.2023

Stellungnahme zum Vorschlag für eine RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts, COM(2022) 702=2022/0408 (COD) v. 7.12.2022

Der Bundesarbeitskreis Insolvenz- und Restrukturierungsgerichte (BAKinso e.V.) als ***Interessenverband der insolvenz- und restrukturierungsgerichtlichen Rechtsanwender*innen in Deutschland***

nimmt zu dem vorgenannten Vorschlag (im Folgenden: RL-Vorschlag) wie folgt Stellung.

Vorauszuschicken ist, dass BAKinso e.V. zur Initiative der Europäischen Kommission „Insolvenzrecht – stärkere Konvergenz der nationalen Rechtsvorschriften zur Förderung grenzüberschreitender Investitionen“ bereits unter dem 30.1.2021 Stellung genommen hat (die Stellungnahme ist unter www.bak-inso.de/dokumente-stellungnahmen/gesetzgebung abzurufen). Die dort dem Grunde nach geäußerten Bedenken gegen einen weiteren Eingriff in das deutsche Insolvenz- und Sanierungsrecht haben sich, wie nachstehend aufgezeigt, zum überwiegenden Teil bezüglich der Hauptteile der Regelungsvorschläge des RL-Vorschlages bestätigt.

Die hiesige nunmehrige Stellungnahme beleuchtet insbesondere eben diejenigen Teile des RL-Vorschlages, die die derzeitige nationale Arbeitsweise der Insolvenz- und Restrukturierungsgerichte sowie den gerichtsseitig bestimmten Verfahrensablauf beeinflussen bzw. beeinträchtigen könnten.

A. Titel I. -Allgemeine Bestimmungen- I. Geltungsreichweite/Unternehmerbegriff

Der in Art.1 Abs.2 lit.h. des hiesigen RL-Vorschlages enthaltene Begriff des „Unternehmers“, der die Anwendbarkeit der Richtlinie im Bereich der „natürlichen Personen“ markiert, ist im Hinblick auf die ehemals selbständigen Personen zu konkretisieren.

So unterfallen nach deutschem Recht auch ehemalige selbständige natürliche Personen den Vorschriften über das Regelinsolvenzverfahren, wenn ihre Vermögensverhältnisse nicht überschaubar sind (§ 304 Abs. 2 InsO) oder gegen diesen Forderungen aus Arbeitsverhältnissen bestehen (§ 304 Abs. 1 S. 2 InsO). Liegt eine dieser genannten Voraussetzungen vor, so unterfallen auch ehemalige Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer den Vorschriften über das Regelinsolvenzverfahren.¹ Im Rahmen einer Auslegung bei der Umsetzung in nationales Recht ist dieser Begriff europarechtlich auszulegen, so dass nicht ohne weiteres die hiesigen Auslegungskriterien herangezogen werden können. Jedoch ist zu beachten, dass im Rahmen der öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet (InsoBekV) in § 2 Abs. 1 Nr. 3 InsoBekV bei der Frage der Lösungsfristen von Veröffentlichungen im Insolvenzverfahren

¹ Vgl. Graf-Schlicker/Pollmächer, InsO, 6. Aufl. 2022, § 304 Rn. 10 mwN.

danach differenziert wird, ob der Schuldner jemals eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder ausgeübt hat. Nur bei natürlichen Personen, die keine selbstständige Tätigkeit ausüben oder ausgeübt haben (Verbraucher), gelten die strengeren Einsichtnahmemöglichkeiten der InsoBekV. Insoweit werden natürliche Personen, die ehemals eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt haben, denjenigen Personen gleichgestellt, die eine selbstständige Tätigkeit ausüben. Zur Begründung ist vom Gesetzgeber Bezug genommen worden auf Art. 27 Abs. 3 EulnsVO. Danach „stehe einer Einbeziehung der selbstständig wirtschaftlich tätigen Schuldner, bei denen die Vermögensverhältnisse überschaubar sind und gegen die keine Forderungen aus Arbeitsverhältnissen bestehen (§ 304 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 InsO)“, Art. 27 Abs. 3 EulnsVO entgegen². Insoweit ist auch der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass unter dem Unternehmerbegriff der EulnsVO auch ehemalige selbstständige natürliche Personen fallen. Dies spricht für eine Einbeziehung auch ehemaliger Unternehmer in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

Auf der anderen Seite ist aber auch die *RICHTLINIE (EU) 2019/1023 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz)* zu beachten:

Gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. h) dieser RL steht diese natürlichen Personen offen, die eine unternehmerische Tätigkeit ausüben, wobei sich die Inanspruchnahme der Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens auf die unternehmerische Tätigkeit beziehen muss („soweit“), aber die „volle Entschuldung“ im Sinne v. Art.2 Abs.1 Nr.10 der Restrukturierungsrichtlinie die Entschuldung nach Titel III. (Art.20 ff.) der Restrukturierungs-Richtlinie im Umfange von allen Schulden, also auch den privaten Schulden, meint.

Art. 2 Abs. 1 Nr. 9 RL definiert den Unternehmer dabei als eine natürliche Person, die eine gewerbliche, geschäftliche, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt. Nur natürlichen Personen, die niemals eine unternehmerische Tätigkeit ausgeübt haben, ist damit der Anwendungszugang verwehrt. In der Restrukturierungsrichtlinie ist somit der ehemals Selbständige grundsätzlich einbezogen. Dies ist im deutschen Umsetzungsverfahren mit dem Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens auch so praktiziert worden und sogar auf „Verbraucher“ ausgeweitet worden.³ Zuweilen wird verkannt, dass über § 304 InsO national ein großer Bereich der Insolvenzverfahren v. unternehmerisch (ehemals) tätigen Personen dem Regelinsolvenzverfahren zugewiesen wird, welches für diese, z.B. mit § 35 Abs.2 InsO (dem „Freigabeverfahren“) spezielle Regelungen auf dem Weg zur Entschuldung vorsieht.⁴

Zu klären ist daher vorliegend, wie der Anwendungsbereich bei der hiesigen RL gehandhabt werden soll., Gem. Art.56 des RL-Vorschlages soll für Unternehmerschuldner im vereinfachten Liquidationsverfahren zugleich im Einklang mit der Restrukturierungsrichtlinie eine vollständige „Annex-Entschuldung“ gewährt werden, die Gründer, Eigentümer und Gesellschafter der definierten Kleinstunternehmen miterfasst und gem. Art.57 auch persönliche Bürgschaften mit „erledigen“ soll.

² S. BR-Drs. 338/19, 6 zu Nummer 2 und RefE einer Verordnung zur Änderung der „Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet (InsoBekV).

³ Zuletzt BT-Drs. 19/25322 v. 16.12.2020.

⁴ Dies verkennend Madaus, NZI Heft 4/2023, Editorial.

→**Insoweit ist es angezeigt, bei einer Umsetzung der Richtlinie eindeutiger klarzustellen, welcher Bedeutung der Begriff des Unternehmers zukommt, insbesondere ob und unter welchen Voraussetzungen auch ehemalige wirtschaftlich selbständig natürliche Personen in deren Anwendungsbereich fallen - was anzunehmen sein dürfte.**

Hierbei sollte auch berücksichtigt werden, dass es kaum einen Unterschied macht, ob eine eingestellte wirtschaftliche Tätigkeit in Form einer Unternehmergesellschaft (UG), die über keine Vermögenswerte mehr verfügt (Titel VI. Kapitel 1 Art. 38 Abs. 3) oder ehemals als natürliche Person ausgeübt worden ist. Ersteres würde der Richtlinie unterfallen, letzteres ist zumindest auslegungsbedürftig. Denn zB bei einer vermögenslosen UG dürfte ohne weiteres von einer eingestellten und damit „ehemaligen“ wirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen sein. Die Vorschriften unter Titel VI. können nicht so interpretiert werden, dass sie nur „laufende“ Unternehmen betreffen, da z.B. die Regelung unter Art.50 Abs.1 S.2 überflüssig wäre (Angebote für das Unternehmen „als laufendes Unternehmen“) und Art.38 keine Begrenzung auf „laufende“ Kleinunternehmen enthält. Dies korrespondiert mit der Begründung für das Verfahren (S. 20 –Mitte-) unter Titel VI., wonach dieses Verfahren auch Anwendung finden soll auf Unternehmen ohne Vermögen und mit Erwägungsgrund Nr. 37, der konzidiert, dass eine Trennung zwischen geschäftlichen und privaten Schulden bei Einzelunternehmern häufig nicht möglich ist.

II. Handelnde staatliche Institutionen/Kompetenzzuweisungen

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass im Begriffsdefinitionsbereich des RL-Vorschlages unter Art.2 lit.b.) und lit.c.) die Begriffe „Gericht“ und „zuständige Behörde“ getrennt definiert sind. Diese begriffliche Trennung, die zugleich eine wichtige funktionale Trennung ist, wird im weiteren Verlauf der Regelungsvorschläge von ihrer zutreffenden Funktionalität her nicht immer durchgehalten.

Im Gegensatz zur EU-Restrukturierungsrichtlinie, die „Justiz- und Verwaltungsbehörden“ immer in „einem Atemzug“ nannte (vgl. z.B. dort Art.14), will der vorliegende RL-Vorschlag manche Kompetenzen und Pflichten nur der „zuständigen Behörde“ zuweisen, insbesondere häufig in Titel VI. (z.B. die Masseverwertung gem. Art.49 Abs.1 lit.a.), was folgerichtig ist, soweit es sich hier um umsetzende „Verwaltungstätigkeiten“ handelt, wohingegen aber andere Tätigkeiten, die durchaus Entscheidungs- und Verfahrensleitungstätigkeiten sind, mal nur der „zuständigen Behörde“ (Art. 42 Abs.1; Art. 47 lit.c.), mal nur dem „Gericht“ (häufig in Titel VII., s. aber auch z.B. Art.21; Art. 59 Abs.2), mal beiden (Erwägungsgrund Nr.36 S.1), zugewiesen werden.

Es wird daher dringend angeraten, bei den den Gerichten zugewiesenen Entscheidungsbereichen auch nur den Begriff „Gericht“ zu verwenden und diese Erwähnungen auf reine Verfahrensentscheidungen zu begrenzen, um andererseits Raum zu geben, die reinen Umsetzungstätigkeiten auch „zuständigen Behörden“ direkt überantworten zu können.

B. Titel II. – Anfechtungsklagen-

Die vorgesehenen Regelungen entfalten mit Blick auf die Zielsetzung einer Minimalharmonisierung aus hiesiger Sicht für das nationale, teilweise strengere, Insolvenzanfechtungsrecht weitgehend kaum Handlungsbedarf. **Allerdings bedarf, auch mit Blick auf eine dann künftig geltende EuGH-Zuständigkeit, vieles im Detail noch der**

Klarstellung:

- Art.5 regelt nicht eindeutig, inwiefern die Mitgliedsstaaten auch Bestimmungen beibehalten dürfen, die hinsichtlich der anfechtungsrechtlich-tatbestandlichen Normierungen höhere Anforderungen an die subjektive Seite bei den Anfechtungsgegnern stellen als in Art.8 Abs.1 lit.b.) RL-Vorschlag vorgesehen. Die dortige Regelung scheint fahrlässige Wissenkönnen auf Seiten des Anfechtungsgegners genügen zu lassen.

- Art.6 Abs.2 S.2 und Art.8 Abs.1 S.2 RL-Vorschlag erleichtern die Anfechtbarkeit über die Figur der „nahestehenden Person“, wobei Art.2 lit.q.) hierzu Definitionen liefert, die zumindest mit lit.q. iv.) hinsichtlich oder über den Zugang zu nicht öffentlichen Informationen über Geschäfte des Schuldners sehr weitgehend auch „Berater“ des Schuldnerunternehmens einbeziehen. Dies würde einen „Mindeststandard“ festlegen, den das deutsche Recht gesetzlich so weitgehend derzeit mit § 138 Abs.1 Nr.4 oder Abs.2 Nr.2 und 3 InsO nicht bietet.

- Die Anfechtbarkeit v. Bargeschäften wird durch Art.6 Abs.3 lit.a.) RL-Vorschlag hingegen wohl weitergehender ausgeschlossen als in § 142 Abs.1 InsO geregelt.

- Der Beginn des Anfechtungszeitraumes ist in Art. 6 Abs.1 lit.b.) und in Art.7 Abs.3 RL-Vorschlag abweichend v. § 139 Abs.2 S.1 InsO auf den ersten zulässigen Antrag statt den ersten zulässigen und begründeten Antrag terminiert, dies ist nicht tunlich, da unzulässige Anträge keinen Start der Anfechtungsfrist markieren können sollten.

C. Titel III. –Aufspürung v. zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögenswerten-

Die in Art.13 angelegte Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeit für „Asset-tracing“-Anfragen von Insolvenzverwaltern in Bezug auf Zugangsberechtigungen und Auskünfte in und zu entsprechende Informationen bergende Register ist zu begrüßen.

Klarzustellen wäre jedoch, dass eine nationale Regelung für nationale Verfahren vorsehen kann, dass für solche Anfragen/Anliegen nationaler Insolvenzverwalter nicht zwingend das „benannte Gericht“, sondern (auch) das (jeweils) verfahrensführende Gericht zuständig (bleiben) (sein) sollte.

D. Titel IV. – Pre-pack-Verfahren

I. Kein Vorteil zum nationalen Insolvenzeröffnungsverfahren

Die in Titel IV. vorgesehenen „pre-Pack-Verfahren“(PPP) weisen mit den Regelungen in Art. 21- Art.24 eine „Vorbereitungsphase“ auf, die lediglich in Mitgliedsländern Sinn machen kann, die nicht, wie in Deutschland, über ein gesetzlich geregeltes Eröffnungsverfahren verfügen.

1. Das Verfahren ist unnötig und nicht gläubigerfreundlich:

Der RL-Vorschlag eröffnet ein „Vorbereitungsverfahren“, welches zum einen ohne jede Insolvenznähe eingeleitet werden könnte mit einem reinen Sachwalterbestellungsantrag (Art.22 Abs.1) und welches keinerlei Gläubigerbeteiligung vorsieht, da selbst der Gläubigerausschuss nach Art.58 Abs.1 S.2 RL-Vorschlag einen Insolvenzeröffnungsantrag vorsieht. Weiterhin wäre dieses Verfahren nach Art.20 Abs.1 RL-Vorschlag ausdrücklich kein anerkennungsfähiges Verfahren i.S. d. EulnsVO. Es würde sich um eine Art „Geheimverfahren“ handeln in welchem zudem über die Zwischenfinanzierungen (Art.33) ungunstige Weichenstellungen für das spätere „Liquidationsverfahren“ möglich wären und zudem

nahestehende Personen im Definitionsumfang v. Art.32 privilegiert wären. Ein transparenter M&A-Prozess, nicht einmal eine „fairness opinion“-Marktstudie zum Unternehmenswert wären im Sinne v. Art.24 verpflichtend. Das Gericht hätte gem. Art.26 nur ganz formale Überprüfungsaufgaben hinsichtlich der bereits deutlich reduzierten Aufgaben des gem. Art.22 zu bestellenden Sachwalters, dessen Aufgabenbereich nicht „Prüfung“, sondern nur „Begründung“ (Art.22 Abs.2 lit.b.), Vorschlag (Art.22 Abs.2 lit.c.) und „Angabe“ (Art.22 Abs.2 lit.d.) zu den Unternehmensverkaufsmöglichkeiten wären. Damit fände weder eine sachwalterseitige noch eine gerichtliche Prüfung im Gläubigerinteresse statt.

2. Mit dem nationalen Eigenverwaltungseröffnungsverfahren steht in Deutschland ein Verfahren(sabschnitt) zur Verfügung, der den Anforderungen nach Art. 22 Abs.4 RL-Vorschlag genügt, zugleich aber den Vorteil bietet, in transparenter Weise und mit regulierter Gläubigermitbestimmungsmöglichkeit, insbesondere über den in Eigenverwaltungsverfahren nahezu unverzichtbaren vorläufigen Gläubigerausschuss, bereits ein Bieterverfahren, z.B. in Form eines M&A-Prozesses, aufzusetzen und zu gestalten.⁵ Dies vermeidet die Notwendigkeit v. Vermutungen wie sie in Art.24 Nr.2 und in Art.32 RL-Vorschlag zuungunsten der Gläubiger vorgesehen und durch die ungenügenden Regelungen zu Gläubigeranhörungen in Art.34 (noch dazu mit Einschränkungen in Art.35 Abs.2) nicht aufgefangen sind.

Der vorläufige Sachwalter hat hier national zu Recht die Funktion, die Marktconformität in Hinsicht auf eine Nachteilsvermeidung zugunsten der Gläubigerschaft zu prüfen und zu überwachen. Die in anderen Mitgliedsländern nach Einführung eines „PPP“ gerügte Missbrauchsgefahr⁶ kann dadurch gebannt werden. Die übrigen v. RL-Vorschlag vorgesehenen Tools, z.B. die Einstellung v. Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen, sind unproblematisch auch im Insolvenz-Eröffnungsverfahren (schon) möglich bzw. üblich.

Die Richtlinie hat indes die recht durchgängig erkennbare Tendenz, Insolvenzeröffnungsverfahren generell „downzugraden“ (s. dazu auch III.3. unten), dies sollte als genereller Ansatz sehr kritisch beobachtet und nach Möglichkeit generell nicht als umsetzungswert betrachtet werden.

3. Eine Antrags“hürde“ in Form eines Insolvenzgrundes ist im nunmehrigen RL-Vorschlag für das pre-pack-Verfahren nicht ausdrücklich geregelt, ein dogmatisches Abstandsgebot zu dem durch die EU-Restrukturierungsrichtlinie eingeführten vorgerichtlichen Sanierungsverfahren (national:StaRUG) ist damit weder verortet noch genau ersichtlich. Beides wäre -sollte dieses Verfahren weiterhin künftig im Rahmen des RL-Vorschlages weiterverfolgt werden- dringend zu regeln. Ein Bedarf wird dann indes noch fraglicher werden.

II. Zwingende „Liquidationsphase“ ?

Die in Art. 25- 29 RL-Vorschlag vorgesehene „Liquidationsphase“ nach Eröffnung ist bereits begrifflich problematisch, da die Übertragung des Unternehmens nicht zu seiner Liquidierung führt bzw. führen muss. Der noch v. d. RL-Restrukturierungsrichtlinie konsequent verfolgte Sanierungsansatz wird hiermit nicht befördert. Die Variante „Insolvenzplan“ ist nicht implementiert; der Schwerpunkt liegt mit der PPP-Methodik damit nicht unbedingt auf einer

⁵ Skauradzun, ZIP 2021, 1091, 1092; Frind, ZInsO 2021, 1093, 1098; Schröder/Rekers, ZInsO 2019, 711, 714; Kübler/Rendels, ZIP 2018, 1369, 1371; Nerlich, Fs Prütting, 2017, 717, 724; Brünkmans in Brünkmans/Thole, Handb. Insolvenzplan, 2020, § 2 Rn.89; Hofmann, Eigenverwaltung, 2.Aufl., Rz.541; Fröhlich/Eckhardt, ZInsO 2015, 925.

⁶ Hierzu Hoegen, INDAT-Report 1/2023, 65.

operativen Sanierung.⁷ Die zwangsweise Übertragung v. nicht erfüllten Verträgen auf einen Erwerber (Art.27) und die vorgesehene Vollbefriedigung gesicherter Gläubiger (Art.28) erscheinen als äußerst problematisch. Art.27 würde zudem einen erlaubten Eingriff in den bisher national über § 613a BGB abgesicherten Bereich zulasten der Arbeitnehmerschaft darstellen.

III. Fazit zu den Regelungen unter Titel IV.

→ Die gesamten Regelungen unter Titel IV. des RL-Vorschlages sollten –höchstens- als national nutzbare optionale Regelungsmöglichkeiten ausgestaltet werden. Allerdings muss der Vorschlag für Titel IV. im Zusammenwirken mit den Regelungen zu Titel VI. und zum Gläubigerausschuss (Titel VII.) insgesamt als Versuch der EU-Kommission gewertet werden, nationale Insolvenzrechte, die den Gläubigerschutz hoch angesiedelt bzw. gesetzlich verankert haben, zugunsten schuldnerfreundlicher oder zumindest interessengruppenfreundlicher Regelungen „downzugraden“.

E. Titel V. – Insolvenzantragspflicht und zivilrechtliche Haftung-

Die beiden Art. zur Antragspflicht normieren nur optional einen Zeitraum v. bis zu drei Monaten und eine Schadenersatzpflicht der Geschäftsleiter, national strengere Vorschriften gehen vor (RL-Vorschlag S. 20 Mitte, Art.37 Abs.2 , Art.36: „spätestens“).

→Da die hiesigen entsprechenden nationalen Vorschriften strenger ausgestaltet sind, ergeben sich keine Einwände.

F. Titel VI.- Liquidation zahlungsunfähiger Kleinunternehmen

I. Betrachtung der nationalen Ausgangslage bei den Insolvenzverfahren des betroffenen Verfahrensbereiches

Die Insolvenzantragsverfahren und in deren Folge die Insolvenzeröffnungen im Bereich des deutschen Insolvenzrechtes im Regelinsolvenzbereich betreffen seit vielen Jahren zu einem sehr hohen Prozentsatz den Bereich v. Kleinunternehmen. Im Jahre 2022 kam es zu 14.700 Insolvenzeröffnungen und im Jahre 2021 zu 13.993 Insolvenzeröffnungen im Bereich der „Unternehmensinsolvenzen“. Diese Zahl enthält nach den Mitteilungen v. destatis auch das „Kleingewerbe“. Hinzukamen im Jahre 2021 12.430 Verfahren über das Vermögen v. natürlichen Personen im Regelinsolvenzverfahren, deren Verhältnisse die Schwelle des § 304 InsO erfüllten (bei Antragstellung noch wirtschaftende Einzelunternehmer oder ehemals Selbständige)⁸ (nach anderer Quelle gar 17.600 Verfahren)⁹, d.h. 15% - 20 % der gesamten Verfahren über das Vermögen natürlicher Personen (also inkl. der Verbraucherinsolvenzen).

Für die Definition und definitorische Unterteilung des Bereiches „Kleingewerbe“ legt destatis die Empfehlungen der EU-Kommission aus dem Jahre 2003 v. 6.5.2003¹⁰ zugrunde, die nunmehr im Bereich der Begrifflichkeit „Kleinunternehmen“ auch dem aktuellen EU-Richtlinienvorschlag zugrundeliegen (Art.2 lit.j.): „*Die Größenklassen der KMU Statistik*

⁷ Zu den Problemen einer Fokussierung auf „übertragende Sanierung“ Müller/Dresen, ZInsO 2022, 2269, 2270; Hoffmann/Danylak, NZI 2020, 705; Streit/Bürk, Fs 10 Jahre Österburg Seminar, 395 ff.; Arends/Hofert-von Weiss BB 2009, 1538.

⁸ <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/Tabellen/anzahl-der-beantragten-insolvenzverfahren.html>; Abruf 25.1.2023.

⁹ INDAT-Report 1/2022, 125.

¹⁰ 2003/361/EG.

werden in Anlehnung an die Empfehlung der Europäischen Kommission aus einer Kreuzkombination von Umsatz und der Zahl tätiger Personen gebildet. Bei KMU unterscheiden wir zwischen Kleinstunternehmen (bis 9 Beschäftigte und bis 2 Millionen Euro Umsatz), kleinen Unternehmen (bis 49 Beschäftigte und bis 10 Millionen Euro Umsatz und kein Kleinstunternehmen) und mittleren Unternehmen (bis 249 Beschäftigte und bis 50 Millionen Euro Umsatz und kein kleines Unternehmen).“ Nach einer Statistik v. Destatis v. 28.7.2022 zum Anteil des verrechtlich organisierten „Kleingewerbes“ an allen rechtlichen Einheiten v. Unternehmen (inkl. Großunternehmen) für die Gesamtjahre 2007 – 2020 haben die „Kleinstunternehmen“ regelhaft einen **Anteil v. 80 - 81 %** an den gesamten rechtlichen Unternehmenseinheiten in Deutschland;¹¹ es handelt sich –auf dem derzeitigen Insolvenzeröffnungsniveau v. ca. 14.000 Verfahren- somit bundesweit um ca. 11.200 Regelinsolvenz-Verfahren. Dies stimmt mit der Beteiligung dieser Unternehmensgruppe an den vorgenannten Insolvenzeröffnungszahlen mindestens überein, dürfte eher noch etwas höher liegen. Die Insolvenzgerichte haben erfahrungsgemäß im Bereich der Regelinsolvenz ganz überwiegend mit „Kleinstunternehmen“ und zusätzlich mit den o.g. nach § 304 InsO hinzukommenden natürlichen Personen zu tun, insgesamt derzeit also ungefähr 26.000 - 27.000 Verfahren.

Die Insolvenzmassen in diesem Bearbeitungsbereich bewegen sich wiederum regelhaft innerhalb der ersten beiden Größenklassen nach § 2 Abs.1 Nr.1 und Nr.2 InsVV, wobei der Bereich bis EUR 35.000 Masse deutlich überwiegt.¹²

Die Massen –insbesondere bei diesen kleineren Verfahren- setzen sich zu mindestens einem Drittel aus generierten Anfechtungsansprüchen zusammen.¹³

Zu den eröffneten Verfahren kommen bei einer bundesweit seit Jahren mit ca. 75 % stabilen Eröffnungsquote bei den Unternehmensinsolvenzverfahren¹⁴ noch ca. 25% Verfahren hinzu, die mangels Masse nicht eröffnet werden (bei derzeit ca. 14.000 eröffneten Verfahren wäre das ca. 3.500 weitere Verfahren im Unternehmensinsolvenzbereich, bundesweit sind es i.d. letzten Jahren absolut 7.000 - 9.000 mangels Masse abgewiesener Verfahren gewesen¹⁵, wobei in diesem Zahlenbereich die Verfahren über das Vermögen natürlicher Personen enthalten sind, aber insgesamt im Bereich der natürlichen Personen mit ca. 80.000 – 100.000 Verfahren/Jahr der demgemäße Anteil v. Abweisungen nach § 26 Abs.1 InsO vernachlässigenswert ist, da hier, um Restschuldbefreiung zu erreichen, i.d.R. auch im Regelinsolvenzverfahren Eigenanträge den Gläubigeranträgen nachgeschoben werden und ggfs. auf Stundungsbasis (§§ 4a ff. InsO) eröffnet wird).

II. Insolvenzgerichtliche Vorgehensnotwendigkeiten im Bereich „Kleinstverfahren“

Bei den Unternehmens-Kleinstverfahren verzeichnen die Insolvenzgerichte die

¹¹ <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Kleine-Unternehmen-Mittlere-Unternehmen/Tabellen/kmu-ergebnisse-xls.html>. So auch Bergner/Bierbach/Hänel, INDAT-Report 1/2023, 74. In Spanien sollen es über 93% sein (Eseteve, INDAT-Report 1/2023, 72).Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198, 199 sprechen nur von einem „Großteil“.

¹² Siehe hierzu die statistischen Untersuchungen über Massezusammensetzungen beim repräsentativen zweitgrößten deutschen Insolvenzgericht, dem AG Hamburg, von Frind, ZInsO 2011, 1913; Frind, ZInsO 2011, 169; Frind, ZInsO 2009, 1683; Frind, ZInsO 2008, 1068; Frind, ZInsO 2008, 126.

¹³ Siehe hierzu die statistischen Untersuchungen über Massezusammensetzungen beim repräsentativen zweitgrößten deutschen Insolvenzgericht, dem AG Hamburg, von Frind, ZInsO 2011, 1913; Frind, ZInsO 2011, 169; Frind, ZInsO 2009, 1683; Frind, ZInsO 2008, 1068; Frind, ZInsO 2008, 126.

¹⁴ creditreform, ZInsO 2012, 117, 124

¹⁵ <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/Tabellen/Irins01.html#242428>.

Insolvenzverschleppung trotz strafbewehrter Antragspflicht (§ 15a InsO) nach wie vor als Regelfall.¹⁶ Diese Verfahren werden regelhaft durch Gläubigerantrag institutioneller Gläubiger eingeleitet. Die jeweiligen Geschäftsleiter sind nicht kooperationsbereit, nicht auskunftswillig (§§ 20 Abs.1 S.2, 97 Abs.1 InsO) und die Eröffnungsverfahren gestalten sich häufig als langwierige Ermittlungsverfahren mit –dann jeweils gestufter- Anwendung insolvenzgerichtlicher Zwangsmittel vom Vorführbefehl über den Haftbefehl, von der Postsperrung bis zum Durchsuchungsbeschluss und Zwangsabfragen nach § 98 Abs.1a InsO¹⁷, zwischenzeitlichen Antragserledigungen wegen Teilzahlungen und kurze Zeit später neuer Antragstellung durch andere Gläubiger, und dem „An –und Abschalten“ vorläufiger Insolvenzverwaltungen.¹⁸ Ungefähr wiederum mind. 80% der solcherart an das Insolvenzgericht gelangenden Anträge haben keine lebenden Unternehmen (mehr) zum Gegenstand. Es handelt sich überwiegend um „tote“ GmbHs und UGs, seltener KGs¹⁹, wobei im Feld der mangels Masse abgewiesenen Verfahren sich häufiger auch Komplementär-GmbHs finden, die nur der reinen Verwaltung der Unternehmung dienen (darauf wird noch zurückzukommen sein).

Bei den Verfahren über das Vermögen (ehemals) selbständiger natürlicher Personen haben die Gerichte es hingegen zwar –zunächst bei Verfahrenseinleitung- zu etwa knapp 50 % mit Eigenanträgen zu tun, indes sind selbst diese innerhalb des Eröffnungsverfahrens einer gründlichen Überprüfung aufgrund mannigfacher Mängel zu unterziehen. Sehr häufig sind die Angaben zur insolvenzrechtlichen richtigen „Eingruppierung“ nach § 304 InsO nicht richtig oder grob unvollständig, die Schuldner haben keinen vollständigen Überblick über ihre Gläubiger (weshalb die Anträge mangels korrekter Gläubigerliste gem. § 13 Abs.1 S.3 InsO unzulässig sind) und bei laufenden Betrieben fehlt die Gläubigerstrukturaufgliederung nach § 13 Abs.1 S.4 InsO.

Die insolvenzgerichtlich vorgehaltenen Antragsformulare werden regelhaft unvollständig, zuweilen absichtlich falsch, ausgefüllt²⁰, insbesondere Angaben zu Gläubigern und (ggfs. noch vorhandenen) Vermögenswerten stimmen bei späterer Überprüfung nicht. Die vorgerichtliche Schuldnerberatung war häufig suboptimal, Beratungshonorare sind nicht selten wegen Schlechtleistung zurückzufordern.²¹

Insolvenzrechtlich zur „Eigenverwaltung“ notwendige Kenntnisse zur Frage der Einteilung der Gläubiger (Insolvenzgläubiger/Absonderungsgläubiger/Massegläubiger) fehlen bei den Schuldnern/Geschäftsleitern völlig.

→ Zwischenfazit:

Die/der insolvenzrechtliche Sachverständige/vorläufige Insolvenzverwalter*in muss häufig, im Grunde jenseits seines Auftrages nach § 5 Abs.1 S.2 InsO, die Antragslücken erst

¹⁶ So bereits Kirstein, ZInsO 2006, 967; dieser Befund ist seit Jahren anhaltend und nach wie vor aktuell (vgl. Richter, ZInsO 2017, 2298, 2302, wonach in nahezu 100% der im Bereich Stuttgart jährlich untersuchten Unternehmensinsolvenzen ein Anfangsverdacht auf Insolvenzverschleppung besteht).

¹⁷ Zu den notwendigen Zwangsmaßnahmen ausf. Frind, 3.Aufl., Praxishdb. Privatinsolvenzrecht Rn.764; Frind, NZI 2010, 749; Spiekermann, NZI 2022, 841; zur neuen Abfrage nach § 98 Abs.1a InsO Blankenburg, ZInsO 2022, 1321.

¹⁸ Dazu ausf. Linker, HmbKomm-InsO, 9.Aufl., § 14 Rn.52 ff.; Frind, NZI 2017, 417 mwN; Spiekermann, ZIP 2019, 749, 753; Willmer/Berner, NZI 2019, 255, 259; Waltenberger, ZInsO 2017, 2690.

¹⁹ Zur Aufteilung der Unternehmensinsolvenzverfahren nach Gesellschaftsformen in den Jahren 2020/2021 vgl. Statistik Creditreform, IN/2021/08, wonach ca. 41% - 45 % Einzelunternehmen, 41% - 37 % GmbHs und 9%-10% UGs waren, aber nur ca. 4,5 % KGs.

²⁰ Exemplarisch: AG Hannover v. 8.7.2015, ZInsO 2015, 1693; AG Mannheim v. 21.2.2014, ZIP 2014, 484; LG Potsdam v. 4.9.2013, ZInsO 2013, 2501; LG Düsseldorf v. 27.4.2018, ZInsO 2018, 1265; AG Düsseldorf v. 16.1.2018, ZInsO 2018, 1266; Kölner Insolvenzrichter, ZIP 2014, 2153, 2154; Richter, ZInsO 2017, 2298, 2305.

²¹ Fallbeispiele bei Frind, NZI 2020, 497.

nachermitteln und auffüllen, und den einzelunternehmerischen Schuldner erstmals „richtig“ über die Verfahrensmöglichkeiten und –abläufe aufklären. Im eröffneten Verfahren ist sodann durchaus häufig auch noch das Problem des „sinnlosen“ oder erneuten „Weiterwirtschaftens“ mangels ausreichender gesetzlicher Sanktion und die zahlreichen Probleme rund um die „Freigabe“ solcher Tätigkeiten (§ 35 Abs.2 InsO) relevant und nach wie vor im Grunde suboptimal gesetzlich gelöst.²²

In den übrigen etwa 50% Verfahren über das Vermögen natürlicher Personen im Regelinsolvenzbereich handelt es sich wiederum um Verfahren auf Gläubigerantrag, gekennzeichnet durch die virulente Nichtkooperation des/der Schuldner/in/s und Notwendigkeit mannigfacher Ermittlungsmaßnahmen. Dennoch finden sich auch in diesen Verfahren immer wieder generierbare Vermögenswerte in Gestalt bei Eröffnung zunächst nur „virtueller“ Ansprüche.

III. Übertragung vorgenannter Praxisbefunde auf das (verwalterlose) vereinfachte Liquidationsverfahren gem. EU-Richtlinienvorschlag

1. Sehr weiter Geltungsbereich

a.) Das Verfahren soll lt. Art.38 Abs.1 auf „Kleinstunternehmen“ i.d. vorgenannten (I.1.) Definition der EU anzuwenden sein, mithin auf solche bis 9 Beschäftigte und bis 2 Millionen Euro Umsatz. Diese Eingruppierung erfüllt im oberen Bereich bei den meisten Insolvenzgerichten nach derzeitigem Antragsaufkommen den Bereich des „mittelgroßen“ Verfahrens.²³ Der Geltungsbereich erfasst damit vollständig die zu F.I. definierten Verfahren. Zusätzlich soll der Geltungsbereich des möglichen Liquidationsverfahrens gem. EWG Nr.35 nationalstaatlich auch noch ausgeweitet werden können.

Die Richtlinienbegründung konzidiert, dass solche Unternehmen „selten“ rechtzeitig Insolvenzantrag stellen (in Erwägungsgrund (folgend: EWG) Nr.32 wird deshalb eine Sanktionseinführung in allen Mitgliedsländern gefordert) und kritisiert, dass kein „Zugang“ zum Verfahren bei mangelnder Verfahrenskostendeckung bestünde²⁴, wobei diese Unternehmen wegen knapper Finanzierungsdecke häufiger insolvenzgefährdet seien²⁵. Der Geltungsbereich unterscheidet zwischen verrechtlichten Unternehmenseinheiten und natürlichen Personen ersichtlich nicht. Eröffnungsgrund soll lediglich die Zahlungsunfähigkeit sein (EWG Nr.37). Deren Definition soll für die „Zwecke des vereinfachten Liquidationsverfahrens“ offenbar gem. Art.38 Abs.2 S.1 eigenständig definiert werden als „generell nicht i.d. Lage die Schulden bei Fälligkeit zu begleichen“, indes obliegt die Ausfüllung dieser Begrifflichkeit gem. Art.38 Abs.2 S.2 den Nationalstaaten, was in Deutschland zu der Frage führen würde, ob die bisherige generell geltende Definition mit § 17 Abs.2 InsO und der dazu ergangenen BGH-Rechtsprechung v. der höchstens 10%igen Deckungslücke²⁶ für „Kleinstunternehmen“ abzuändern wäre.

Im Bereich der vorgenannten Verfahren involvierte natürliche Personen (Gründer, Eigentümer, Gesellschafter) *sollen im gleichen Verfahren (!) vollständige Entschuldung erhalten* (Art.56).²⁷ Offenbar soll hierzu keine gesonderte Antragstellung und kein

²² Dazu Frind, NZI 2019, 361; Jacobi, VIA 2020, 25; Frind, ZInsO 2021, 231.

²³ In Spanien hat man sich bei dem neuen Gesetz für ein vereinfachtes Verfahren für KMUs für eine deutlich engere Definition entschieden: Umsatz nur bis EUR 700.000 und Verbindlichkeiten nur bis EUR 350.000 (Eseteve, INDAT-Report 1/2023, 72).

²⁴ EU-Richtlinienvorschlag S.20-Mitte-.

²⁵ EWG Nr.34.

²⁶ BGH v. 24.5.2005 (IX ZR 123/04), ZInsO 2005, 807=ZIP 2005, 1426.

²⁷ EWG Nr.46.

Vermögensbeschlagnahme des Privatvermögens, sofern das Schuldnerkleinstunternehmen verrechtlicht ist, notwendig sein.²⁸ Verfahren gegen Bürgen sollen damit „zusammengelegt“ oder zumindest „koordiniert“ werden (Art.57). Eine Beschränkung auf diejenigen Schulden, die aus dem unternehmerischen Wirtschaften resultieren, sieht der RL-Vorschlag nicht vor (Art. 56: „in vollem Umfang entschuldet“).²⁹

Die vorgenannte Ausrichtung der Richtlinie wendet sich damit gegen das bisher auch und sogar im Zuge der Konzerninsolvenz geltende und beibehaltene Prinzip „ein Rechtsträger - ein Insolvenzverfahren“³⁰. Eine „Zusammenlegung“ v. Verfahren über verschiedene Rechtsträger (auch zum Zwecke der „Entschuldung“) kommt daher nicht in Betracht und ist abzulehnen; die Massen- und Gläubigervermischung wäre unauflöslich und eine Verteilung gläubigermäßig gerecht nicht darzustellen.

Eine „Koordination“ ist völlig unkonturiert im RL-Vorschlag erwähnt und rechtlich nur im Wege der bisherigen –allerdings kostenintensiven- „Verfahrenskoordination“ nach §§ 269b, 269e, 269i InsO (auch EU-rechtlich: Art.50 EuInsVO) bekannt. Die Richtlinie nimmt hierauf keinen Bezug. Die Richtlinie sieht weitgehend in Teil VI. bei dem hier i.R. stehenden Verfahren keine nationalen Ermessensoptionen f.d. Mitgliedsländer vor, da nahezu jede Regelung mit „stellen sicher“ eingeleitet wird.

2.Verfahrenskostendeckungslose Eröffnungen ?

Der vorgenannte Geltungsbereich erfasst ca.80 % der Unternehmensinsolvenzverfahren und ca. knapp 20 % der Verfahren über das Vermögen natürlicher Personen (da das Verbraucherinsolvenzverfahren nicht mit geregelt wird) und damit einen Großteil der derzeit an die Insolvenzverwalterschaft vergebenen Verfahren.³¹ Die Richtlinie sieht deren Kosten als Hauptgrund für Nichteröffnungen an.³² Der Anspruch der Richtlinie ist das „kostengünstige und zügige“ vereinfachte Liquidationsverfahren³³, wobei unter „Liquidation“ auch der Asset Deal verstanden wird (Art.50 Abs.1 Satz2). Die Richtlinie will zwingend („Mitgliedsstaaten stellen sicher“) nationale Verfahren implementieren bei denen im Falle der nicht ausreichenden schuldnerseitigen Insolvenzmasse die Verfahrenskosten –offenbar (klar gesagt wird das nicht)³⁴- vom Staat zu tragen, jedenfalls sicherzustellen sind (Art.38 Abs.4), da es in jedem Falle zwingend zur Eröffnung kommen soll (Art.38 Abs.3 iVm Art.42 Abs.2).

Die Richtlinie nähert sich damit Vorstellungen, die im Zuge der deutschen Implementierung zum 1.3.2012 des (weitgehend funktionslosen) § 26 Abs.4 InsO³⁵ zuweilen geäußert wurden und auf eine staatliche „Insolvenzeröffnungsversicherung“ rekurrierten³⁶, was in Mitgliedsländern der EU durchaus zuweilen umgesetzt ist, wobei die meisten Mitgliedsländer die Verfahrenskostendeckung als Eröffnungsvoraussetzung kennen³⁷. Dies wäre im Ergebnis auch eine nationale gesetzliche Ersetzung des bisherigen –von den Instanzgerichten weitgehend restriktiv gehandhabten³⁸- Instrumentes der Prozesskostenhilfe

²⁸ So interpretiert v. Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198, 200.

²⁹ Anders verstanden v. Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198, 201.

³⁰ BT-Drs. 18/11436 v. 9.3.2017 (ZInsO 2017, 582 ff.).

³¹ Die v. Smid/Wehdeding, ZInsO 2023, 198, 200 in EWG 37 hineininterpretierte Ausdehnungsmöglichkeit des Verfahrens über die Kleinstunternehmensdefinition hinaus ist nicht ersichtlich.

³² EU-Richtlinienvorschlag S.20-mitte-.

³³ EWG Nr.38.

³⁴ EWG Nr.39: „Vorschriften zur Deckung der Kosten“ seien zu schaffen.

³⁵ BT-Drs. 16/7416.

³⁶ MünchKomm-InsO/Haarmeyer/Schildt, 4.Aufl., § 26 Rn.11-13, Rn.60.

³⁷ MünchKomm/InsO- Schlegel (Hrsg.), 4.Aufl. InsO, Band 4, „Länderberichte“.

³⁸ Pape, ZIP 2022, 2409 zusammenfassend zur jüngeren Entwicklung; s. auch Marquardt, ZInsO 2022, 2662.

für den Insolvenzverwalter, wobei die solcherart zunächst staatlich vorfinanzierten Kosten aus dem Prozesserlös gem. § 120 ZPO an die Staatskasse zurückfließen, wohingegen die EU-Richtlinie zur Frage der Rückzahlung der „staatlich garantierten“ Verfahrenskostendeckung keine Aussagen trifft.

Eine nationale deutsche Umsetzung wäre nur mittels einer allgemeinen, ggfs. den Unternehmen wie beim Insolvenzgeld, abzuverlangenden Umlage zur Deckung der Verfahrenskosten der „Vereinfachten Liquidationsverfahren“ zu finanzieren, wobei die Verfahrensstadien des § 208 InsO und des § 207 InsO dann gesetzlich in diesem Verfahrensbereich neu zu definieren wären. Die EU-Richtlinie schafft mit diesem Vorschlag auch im Grunde die Stundungsregelungen der §§ 4a ff. InsO im Verfahrensbereich der natürlichen Personen, die nicht „Verbraucher“ sind, ab, da Art.38 Abs.3 keine Prüfung irgendwelcher kostenmäßiger Eröffnungsvoraussetzungen vorsieht und Art.38 Abs.4 eine Kostendeckung als (staatlich) „sichergestellt“ schlicht anordnet. Die Stundungsregelungen gelten im Verfahrensbereich der natürlichen Personen bisher mit Bedürfnisprüfung.³⁹ Dies setzt eine sachverständige Beurteilung, ob die Verfahrenskosten gedeckt sind, voraus und ermöglicht dem Gericht eine Einschätzung der Massegenerierungsmöglichkeiten, eine solche entfällt, wenn jedes Verfahren zwingend zu eröffnen ist; eine Verwalterbestellung hat mit der Frage, ob noch Vermögen vorhanden ist, in diesem Verfahrensbereich nichts zu tun, sondern ist nach nationalem Recht immer vorzunehmen.⁴⁰

Die Bezugsverhältnisse zur EulnsVO sind ebenfalls nicht erwähnt: Einen rechtlichen Bezug zu Art.40 EulnsVO stellt der Richtlinienvorschlag nicht her, obwohl diese Vorschrift dann eingeschränkt werden müsste. Art.7 Abs.2 lit.I.) EulnsVO wird durch den Richtlinienvorschlag teilweise obsolet.

3. „Verbot“ eines Insolvenzeröffnungsverfahrens ?

Mit der vorgenannten Eröffnung „um jeden Preis“ reduziert sich der Auftrag des Insolvenz Sachverständigen um die Prüfung der Verfahrenskostendeckung, damit bliebe nur die Eröffnungsgrundprüfung.⁴¹ Etwaige Vorschussanforderungen (§ 26 Abs.1 Satz2, Abs.3, Abs.4 InsO) werden obsolet. Der Ermittlungsbereich generierbarer Masseansprüche wird zudem hinsichtlich der Ermittlung v. Anfechtungsansprüchen eingeschränkt, da deren Verfolgung im Ermessen der Gläubiger stehen soll (oder -im Ausnahmefall (dazu sogleich)- der Einsetzung eines Insolvenzverwalters auch in dessen Ermessen) (Art.47 lit.a.)). Die Richtlinie will das Eröffnungsverfahren **regelmäßig auf 2 Wochen** verkürzen (Art. 42 Abs.1).⁴² Diese Eröffnungsfrist soll auch bei ausbleibenden Angaben des Schuldners zum Unternehmen und den Vermögenswerten (Art.41 Abs.4) auf Gläubigerantrag hin gelten (Art.41 Abs.7) (!), womit dem Gericht auch die Entscheidungsgrundlage zur Frage der Zahlungsunfähigkeit (Art.38 Abs.2) verwehrt wäre, nach dem Duktus des RL-Vorschlages würden diese Verfahren in jedem Fall eröffnet, wobei die schuldnerseitige Beschwerde nach Art. 42 Abs.3 dann wohl vorprogrammiert wäre. Eine Grundlage für die Entscheidung, ob „ausnahmsweise“ ein (und welcher mit welchen Fähigkeiten?) Insolvenzverwalter bestellt werden müsste (Art.39), für die der RL-Vorschlag eine „Einzelfallprüfung“ in Art.43 Abs.3 Satz 2 vorschreibt, wäre dann mangels Schuldnerangaben auch nicht gegeben.

³⁹ Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198, 204 verkennen, dass diese im Regelverfahren lt. RL-Vorschlag nunmehr generell entfällt.

⁴⁰ Insofern die Regelungen missverstehend Bergner/Bierbach/Hänel, INDAT-Report 1/2023, 74,75.

⁴¹ Zur regelhaften Prüfung dieses Punktes nach der InsO Vallender in Uhlenbruck/Hirte, 15.Aufl.InsO, § 26 Rn.7, Rn.19 mwN..

⁴² Was praktisch einem Wegfall gleichkommt: Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198, 205.

Wie im Falle v. *Betriebsfortführungsverfahren* zu verfahren ist, sagt die Richtlinie nicht, obwohl sie solche auch im Bereich der „Kleinstunternehmen“ durchaus im Geltungsbereich der Regelungen über das „vereinfachte Liquidationsverfahren“ sieht (Art.50 Abs.1 Satz 2 sieht den auktionierten Verkauf des laufenden Unternehmens vor⁴³), aber das Verfahren nicht nur auf „laufende“ Unternehmen begrenzen will (s.o.). Die vorstehende Regelung wäre wohl das Ende der nationalinsolvenzlichen Betriebsfortführung im Eröffnungsverfahren mittels Insolvenzgeldes und damit zugleich das Ende eines der bedeutendsten Weichenstellungs- und Sanierungstools des deutschen Insolvenzrechtes.⁴⁴

Die Regelung in Art.54 Abs.4 des RL-Vorschlages sieht eine kontroverse Entscheidung der Gläubiger über eine Asset-deal-Alternative zu einer Zerschlagungsalternative vor. Dies entspräche der deutschen Regelung aus § 160 Abs.2 Nr.1 InsO – nur würde nach derzeitiger deutscher Insolvenzpraxis ein solche Entscheidung durch ein sachverständiges Votum des Insolvenzverwalters/Sachwalters vorbereitet, den es ja regelhaft nach dem RL-Vorschlag in den hiesig i. Rede stehenden Verfahren nicht mehr geben soll (dazu unter II.5) und je nach Unternehmensgröße würde auch innerhalb der hier in Rede stehenden Range v. Verfahren (dazu II.1.) ein M&A-Prozess notwendig sein, um solche Entscheidungen einer transparenten, entscheidungsfähigen Grundlage zu unterwerfen. Da Art.54 Abs.3 des RL-Vorschlages, offenbar ohne jede Berücksichtigung etwaiger Insichgeschäftsverbote (§ 181 BGB) nach nationalem Recht, eine Mitbietungsmöglichkeit v. Anteilseignern und/oder Mitglieder der schuldnerseitigen Geschäftsleitung („Management-buy-out“) vorsieht, ist umso fraglicher, wer auf Schuldnerseite solche Entscheidungsprozesse zuverlässig vorbereiten soll.

4. Gerichtliche Erkenntnisbasis reduziert auf schuldnerseitige Angaben

Der RL-Vorschlag schreibt zur Antragstellung die Schaffung eines „Standardformulars“ vor (Art.41 Abs.3). Wie bereits dargestellt, umfasst der Geltungsbereich des Verfahrens den Bereich einfacher Verfahren natürlicher (selbständiger) Personen bis hin zu rechtlichen Einheiten mit Umsatzgröße v. 2 Mill. EUR.

Im deutschen Insolvenzrecht ist die Schaffung eines standardisierten Formulars zur Antragstellung im Regelinsolvenzverfahren, die § 13 Abs.4 InsO optioniert, genau hieran gescheitert⁴⁵: die möglichen Alternativen der je nach dem als unverzichtbar aufzunehmenden unterschiedlichen Fragerubriken, bis hin zur Auslandsbezug (Art.102c § 5 EGIInsO), waren schlicht zu umfangreich. Von einem solchen Standardformular, welches gem. Art.41Abs.5 noch dazu nicht national gestaltet, sondern v. der Kommission *dekretiert* werden soll, ist daher wegen zu erwartender Unübersichtlichkeit, zumal Antragstellungen auf Restschuldbefreiung (s.o. II.1) zu integrieren wären (Art.55 Abs.2: Entschuldungsfristfeststellung auch für Gesellschafter des Unternehmens im jeweiligen Verfahren über das Vermögen der Gesellschaft integriert !), abzuraten, denn der in Art.41 Abs.4 genannte Fragekanon berücksichtigt z.B. die notwendigen Angaben zu schuldnerseitigen Betrieb (Gegenstand ?; Arbeitnehmer?) und die ggfs. notwendige Aufgliederung der Forderungen (dazu § 13 Abs.1 S.4 InsO) zwecks Bildung eines Gläubigerausschusses nicht.

⁴³ Offenbar subsumieren die Verfasser der Richtlinie den „asset deal“ unter den Begriff der „Liquidation“

⁴⁴ Eine Insolvenzgeldbeantragung kann der „normale“ Schuldner nicht bewerkstelligen, s.a. Bergner/Bierbach/Hänel, INDAT-Report 1/2023, 74,75; Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198, 205.

⁴⁵ Siehe hierzu Entwurf des BMJV v. 27.2.2014, abl. Stellungnahme BAKInso e.V. v. 12.3.2014, ZInsO 2014, 592. Das Vorhaben wurde v. BMJ dann nicht mehr weiterverfolgt.

Weiterhin geht der RL-Vorschlag davon aus, dass Basis des vereinfachten Liquidationsverfahrens regelhaft die *zuverlässigen Angaben des Schuldnerunternehmens* sind, wohingegen der Vorschlag selbst konzidiert⁴⁶, dass gerade diese Unternehmen regelhaft Insolvenzverschleppung begehen (Begründung S.20 –Mitte-).⁴⁷ Wie bereits dargelegt, geht der RL-Vorschlag bei Ausbleiben der notwendigen Angaben von einer „Dennoch“-Eröffnung aus, der Schuldner soll dann „verpflichtet“ sein, die Angaben binnen zwei Wochen ab Eröffnung des Verfahrens zu machen (die Mittel der Verpflichtung nennt der RL-Vorschlag nicht, soweit hier die gängigen Zwangsmittel (§§ 97 ff. InsO; §§ 4 InsO, 758a ZPO) angedacht sind, wäre aus praxistechnischer Sicht darauf hinzuweisen, dass diese erfahrungsgemäß erst nach Monaten zu Ermittlungserfolgen führen, solange wäre das Verfahren quasi „im Blindflug“ eröffnet (es sei erinnert, dass ungefähr in 50 % der in dem genannten Verfahrensgrößencluster derzeit beantragten Verfahren Zwangsmittel notwendig sind).

Das vom RL-Vorschlag intendierte Antragsverfahren würde im Ergebnis bei Gläubigeranträgen (Art.41 Abs.2) zu völlig ungesicherten Verfahrenseröffnungen hinsichtlich der Erkenntnisbasis zum Unternehmen und den Vermögenswerten führen und bei Eigenanträgen den gesamten Bereich der bisherigen im deutschen Recht verankerten Nachbesserungsverpflichtungen wg. unzulässig unvollständiger Antragstellung (die bisher in diesem Verfahrencluster praktisch der Regelfall ist), die bei den antragsverpflichteten Unternehmen zudem sanktioniert sind (§§ 13 Abs.3, 15 a Abs.4 InsO), ad absurdum führen (selbst bei schuldnerseitiger Zustimmung zur Verfahrenseröffnung auf Gläubigerantrag hin besteht nur die Verpflichtung zu Auskünften, „soweit sie dem Schuldnerunternehmen vorliegen“ (Art.41 Abs.6)).

Ebenfalls fehlt eine Sanktionierung bei schuldnerseitiger unvollständiger Gläubigerliste (Art.41 Abs.4 lit.e.), wobei die Gläubiger nach Eröffnung sogar nur dann „als angemeldet gelten“ (dazu Art.46 Abs.1), wenn sie v. Schuldner genannt wurden (was bei Forderungen nach § 302 InsO erfahrungsgemäß häufig nicht der Fall ist) und ansonsten –offenbar einer **Ausschlussfrist- von dreißig Tagen** zur Forderungsanmeldung unterworfen sein sollen (Art.46 Abs.2). Unklar bleibt auch, wie andere Gläubiger Forderungen v. Gläubigern bestreiten können sollen.⁴⁸

Sofern die Regelungen unter Titel VI. national umgesetzt werden würden, würden sie zum zwangsweisen - und die geringe restliche Masse mindernden - „Einkauf“ v. schuldnerseitig notwendigen Beratungsleistungen in hohem Maße führen, um den Anforderungen des Verfahrens überhaupt gerecht werden zu können. Bereits das nationale „Freigabe“-Verfahren für die „weiterwirtschaftende Tätigkeit“ v. Einzelunternehmer*innen (§ 35 Abs.2 InsO) zeigt in der Praxis gerade die Schwäche, dass das „sich selbst überlassen“ von Schuldner*innen im Zuge v. (massiven) Liquiditätsmängeln weder dazu führt, dass eine Unternehmung geordnet weitergeführt wird, noch dazu, dass Gläubigerinteressen und Gläubigergruppen adäquat bei anteiligen Verteilungen und Zahlungen berücksichtigt werden.

⁴⁶ EWG Nr.40 S.2: *Um zugleich sicherzustellen, dass vereinfachte Liquidationsverfahren effektiv und effizient durchgeführt werden können, sollte der Schuldner zu Beginn und während des gesamten Verfahrens genaue, zuverlässige und vollständige Angaben zu seiner Finanzlage und seinen Geschäftsangelegenheiten machen.* Es sei angemerkt, dass Angaben zu „Geschäftsangelegenheiten“ nach Art.41 Abs.4 RL-Vorschlag dann gar nicht verlangt werden!

⁴⁷ Zu Recht kritisch deswegen zum Eigenverwaltungsregelfall Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198, 203.

⁴⁸ Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198, 205.

Nebenbei sei bemerkt: Art. 40 des RL-Vorschlages sieht vor, dass in vereinfachten Liquidationsverfahren für Kleinunternehmen jegliche Kommunikation zwischen dem Gericht und dem Insolvenzverwalter (sofern bestellt) einerseits und den weiteren Verfahrensbeteiligten andererseits auf elektronischem Weg möglich sein soll, entsprechend Art. 28 der Richtlinie 2019/1023. Dies soll neben z. B. der Stellung von Anträgen sowie dem Forderungsanmeldungs- und -prüfungsverfahren offenbar auch Abstimmungen durch die Gläubiger erfassen, die gem. Art. 54 Abs. 4 des Vorschlags auch Entscheidungen über zerschlagende oder betriebsübertragende Veräußerung des Vermögens umfassen sollen, mit anderen Worten, die rein elektronische Gläubigerversammlung wird ohne Sicherstellung der Prüfung, wer wirklich Gläubiger ist, zum Regelfall erklärt. Der Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte (BAKInso e.V.) und der Verband der Insolvenz-/Sachwalter Deutschlands (VID e.V.) haben unter dem 11.1. bzw. 13.1.2023 just sehr kritisch die Erweiterung v. § 128a ZPO über § 4 S.2 InsO kommentiert, die ein Referenten-Entwurf eines „Gesetzes zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten“ vorsah.⁴⁹

5. Verfahrensdurchführung ohne Bestellung v. Insolvenzverwalter*innen

Mit der vorstehend skizzierten Einschränkung der Gläubigerrechte in ca. 80 % der deutschen Insolvenzverfahren geht einher, dass gem. Art.39 i.V.m. Art.43 und Art.46 Abs.4 des RL-Vorschlages die Eigenverwaltung *der Regelfall* sein soll. Die Bestellung v. Insolvenzverwaltern wird zum *Antragsfall* (Art.39 lit.a.) seitens Schuldnerunternehmen oder Gläubigern (die ja eventuell gar nicht vollständig bekannt sind u. deshalb auch nicht direkt unterrichtet werden (Art.45 Abs.2)) oder zum amtswegig auf „Einzelfallprüfung“ hin zu begründenden Ausnahmefall (Art.43 Abs.3). Im letzteren Fall kann auch nur ein Sachwalter ohne Übergang der Verfügungsbefugnis bestellt werden⁵⁰, dessen Befugnismöglichkeiten wären klarer zu konturieren, wie auch der Anwendungsfall der Nichtbestellung eines Insolvenzverwalters bei gleichzeitiger Bestellung eines „verwaltenden Gläubigers“ (Art.43 Abs.4 lit.b.)).

Anfechtungsklagen erfolgen in Verfahren ohne Verwalter nur „im Ermessen der Gläubiger“ (Art.47 lit.a.) (unklar ist, ob dies dann kontrovers auf Gläubigerversammlungen abgestimmt werden soll, mit welchen Stimmrechtsbeschränkungen ?; der in Art. 64 RL-Vorschlag eröffnete Aufgabenkanon des Gläubigerausschusses sieht entsprechende Entscheidungen nicht vor) und auch wer „andere Klagen“ (erwähnt in Art.48 Abs.2) massegenerierender Art führen soll, z.B. Haftungsklagen gegen die Geschäftsleitung, bleibt unklar. Es besteht die Gefahr, dass regelmäßig massegenerierungsgeeignete Ansprüche nicht verfolgt werden. Gläubiger könnten selbst „Anfechtungsgegner“ sein und eine Verfolgung v. Anfechtungsansprüchen daher „ermessensmäßig“ nicht befürworten.

Das Gericht soll –nur ausnahmsweise (Art.43 Abs.3)- das vereinfachte Liquidationsverfahren in ein „reguläres“ (EWG Nr.43, sic!) Insolvenzverfahren „umwandeln“ können, sofern eine Kosten- und Dauer- Abwägung dafür spricht. Die Umwandlung kann v. den Mitgliedsstaaten national geregelt werden, aber es soll ein *Ausnahmefall* bleiben.⁵¹ Eine Insolvenzverwalterbestellung ist aber auch mit der „Verfahrensumwandlung“ nicht zwingend verbunden, Art.43 Abs.4 lässt eine zustimmungskontrollierte Verwertung (nur) durch den Schuldner auch nach Umwandlung zu, dann aber müsste –in dieser Variante- jede

⁴⁹ Die Stellungnahmen sind auf den Internetseiten www.bak-inso.de und www.vid.de abzurufen.

⁵⁰ Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198, 202.

⁵¹ Diese Einschränkung wird wohl verkannt v. Vallender, NZI 3/2023, V.

Verwertungshandlung „behördlich“ genehmigt werden, was kaum umsetzbar ist oder – weitere Variante- die Verwertung einem Gläubiger übertragen werde, was ebensowenig realistisch erscheint, da Gläubiger evtl. „befangen“ wären (s.o.) oder das finanzielle Risiko (Kostenvorschuss aus der Masse ist nicht vorgesehen) scheuen könnten.

Die demgemäß korrespondierende Regelung in Art.47 lit.c.) schränkt die Entscheidung zu einer „Umwandlung“ des Verfahrens in ein reguläres Verfahren aber auch dahingehend ein, dass die zugrundeliegenden Forderungen im Verhältnis zum Wert der Insolvenzmasse dann „bedeutend“ sein müssen und das „vereinfachte“ Verfahren durch deren Geltendmachung verzögert würde. Da aber keine regelhafte Dauer des „vereinfachten“ Verfahrens ersichtlich ist (Art.55) und das Gericht bei Eröffnung die Anfechtungsansprüche gar nicht einschätzen kann (es gibt ja praktisch kein Ermittlungseröffnungsverfahren), wird es insofern kaum Anlass zur Bestellung v. Insolvenzverwalter*innen aus solchen Gründen geben. Eine „Gläubigerübernahme“ v. Anfechtungsklagen wird es kaum geben.⁵² Damit ist der Weg zum meistgenutzten Massegenerierungsinstrument versperrt. Der RL-Vorschlag ist ersichtlich von den Vorstellungen der nationalen Finanzministerien dominiert.

Damit wird quasi regelhaft derjenige Verfahrenscluster, der nach praktischer Erfahrung derzeit am häufigsten (s. I.2.) der Verfahrensleitung und massegenerierenden Ermittlung(en) von Insolvenzverwalter*innen bedarf, in ein völlig unkonturiertes „Eigenverwaltungsverfahren“ entlassen.⁵³ Bekanntlich hatte der deutsche Gesetzgeber mit dem „SanInsFoG“ zum 1.1.2021 durch detaillierte Neuregelungen in §§ 270 ff. InsO gerade die diesbzgl. Anforderungen, insbesondere zur Verlässlichkeitsprüfung schuldnerseitiger Angaben und zum notwendigen Finanzplan, aufgrund v. Praxiserfahrungen (s. „ESUG-Evaluation“ v. 10.10.2018⁵⁴) deutlich erhöht.

Begründungselement des RL-Vorschlages für diesen Grundansatz sind die (vorgeblich) durch die Insolvenzverwaltung entstehenden Kosten.⁵⁵ Der Grundansatz des RL-Vorschlages verabschiedet sich damit v. dem in Deutschland mit der InsO verbundenen Ordnungsprinzip, welches auch die „quotenlose“ –wenngleich eben nicht masselose⁵⁶- Eröffnung rechtfertigte⁵⁷, die auch in der Rechtsprechung –insbesondere vor dem Hintergrund der Ermittlung „korrekterer Ansprüche“⁵⁸- mehrfach gerechtfertigt wurde⁵⁹. Dabei wurde die Eigen-Deckelung seitens des Insolvenzverwalters hinsichtlich seiner Vergütungsansprüche bei „masseknappen“ Verfahren auf deren nur teilweiser Erfüllung befürwortet, um die Ermittlungsfunktion des Insolvenzrechts zu unterstützen⁶⁰ und die Eröffnung auf „prognostischer“ Beitreibunggrundlage gar v. BGH befürwortet⁶¹. Die Umsetzung des RL-Vorschlages würde damit für das deutsche Insolvenzrecht zu einem

⁵² Zu den Gründen zutreffend Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198, 206.

⁵³ Zur nahezu gleichlautenden Kritik an dem spanischen seit 1.1.2023 in Kraft getretenen vereinfachten Liquidationsverfahren Eseteve, INDAT-Report 1/2023, 72, 73.

⁵⁴ Kurzbericht in ZInsO 2018, 2402; dazu Frind, ZIP 2019, 61; Pape, ZInsO 2019, 405, 429; Beissenhirtz, ZInsO 2019, 180; es ergibt sich in den Bereichen v. Schuldnerberatern und Gläubigervertretern überwiegend mit den Änderungen Zufriedenheit (Zusammenstellung der Stellungnahmen in INDAT-Report 2/2022, 37 ff.).

⁵⁵ Siehe Einleitung S.20 Mitte; EWG Nr.39.

⁵⁶ BGH v. 17.7.2008, NZI 2008, 557=ZInsO 2008, 859.

⁵⁷ Weitzmann, ZInsO 2022, 447; Paulus, ZRI 2022, 45, 46; Frind, ZInsO 2011, 1569; Haarmeyer, ZInsO 2009, 1273 ff.; Henckel FS Gerhardt, S. 361; Haarmeyer, FS für G.Fischer, 2008, 193 ff.; kritisch indes Smid, ZInsO 2014, 1247, 1248; Klinck, Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung, 2011, 115.

⁵⁸ OLG Hamm v. 22.9.2011, ZInsO 2011, 1947; AG Hamburg, Beschl. v. 21.6.2010, 67c IN 164/10, ZInsO 2010, 1342=ZVI 2010, 436.

⁵⁹ LG Hamburg v. 29.6.2016, ZInsO 2016, 1534; AG Hannover, Beschl. v. 25.9.2017, ZInsO 2017, 2628.

⁶⁰ LG Hamburg v. 29.6.2016, ZInsO 2016, 1534.

⁶¹ BGH v. 15.3.2012, ZInsO 2012, 693=ZIP 2012, 737.

massiven Paradigmenwechsel führen.

Der RL-Vorschlag ist in dieser Beziehung nicht zu verwechseln mit den –bereits teilweise im Vorfeld der Reform des Restschuldbefreiungsverfahrens im Jahre 2021 geäußerten- Bestrebungen, im Bereich der Insolvenzverfahren natürlicher Personen und insbesondere in der Verbraucherinsolvenz zu einem „schlankeren“ Verfahren zu kommen; z.B. auf Verfahrenseröffnungsbeschlüsse und Forderungsanmeldungen bei Null-Masse-Verfahren zu verzichten.⁶² Zutreffend sieht zwar Art.49 des RL-Vorschlages die Verfahrenseinstellung vor, sofern keine oder nur geringe oder durch Absonderungsrechte „aufgesogene“ Vermögenswerte zur Verfügung stehen, verortet diese Verfahrenserleichterungen aber einerseits insbesondere auch für den hiesig in Rede stehenden Verfahrenscluster v. Verfahren über juristische Personen/Personengesellschaften (bis 2 Mio. Umsatz !) –die keine Veranlassung bieten, eine regelhafte Null-Masse anzunehmen- und ohne Implementierung einer vorherigen zuverlässigen *Masseumfangsermittlung*. Zudem würden- im Gegensatz zu vorgenannten Reformvorschlägen- die Verfahren vorher auch –und zwar in jedem Falle (auch bei nicht gedeckten Verfahrenskosten) - zunächst einmal eröffnet.⁶³

6. Masseverwertung regelhaft mittels elektronischer Auktionen

Erheblichen Regelungsumfang nehmen im RL-Vorschlag die Verwertungsregeln im vereinfachten Liquidationsverfahren ein, weil hierzu nahezu ausschließlich auf einzurichtender –international vernetzter (Art.51)- elektronische Auktionsplattformen rekuriert wird (Art.50 - 54). Weshalb hierauf so schwerpunktmäßig eingegangen wird, wenn andere Verwertungswege gar nicht ausgeschlossen werden (Art.55 Abs.2), bleibt unklar. Erwägungsgrund Nr.44 geht ausdrücklich von einer „öffentlichen gerichtlichen Online-Versteigerung“ aus, wenn dies dem Gericht „angemessen“ erscheint; dies deutet daraufhin, dass die nationalen Insolvenzgerichte dann solche gemeinten Auktionen unter eigener Regie durchführen, zumindest überwachen sollen. Das dürfte dann ein neues Betätigungsfeld für die Rechtspfleger*innen werden.

Regelhaft geht der RL-Vorschlag v. einer eigenverwalteten Feststellung des (Rest-)Vermögens durch die Schuldner(unternehmen) selbst aus (Art.48 Abs.1), was deren Fähigkeiten wiederum regelhaft nach Praxiserfahrungen deutlich übersteigen dürfte.⁶⁴ Die Insolvenzgerichte indes sollen statt bisher Überwachungen nunmehr Verwertungsdurchführungs- und Masseverteilungsfunktionen hierbei versehen (Art.49 Abs.1, Abs.3), wobei eine Verwertung bei einer –nicht geregelten- Marginalitätsgrenze unterbleiben oder durch Sicherungsgläubiger erfolgen soll (Art.49 Abs.2). Auf solche Aufgaben wären jedenfalls die Insolvenzgerichte weder eingerichtet, noch entspricht eine Überbordung solcher Aufgaben dem Gewaltenteilungsprinzip, da die Gerichte dann im einzelnen Verfahren Exekutivfunktion ausüben würden, weshalb der RL-Vorschlag zutreffend offenlässt, ob der Gebrauch des Wortes „Behörden“ hier nicht andere Institutionen meint, was die unterschiedliche Definition in Art. 2 lit.b.) zu Art.2 lit.c.) des RL-Vorschlages auch nahelegt (was jedoch bei der Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens in Art.42 Abs.1 wiederum als Begrifflichkeit dann nicht passt).

Über die zu schaffende elektronische Plattform soll sogar das Unternehmen als Ganzes

⁶² Lorenscheidt, InsbürO 2021, 181; Henning, ZVI 2021, 169; Keller, NZI 20/2021, V) und es werden neue Reformpunkte benannt: Rein, ZVI 2021, 325; Hofmeister, ZVI 2021, 409.

⁶³ Ggfs. wären im Sinne des dann nicht mehr vorhandenen „Abstandes“ auch die Verbraucherinsolvenzverfahren deutlich zu verschlanken, Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198, 208.

⁶⁴ Zu Recht kritisch Bergner/Bierbach/Hänel, INDAT-Report 1/2023, 74,75.

erworben werden können (Art.50 Abs.1 S.2). Dabei dürfen Anteilseigner und Geschäftsleiter mitbieten (Art.54 Abs.3). Eine Beziehung zur –auch international- bekannten Fachdiskussion zu Fragen v. Vergleichsbasis, Marktwertbestimmung und M&A-Prozess⁶⁵ findet sich in der RL-Vorschlagsbegründung nicht.

III. Fazit

Der mit verhältnismäßig kurzer Stellungnahmefrist (zum 17.3.2023) versehene weitreichende RL-Vorschlag der EU-Kommission v. 7.12.2022 ist teilweise ein „false-label-product“. Es geht nicht um „Harmonisierung“ „bestimmter Aspekte“, sondern –zumindest teilweise, jedenfalls mit den Regelungen in Titel VI.- um einen Paradigmenwechsel hin zu: „schnell, kostengünstig, ungeprüft“. Dabei geht es nicht um eine etwaige „nationale Brille“ oder um ein „Verbleiben in einer (nationalen) Komfortzone“, sondern um Grundsatzfragen, was Insolvenzrecht generell –international- leisten können muss. Und das wären Ordnungsfunktion, Sicherstellung der Beteiligung aller Gläubiger, Vermögenswertermittlung und rechtzeitige Antragstellung bei Sanktionierung v. Insolvenzverschleppung. Der RL-Vorschlag bringt Gegenteiliges für ein ungeeignetes Klientel⁶⁶.

Mit der in Teil VI. zwingend vorgesehenen Einführung eines „vereinfachten Liquidationsverfahrens“ würden ca. 80 % der deutschen Regelin Insolvenzverfahren einer reinen nahezu unüberprüften Sofortverwertungseröffnung, aber nur der leicht oder zunächst ersichtlichen Vermögenswerte, ohne Rücksicht auf Verfahrenskostendeckung und begleitender Ermittlungskontrolle durch Insolvenzverwalter*innen/Sachwalter*innen unterworfen. Mit einer nützlichen Verschlinkung des Verfahrensablaufes v. massearmen Verfahren oder gar einer sinnvollen Reform des Verfahrens natürlicher Personen hat dies nichts zu tun.

G. Titel VII. -Gläubigerausschuss-

I. Regelungsansatz

Der RL-Vorschlag präferiert auch im Bereich der Regelungen zum Gläubigerausschuss eine zwingend umzusetzende, ungewöhnlich detaillierte und weitreichende Regelungstiefe. Diese sieht wiederholt –wie bereits auch an anderer Stelle des RL-Vorschlages (z.B. Art.46 Abs.2 (Mindestforderungsanmeldefristmöglichkeit))- ganz eindeutige Fristen für die praktische Umsetzung v. Regelungsinhalten im einzelnen Insolvenzfall vor (Art. 59 Abs.1, Abs.2; Art. 63 Abs.1), greift in die nationale und gerichtliche Kompetenz zur Bestimmung der Mitgliederanzahl des Ausschusses ein (Art.61) und geht sogar so weit, eine Standardgeschäftordnung für den Ausschuss festzulegen (Art.63 Abs.6 S.1). Der RL-Vorschlag formuliert für den Titel VII. das Verständnis v. „Mindestharmonisierungsvorschriften“.⁶⁷

Dies alles geht über den im generellen Begründungsteil des RL-Vorschlages genannten Zielansatz, die Umstände für eine Bildung des wichtigen Instrumentes „Gläubigerausschuss“ sicherzustellen, weit hinaus und hat mit dem Grundansatz „*Ziel der Bestimmungen dieses*

⁶⁵ Dazu in Bezug auf das Insolvenzplanverfahren *IdW S 2, Rn.77*. Nerlich, FS Prütting, 2017, 717, 724; Hofmann, Eigenverwaltung, 2.Aufl., Rz.541; INDAT-Report 8/2015, 32,33; Fröhlich/Eckhardt, ZInsO 2015, 925; Körner/Rendels, INDAT-Rep. 7/2013, 60, 63; Siemon, NZI 2014, 55, 60; Horstkotte, ZInsO 2014,1297, 1306: bei übertragender Sanierung zu bedenken; Kübler/Rendels, ZIP 2018, 1369, 1371. Zur zumindest notwendigen „Marktstudie inklusive Unternehmensbewertung“ (fairness opinion, IdW S 8) als Entscheidungsgrundlage: Frind, ZInsO 2021, 1093, 1098 mwN; Schröder/Rekers, ZInsO 2019, 711, 714; kritisch Fröhlich, SanInsights 5/2021, 10.

⁶⁶ Smid/Wehdeking, ZInsO 2023, 198, 208.

⁶⁷ RL-Vorschlag (dt.Version) S. 23 oben.

*Titels ist es daher, die Stellung der Gläubiger im Verfahren zu stärken.*⁶⁸ im Grunde nichts zu tun. Es handelt sich vielmehr um zwingende Durchregulierungsversuche, die in Ansehung der weitgehend ohnehin bestehenden - hiesig funktionierenden - nationalen insolvenzrechtlichen Vorschriften (auch) im Bereich „Gläubigerausschuss“⁶⁹ überzogen erscheinen, und selbst über den eigenen Ansatz des Vorschlages, „*Mindestharmonisierungsvorschriften für zentrale Aspekte*“⁷⁰ klären zu wollen, deutlich hinaus schießt.

Zudem ist die Regelungsdogmatik des RL-Vorschlages –zumindest teilweise- von dem – abzulehnenden- Verständnis geprägt, der Gläubigerausschuss diene (auch) der interessengeleiteten „*Beteiligung einzelner Gläubiger*“ (s. unter III.).⁷¹

II. Ausschuss-Einsetzung

1. Beibehaltung des vorläufigen Ausschusses ?

Der RL-Vorschlag will grundsätzlich nur einen Gläubigerausschuss auf Beschluss der Gläubigerversammlung (folgend: GLV) zulassen, ermöglicht aber die Beibehaltung nationaler Regelungen für einen Ausschuss im Eröffnungsverfahren (Art.58 Abs.2), womit § 22 a InsO generell bestehen bleiben könnte. Allerdings sieht der Vorschlag in diesem Verfahrensabschnitt lediglich nur noch eine Einsetzung auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger vor (ohne zu definieren, wie das Gericht diese verlässlich als solche identifizieren soll, im nationalen Recht dient dazu § 13 Abs.1 Satz 3 ff. InsO).⁷²

→Damit wären der amtswegige Pflichtausschuss in größeren (Betriebsfortführungs-)Fällen nach § 22a Abs.1 InsO und der v. Schuldner und vorläufigem Insolvenzverwalter beantragte Ausschuss nach § 22a Abs.2 InsO, sowie der amtswegig optional eingesetzte vorläufige Ausschuss nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO, der gem. § 270c Abs.3 S.1 InsO insbesondere im Eigenverwaltungsverfahren Bedeutung erlangt, *nicht mehr zulässig*.

Der vorläufige Gläubigerausschuss des Eröffnungsverfahrens ist mit seinen weitreichenden Kompetenzen bei Verwalterauswahl (§ 56a) und Überwachung des Schuldners (§§ 21 Abs. 2 Nr. 1a, 69) seit gesetzlicher Einführung in einigen Verfahren zu einem zentralen Instrument des Eröffnungsverfahrens in Betriebsfortführungsfällen geworden. Weshalb nationale Optionsmöglichkeiten so weit -bis hin zum Bestellungsverbot- begrenzt werden sollen, ist nicht ersichtlich und aus insolvenzgerichtlicher Sicht klar kontraproduktiv zum Gläubigermitbestimmungsgedanken in dem so wichtigen „weichenstellenden“ Eröffnungsverfahren.

Der RL-Vorschlag reguliert auch –offenbar dem Gedanken des „Verlassens auf Gläubigeranträge“ folgend – keine Schwelle v. Verfahrensgrößen bei der ein Gläubigerausschuss zwingend bestellt werden müsste. Zwar konnten in jüngerer Zeit auch Pflichtausschüsse gem. § 22a Abs.1 InsO nicht immer gerichtsseitig vollständig oder

⁶⁸ RL-Vorschlag (dt.Version) S. 22, letzter Absatz.

⁶⁹ Zu diesen MünchKomm/InsO- Schlegel (Hrsg.), 4.Aufl. InsO, Band 4, „Länderberichte“.

⁷⁰ RL-Vorschlag (dt.Version) S. 23 oben.

⁷¹ RL-Vorschlag (dt. Version) S. 22 letzter Absatz, wohingegen widersprüchlich dazu auf S.23 Mitte bei der Kurzerläuterung zu Art.60 darauf hingewiesen wird, dass der Ausschuss die Interessen der gesamten Gläubigerschaft vertrete. Nur letzteres Verständnis konkordiert mit dem deutschen Verständnis der Aufgabe des Gläubigerausschusses (HRI/Ampferl, 2.Aufl., § 14 Rn.2) .

⁷² RL-Vorschlag (dt. Version) EWG Nr.47 :„(...) sollte nur mit Zustimmung der Gläubiger eingesetzt werden.“

zuweilen in Gänze gebildet und besetzt werden⁷³, dies ist indes kein Grund, das Instrumentarium (nur) im Gläubigerantragsbereich zu belassen, zumal allein der Umstand, dass ein Gläubiger die Einsetzung eines Gläubigerausschusses beantragt, nicht dafür spricht, dass sich auch genügend –weitere- Gläubiger für eine Mitgliedschaft im Ausschuss gewinnen lassen würden. Dass ein solch vorläufiger Ausschuss nach Eröffnung bis zur GLV wieder- oder erstmals bestellt (§ 67 Abs.1 InsO) und dann ggfs. v.d. GLV bestätigt werden müsste, sieht der RL-Vorschlag (Art.58 Abs.2 S.2) in Konkordanz zu § 68 Abs.1 InsO, indes auch nur auf Gläubigerantrag.

Die „Einsetzungsbremse“ des § 22a Abs.3 InsO, die im deutschen Recht den amtswegig einzusetzenden Ausschuss zu Recht nicht erfasst, um hier Handlungsoptionen offenzuhalten⁷⁴, ist in *Art. 58 Abs.3* indes nur hinsichtlich der Kostenverhältnismäßigkeit abgebildet, eine nachteilige Verfahrensverzögerung (in der Praxis meist durch die Kandidatensuche und –auswahl verursacht und zuweilen aufgrund Nichtfindens v. bereiten oder befähigten Mitgliedern) kennt der RL-Vorschlag nicht.

Die *Kostenverhältnismäßigkeitsbremse* soll gem. § 58 Abs.3 in offenbar abschließender Aufzählung, ein „z. B.“ fehlt, gelten bei (das Wort „voraussichtlich“ fehlt) kleiner Masse, Kleinstunternehmen (i. d. Definition der EU-Kommission (s. dazu Titel VI.)) und geringer Gläubigeranzahl. Die Fortgeltung v. § 22a Abs.3, zweite Alt., InsO wäre daher fraglich, das ist wenig praxisgerecht. Die nach deutschem Recht derzeit geltende Alternative „Geschäftsbetrieb eingestellt“ als Einsetzungsverbot fehlt in Art.58 Abs.3, was nicht unbedingt nachteilig sein muss (auch große Verfahren müssen nicht zwangsläufig Betriebsfortführungsverfahren sein), aber das Verhältnis „Ausschusskosten“ zu „Insolvenzmasse“ kann das Gericht bei der Einsetzungsentscheidung noch nicht bestimmen, weshalb im deutschen Recht es zutreffend um eine „zu erwartende“ mithin zu prognostizierende Masse geht: in Art. 58 Abs.3 ist der Begriff „geringe wirtschaftliche Bedeutung der Insolvenzmasse“ hingegen ungenau und ohne prognostisches Element.

2. Mitglieder-Ernennung

a.) Fehlende RL-Anforderungen im Vergleich zu nationalen Regelungskonzepten

Bestellungsvorschläge der antragsberechtigten Gläubiger sieht Art. 58 Abs.2 S.1 i.V.m. Art.59 RL-Vorschlag im Gegensatz zu § 22a Abs.2 InsO *nicht* vor.

Bestellungsvorschlagsmöglichkeiten v. Schuldnerunternehmen und vorläufigem Verwalter/Sachwalter gem. § 22a Abs.4 InsO fehlen konsequent (s.o. II.1.: nicht antragsberechtigt). Vertretungen der Arbeitnehmerschaft sind im Gläubigerausschuss über Art.59 Abs. 3 RL-Vorschlag zwingend jedenfalls auch nicht vorgesehen.

Notwendige Einverständniserklärungen zur Amtsannahme (§ 22a Abs.2 InsO) sind nicht erwähnt, das erklärt den recht langen Ernennungsfristzeitraum von bis zu 30 Tagen. Der gerichtliche Einsetzungsbeschluss *soll binnen dreißig Tagen* erfolgen (Art.59 Abs.1), das soll offenbar im Eröffnungsverfahren wie auch nach Eröffnung bis zur GLV gelten, nach dieser (und dortigem Bestellungsbeschluss) auch. Auch dies ist einer raschen Ausschusseinsetzung und Arbeitsaufnahme nicht zuträglich. Für das Eröffnungsverfahren

⁷³ Harbrecht lt. INDAT-Report 2/2015, 53; Ehlers, Stbg 2015, 272; Kölner Insolvenzrichter, ZIP 2014, 2153, 2155; Portisch, Prozesshandbuch Sanierung, Rn. 428; Gutmann, AnwBl. 2013, 615; s. bereits AG Hamburg v. 03.05.2013, ZIP 2013, 1391 = ZInsO 2013, 1804; zustimmend Pape, ZInsO 2013, 2129, 2131

⁷⁴ AG Hamburg, ZInsO 2013, 2166 = NZI 2014, 31; KK-Hess, § 22a Rn.42.

dürfte dies deutlich zu lang sein⁷⁵, indes fehlt ohnehin im RL-Vorschlag eine Mitbestimmungsaufgabe hinsichtlich der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters (s. Art.64), weshalb die national in § 56a Abs.1 InsO vorgesehene indirekte Zweiwerktagessfrist zur Bestellung des vorläufigen Ausschusses zwecks Ermöglichung v. dessen Stellungnahme zur Verwalterauswahl auch im RL-Vorschlag nicht ansatzweise Niederschlag gefunden hat.

*Normierte Befähigungsanforderungen*⁷⁶ für die auszuwählenden Mitglieder fehlen in Art.60 ebenso wie im deutschen Recht, was eine sinnvolle Anforderungsregularie gewesen wäre. Auch die repräsentative Zusammensetzung ist lediglich rudimentär angesprochen (Art. 59 Abs.3: „unterschiedliche Gruppen u. Interessen widerspiegeln“), weshalb die nationalen Regelungen mit der Gläubigergruppenbenennung bereits in § 13 Abs.1 S.4 InsO und der demgemäßen Regelung in § 67 Abs.2 InsO wohl auch i.S.d. RL-Vorschlages bestandsfähig und wesentlich genauer sind. Die Pflichtvorgabe, möglichst ein/e Arbeitnehmersvertreter*in aufzunehmen (§ 67 Abs.2 S.2 InsO) fehlt. Ob Nichtgläubiger –wie in § 67 Abs.3 InsO geregelt- künftig nach dem RL-Vorschlag Mitglieder im Ausschuss werden können, ist unklar.⁷⁷ Art.59 Abs.3 spricht v. „Gläubigern“ und Art. 59 Abs.4 erweitert auf solche, deren Forderungen „nur vorläufig festgestellt wurden“, ein Status, den es im deutschen Recht nicht gibt (auch im Grunde kein „vorläufiges Bestreiten“ –welches aber praxisüblich ist⁷⁸-, was aber wegen § 67 Abs.3 InsO national auch egal ist). EWG Nr. 49 spricht hingegen v. Gläubigern deren Forderungen „noch nicht zugelassen wurden“, was kein Übersetzungsproblem sein kann (engl. Version: „not yet admitted“) und daher meint, dass doch zumindest „Scheingläubiger“ Mitglied im Ausschuss werden könnten, jedenfalls aber keine Nichtgläubiger. Der im deutschen Recht stark praxisbetont streitige⁷⁹ § 67 Abs.3 InsO stünde damit auf dem Prüfstand. Ob das Gericht eine von der Gläubigerversammlung beschlossene Ausschusszusammensetzung nach Art.58 Abs.2 S.2, 59 Abs.2 Abs.1 S.2 später wieder ändern können soll, lässt Art.62 Abs.1 S.1 offen; im deutschen Recht wäre eine solche per „Ersetzung“ nicht statthaft⁸⁰.

b.) Deckelung der Mitgliederanzahl ?

Befremdlich (s. bereits unter I.) ist die ohne Eröffnung einer gerichtlichen Einzelfalloption durchregelnde Festlegung des RL-Vorschlages auf eine Mitgliederzahl v. mindestens drei bis höchstens sieben Mitgliedern (Art.61), andererseits bei Zulassung „mehrerer Gläubigerausschüsse“ (Art. 60 Abs.1 S.2), was auf die Konzerninsolvenzregelungen zu den Gruppenausschüssen (national: § 269c InsO) rekurrieren könnte (es geht hier allerdings um getrennte Verfahren !), aber offenbar nationalstaatliche Regelungen im Auge hat, die binnen eines Verfahrens mehrere getrennte Ausschüsse zulassen. Nach deutschem Recht ist es Aufgabe des Gerichtes, die angemessene Anzahl v. Ausschussmitgliedern (unter Beachtung der Kostenverhältnismäßigkeit) frei zu bestimmen⁸¹, so sind einerseits Zweier-Ausschüsse zulässig⁸², aber i. d. Praxis auch Ausschussmitgliederzahlen bei großen Verfahren von über sieben Mitgliedern nicht unbekannt und zuweilen sinnvoll⁸³. Hier soll und muss dem

⁷⁵ Erwägungsgrund Nr.49 spricht denn auch v. *zügiger Bestellung*, was immer das heißen mag.

⁷⁶ Zur Notwendigkeit der Befähigung der Ausschussmitglieder HmbKomm-InsO/Frind, 9.Aufl.,§ 67 Rn.10 mwN.

⁷⁷ Wohl nicht so auch Bergner/Bierbach/Hänel, INDAT-Report 1/2023, 74,77.

⁷⁸ OLG Frankfurt v. 15.2.2021, NZI 2021, 510.

⁷⁹ HambKomm-InsO/Frind, § 67 Rn.12 mwN.

⁸⁰ HambKomm-InsO/Frind, § 70 Rn.8.

⁸¹ HambKomm-InsO/Frind, § 67 Rn.6 - Rn.8 mwN.

⁸² BGH, ZIP 2009, 727: Mindestzahl zwei Mitglieder, hier aber Sonderfall mit ganz geringer Gläubigerzahl; BGHZ 124, 86 = ZIP 1994, 46.

⁸³ Weitzmann, ZInsO 2021, 412.

gerichtlichen *Ermessen im Einzelfall* Vorrang eingeräumt werden, eine „EU-weite Deckelung“ ist unsinnig.

c.) Besetzungsrüge ?

Noch befremdlicher indes ist die RL-Vorschlagregelung, dass die Ernennung v. Ausschussmitgliedern rechtsmittelfähig sein soll (Art. 59 Abs.5) und zwar anfechtbar durch „jede interessierte Partei“, ein Terminus, der wohl auch die Schuldnerseite mitumfasst und ansonsten recht uneingegrenzt (Gesellschafter? Bürgen?) ist. Zu Recht kennt das deutsche Recht gegen die Ausschussbestellung kein Rechtsmittel⁸⁴, nur die Abwahl durch die GLV (§ 68 Abs.2 InsO) oder die rechtsmittelfähige Entlassung durch das Gericht (§ 70 InsO). Wenn die Bestellung auch nach Wahl durch die GLV und sogar die Bestellung im Eröffnungsverfahren künftig rechtsmittelfähig durch jeden Gläubiger und jede „interessierte Partei“ werden sollen, werden sich bald gar keine Gläubigerausschussmitglieder mehr zur Amtsübernahme bereit finden, denn der Ausschusssitz wird solcherart zum „heißen“ Stuhl bis zur rechtskräftigen Klärung durch die Rechtsmittelgerichte, ob „man“ denn wirklich Ausschussmitglied ist und mit den (bekannten (siehe § 34 Abs.3 S.3 InsO)) Nachfolgefragen, ob Entscheidungen des Ausschusses während solcher Anfechtungsverfahren bestandskräftig bleiben. Den Insolvenzverfahren und notwendigen Massegenerierungen wird solche Unsicherheit nicht gut tun, da ein Gläubigerausschuss dessen Bestellung oder Besetzung angefochten ist dazu neigen wird, während des Rechtsmittellaufes keine wirkmächtigen Entscheidungen zu treffen. Zu Recht ist auch bei der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters national eine „Besetzungsrüge“ nicht statthaft.⁸⁵

III. Aufgaben- und Pflichtenkonturierung

Der RL-Vorschlag reguliert in Art. 64 Abs.1 S.1 zunächst die nationalen Gläubigerausschussnormen dahingehend mit der zwingenden Anweisung, die Mitgliedsstaaten „stellen sicher“, dass zu „gewährleisten“ sei, dass „die Interessen der Gläubiger geschützt und einzelne Gläubiger einbezogen werden“ würden. Bereits dies weist Friktionen zu Art.60 Abs.1 auf, wo als generelle Aufgabe des Ausschusses nur „die ausschließliche Vertretung der Interessen der Gesamtheit der Gläubiger“ statuiert wird; der Gläubigerausschuss hat ja auch gar keine Umsetzungsmöglichkeiten dahingehend, für eine „Einbeziehung“ einzelner Gläubiger gewährleistend Sorge zu tragen, da er seine Zusammensetzung nicht selbst reguliert. Die Einladung zu den GLVs obliegt dem Insolvenzgericht, die Verwertung der Masse dem Insolvenzverwalter und zur Wahrung seiner Neutralität haben weder der Ausschuss als Organ noch einzelne seiner Mitglieder die Verfolgung v. Interessen einzelner Gläubiger zu ermöglichen.

1. Teilweise problematische Mindestaufgaben

Der RL-Vorschlag nennt sodann einen Kanon von Mindestaufgaben des Ausschusses, der sicherzustellen sei (Art.64 Abs.1 S.2). Dies sind in erster Linie zunächst Informations- und Anhörungsrechte gegenüber dem Insolvenzverwalter und entspricht deutschen Regelungen (§ 69 S.2 InsO). Merkwürdig sind im RL-Vorschlag mehrfach auftauchende Regelungen (Art.64 Abs.2 S.2 lit.e.), f.), g.)), dass ein Informationsrecht und eine -pflicht des Ausschusses (nur) gegenüber den Gläubigern bestehe, die v. Ausschuss vertreten würden bzw. eine externe Beratung eingeholt werden könne (das ist gem. §§ 73 InsO, 18 InsVV im Rahmen v. Auslagenerstattung auch nach deutschem Recht möglich), für Angelegenheiten, an denen die „im Ausschuss vertretenen Gläubiger“ Interesse hätten. Eine Beschränkung auf

⁸⁴ HambKomm-InsO/Frind, § 67 Rn.18 mwN.

⁸⁵ HambKomm/InsO-Schröder bei § 21 Rdn. 105 m.w.N..

Interessen und Informationsbedürfnisse der im Ausschuss „vertretenen Gläubiger“ bedarf es indes nicht und ist nicht statthaft, weil der Ausschuss eben gem. Art. 61 Abs.1 und Abs.2 ausdrücklich alle Gläubigerinteressen vertritt. Die Mitglieder des Ausschusses sollen eben nicht „ihre“ individuellen Interessen als Gläubiger vertreten, so jedenfalls das nationale Verständnis im Rahmen v. § 69 InsO.⁸⁶ Insofern kann es auch keine Informationspflicht des Ausschusses gegenüber den Gläubigern geben, die er „vertritt“ (Art.64 Abs.1 S.2 lit.e.)), da er der Gläubigergesamtheit gegenüber informationspflichtig ist, aber –zu Recht- einzelne Gläubiger v. ihm als Organ keine Rechenschaft verlangen können.

Sofern der RL-Vorschlag in Art.64 Abs.2 S.2 lit.e.), zweite Alt., dem Ausschuss ein direktes Informationsrecht im Sinne eines Anspruches, von seinen Mitgliedergläubigern Informationen zu erhalten, normiert wissen will, ist ein solches Recht bisher dem deutschen Insolvenzrecht unbekannt. Eine Normierung wäre auch sehr problematisch, da ein direkter Informationsanspruch eines insolvenzrechtlichen Organs gegenüber den Ausschussmitgliedsgläubigern dazu führen könnte, dass diese ggfs. im Einzelfall Geschäftsgeheimnisse oder ihnen anderweitig vertraulich zuteil gewordene Informationen offenbaren müssten, die in irgendeiner Weise Massegenerierungsbezug haben (könnten) oder für die Ausschussarbeit v. Belang wären. Diesbezügliche Auseinandersetzungen könnten die Ausschussarbeit behindern.

2. Mangelnd konturierte Mindestaufgaben, Zustimmungsbefugnisse und Rechtmittelmöglichkeiten

Bei den Mindestaufgaben spart der RL-Vorschlag jeden Bezug zur Insolvenzverwalterauswahl aus. Da es sich aber ausdrücklich um Mindestaufgaben handelt, würde die nationale Regelung des § 56a InsO richtlinienkonform bleiben. Problematisch erscheint indes – zumindest aus dem Harmonisierungsansatz, dass alle wichtigen Aufgaben zwecks besserer Kalkulierbarkeit der Abläufe für grenzüberschreitende Verfahren in allen nationalstaatlichen Insolvenzgesetzen enthalten sein sollten- der Mangel, dass die *Prüfung des Geldverkehrs und –bestandes* (dazu § 69 S.2 InsO) nicht als Mindestaufgabe explizit genannt ist, d.h. nach dem RL-Vorschlag gibt es auch keine Notwendigkeit zur Bestellung eines Kassenprüfers. Unter die sehr offen formulierte reine „Aufsicht“ über den Insolvenzverwalter (Art.64 Abs.1 S.2 lit.c.)) wird man das so ohne weiteres nicht subsumieren können.

In Art.64 Abs.2 fordert der RL-Vorschlag eine enumerative Festlegung der Genehmigungsbefugnisse des Ausschusses für bestimmte Beschlüsse und Rechtshandlungen. Dies dürfte mit § 160 Abs.1 S.1 InsO kollidieren, der regelungstechnisch zunächst *alle verfahrenswichtigen Handlungen des Verwalters* unter Genehmigungsvorbehalt des Ausschusses stellt und lediglich in Abs.2 hierfür Regelbeispiele bildet, wobei in §§ 158, 161, 162 InsO Sonderfälle geregelt sind. Der Ausschuss hat national bereits im Eröffnungsverfahren in einer Fülle von zustimmungsnotwendigen und entscheidungsnotwendigen Bereichen mitzuentcheiden, die auch haftungsrelevant sind.⁸⁷ Der Katalog des § 160 InsO ist nicht abschließend, sondern dieser Vorbehalt betrifft alle Verfahrenshandlungen, die dem dort gemeinten Gewicht entsprechen⁸⁸, z.B. auch die

⁸⁶ Graf-Schlicker/Kubusch, 6.Aufl.InsO, § 69 Rn.2 und Rn.3 mwN; HambKomm-InsO/Frind, § 67 Rn.15, § 73 Rn.4 u. Rn.5.

⁸⁷ Ausführlich Frind, ZIP 2012, 1380; Brinkmann, DB 2012, 1369, 1371; Göb in Göb u.a., PH Gläubigerausschuss u. Gläubigerversammlung, 2.Aufl.2023, Teil 1 Kap.6 Rn. 40 ff.

⁸⁸ Cranshaw, ZInsO 2012, 1151; MünchKomm-InsO/Schmidt-Burgk, 4.Aufl.InsO, § 69 Rn. 20.

Befreiung des Verwalters von der Schranke aus § 181 BGB⁸⁹. Der Ausschuss könnte mithin einen M&A-Prozess, der relevant massebelastend ist, durch Ablehnung blockieren, aber dessen Durchführung nicht einfordern.⁹⁰

Diese recht offene Vorbehaltsregelung entspricht sehr praxisgerecht der Komplexität der insbesondere in Betriebsfortführungsverfahren auftretenden vielgestaltigen Problembereiche. Der RL-Vorschlag sieht hier derzeit eine zu enge Verrechtlichung auf enumerative Zustimmungserfordernisse vor. Damit korrespondiert die in Art.67 Abs.1 vorgesehene RL-Regelung, dass gegen solche Genehmigungsbeschlüsse des Ausschusses *Rechtsmittel vorgesehen werden müssen*. Wer rechtsmitteleinlegungsbefugt sein soll, sagt die Regelung nicht. Hier stellen sich gleich mehrere Fragen: sind bei Ablehnung der Genehmigung auch Rechtsmittel der Insolvenzverwalter gemeint?⁹¹ Wenn Rechtsmittel aller Gläubiger eröffnet werden sollen, wie sollen diese v. den –nach bisherigem nationalen Verständnis internen- Ausschussbeschlüssen Kenntnis erlangen? Muss das Insolvenzgericht diese dann zur Eröffnung v. Rechtsmittelmöglichkeiten veröffentlichen? Hätten diese Rechtsmittel –ggfs. auf zusätzlichen Antrag –aufschiebende Wirkung? Können solche Rechtsmittel durch bestätigende Beschlüsse der GLV –mit der Folge, dass hiergegen kein Rechtsmittel möglich ist- „überbortet“, also quasi „erledigt“, werden?⁹² Oder könnte das Insolvenzgericht das gleiche Thema per gerichtlicher Zustimmung „erledigen“?⁹³ Sinnvoll im Sinne einer zügigen Massegenerierung sind solche neuen Rechtsmittelmöglichkeiten jedenfalls nicht.

3. Durchregelung der Arbeitsweise ?

Der RL-Vorschlag sieht in Art.63 Abs.1 S.1 zwingend eine Vorschrift vor, die den Ausschuss binnen 15 Arbeitstagen bereits nach „Ernennung der Mitglieder“, mithin nicht nach deren Amtsannahme oder der Konstituierung des Ausschusses, was bereits zeitlich problematisch werden könnte, zur Beschlussfassung über ein Arbeitsmethoden-Protokoll verpflichtet, was eine *Geschäftsordnung* meint. Diese soll mustermäßig im Rahmen eines v.d. EU-Kommission normierten „*Standardprotokolls*“ gefasst werden (Art.63 Abs.6 S.1; nach EWG Nr.54 soll gar eine „einheitliche Arbeitsweise“ aller Gläubigerausschüsse festgelegt werden). Die zwingenden Regelungsbereiche der Geschäftsordnung regelt der RL-Vorschlag bereits in Art.63 Abs.2, Abs.4 und Abs.5 (Teilnahmemodalitäten). Für den Fall der Nichteinhaltung der vorgenannten Frist soll das Insolvenzgericht die Geschäftsordnung verbindlich zur Beschlussfassung in der ersten Ausschusssitzung gem. Art.63 Abs.1 S.2 und S.3 festlegen.

Zutreffend ist, dass Gläubigerausschüsse sich Geschäftsordnungen geben sollten.⁹⁴ Die Geschäftsordnung regelt zudem die Wirksamkeit v. Beschlüssen in Abhängigkeit zur Einhaltung der v. ihr vorgesehenen zu beachtenden Formalien.⁹⁵ Allerdings sind die zu regelnden Fragen je nach Unternehmensgröße und voraussichtlichem Schwierigkeitsgrad der v. Ausschuss zu befassenden Fragen in Abhängigkeit zur voraussichtlichen

⁸⁹ Kögel/Loose, ZInsO 2006, 17, 21.

⁹⁰ K.Schröder/Rekers, ZInsO 2019, 711, 719; Kübler/Rendels, ZIP 2018, 1369, 1377; Buchalik/K. Schröder, ZInsO 2016, 189, 193; s.a. IDW S.2 Rn.79.

⁹¹ Dies nicht annehmend Spahlinger zit. nach Reuter, INDAT-Report 1/2023, 61, 67.

⁹² Letzteres dürfte nach deutschem Insolvenzrecht so sein, ist aber nicht unstrittig, s. AG Aurich, ZInsO 2017, 976.

⁹³ Hierfür wohl Kübler FS Kreft, 2004, S. 389; Ehrlicke NZI 2000, 57, 62.

⁹⁴ Muster z.B. bei Ingelmann/Ide/Steinwachs, ZInsO 2011, 1059; Gundlach/Frenzel/Schmidt, ZInsO 2005, 974; Kühne in Borchardt/Frind, Betriebsfortführung, 2.Aufl., Anh. VIII.

⁹⁵ Graf-Schlicker/Kubusch, § 72 Rn.7; Gundlach/Frenzel/Schmidt NZI 2005, 304, 307; a.A. Jaeger-Gerhardt, InsO, § 72 Rn. 4; Uhlenbruck-Knof, 15.Aufl.InsO, § 72 Rn. 5: je nach Schwere des Verstoßes.

Tagungsdichte sehr vielfältig.⁹⁶ Es ist bisher nicht ersichtlich, ob der RL-Vorschlag gestattet, dass das v. der EU-Kommission zu verabschiedende zwingende „Standardprotokoll“ insofern abgeändert, ergänzt und erweitert werden kann, diese Möglichkeit wäre jedenfalls in Art.63 Abs.6 ausdrücklich zu eröffnen. Keinesfalls sollte –noch dazu zwingend- geregelt werden, dass das Insolvenzgericht dem Ausschuss eine Geschäftsordnung „aufoktroiert“, eine solche Regelung hätte negative Rückwirkung auf die dogmatische Verortung des Ausschusses als unabhängiges Organ auch gegenüber dem Gericht. Bisher gilt national zu Recht, dass das Gericht gegenüber dem Ausschuss gegenüber nicht weisungsbefugt ist.⁹⁷

4. Entlassungsregelungen ungenügend

Der RL-Vorschlag will mit Art. 62 die Mitgliedsstaaten verpflichten, die Umstände für Entlassungen und Ersetzungen v. Ausschussmitgliedern zu regeln; Mindestabberufungsgründe regelt Abs.2. Mit § 70 InsO hat der deutsche Gesetzgeber dies bereits –rechtsmittelfähig- umgesetzt. Soweit Art.62 Abs.1 S.2 auch den freiwilligen „Rücktritt“ geregelt sehen will, ist dies indes (noch) nicht umgesetzt. Vielmehr ist die Entlassung nur auf Antrag möglich und ihr Vollzug v. gerichtlicher Entscheidung abhängig. Eine freiwillige, jederzeitige Niederlegung des Amtes kommt nach derzeitigem nationalem Recht nicht Betracht.⁹⁸ Dies ist auch sinnvoll, da die Zusammensetzung des Ausschusses möglichst über das gesamte Verfahren stabil sein soll.

„Ersetzungen“ der Mitglieder sind daher –im Gegensatz zum RL-Vorschlag- außerhalb v. Entlassungsanlässen auch nicht geregelt. Die Entlassungsanlässe können nach nationalem Recht vielfältig sein, dass der RL-Vorschlag hier Einschränkungen erfordert, ist aus Art.62 Abs.2, der nur Mindestgründe nennt, nicht ablesbar, indes enthält EWG Nr. 52 (letzter Satz) den Hinweis darauf, eine Entlassung sei „zu präzisieren“ für den Fall, dass „*Mitglieder unablässig*“ gegen die Gläubigerinteressen handeln würden. Deswegen ist darauf hinzuweisen, dass eine Entlassung bereits bei einem schwerwiegenden Verstoß sinnvoll und statthaft sein kann⁹⁹, und nicht regelhaft mehrere und schon gar keine „unablässigen“ Verstöße gefordert werden sollten, dies wäre als „Entlassungsschwelle“ zu hoch angesetzt.

IV. Vergütung und Haftung

1.Vergütung

Der RL-Vorschlag fordert in Art.65 Abs.1 eine Festlegung der *Ausschusskosten*. Es bleibt unklar, ob der RL-Vorschlag als solche auch –wie nach § 73 InsO vorgesehen- die individuell den einzelnen Mitgliedern auf Antrag zu vergütenden Kosten ansieht. Jedenfalls genügen §§ 17, 18 InsVV insofern dem nach Art.65 Abs.2, dort zweite Anforderung, vorgesehenen notwendigen Transparenz- und gerichtlichen Festsetzungsgebot. Indes ist vorgenannte Frage nach dem Wortlaut v. Art.65 Abs.2 in der Tat aufzuwerfen, da danach „der Ausschuss“ über die Kosten „Buch führt“. Das deutet darauf hin, dass das bisherige deutsche System, welches eine solche Kostenaufstellung *dem einzelnen Mitglied* sowohl für die Auslagen als auch für seine Stundensatzvergütung auferlegt, da individuelle Kostenanträge zu stellen sind¹⁰⁰, richtlinienwidrig wäre. Das allerdings wäre wiederum unpraktikabel, da der

⁹⁶ HambKomm/InsO-Frind, § 72 Rn.8 mit Beispielen.

⁹⁷ Vallender, WM 2002, 2040.

⁹⁸ BGH, ZIP 2012, 876 Rn. 6; Uhlenbruck-Knof § 70 Rn. 6; MünchKomm-InsO/Schmidt-Burgk § 70 Rn. 16.

⁹⁹ BGH, ZIP 2007, 781; BGH, ZIP 2008, 652; Vallender FS Kirchhof, S. 507, 513.

¹⁰⁰ LG Münster v. 27.09.2016, ZInsO 2017, 1053, 1056; LG Aachen, ZIP 1993, 137; HambKomm/InsO-Frind, § 73 Rn.2, Rn.6.

Ausschuss die einzelnen Kosten für Reisen, Abwesenheit v. Arbeitsplatz und Aufwendungen nicht kennen kann und solche erst allen Mitgliedern „gemeldet“ werden müssten, wenn „der Ausschuss“ sie als Organ geltend machen sollte, wobei wiederum unklar wäre, welches Mitglied dann „für den Ausschuss“ auf welcher Grundlage den Kostenerstattungs- und Vergütungsantrag stellen sollte.

2. Haftung

Art.66 des RL-Vorschlages will die Haftung der Ausschussmitglieder auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz oder betrügerisches, untreues Handeln begrenzt wissen, wobei wegen des Fehlens des Wortlautes „die Mitgliedstaaten stellen sicher“ unklar ist, ob dieses Gebot auch zwingend nationalstaatlich umzusetzen wäre. Jedenfalls soll gem. EWG Nr.57 die persönliche zivilrechtliche Haftung der Ausschussmitglieder beschränkt werden. Eine Begründung hierfür führt der RL-Vorschlag nicht an, im deutschen Recht ist eine Haftungsermäßigung nicht vorgesehen, vielmehr wird das Haftungsproblem zweckgerecht über eine auf Massekosten im Auslagenwege erfolgende Haftpflichtversicherung der Ausschussmitglieder gelöst¹⁰¹.

Jedenfalls würde diese Regelung dem Haftungsmaßstab nach § 71 InsO widersprechen. Haftungsmaßstab ist hier bereits die leichte Fahrlässigkeit¹⁰², jedoch gestuft nach den Fähigkeiten des einzelnen Mitgliedes, so dass besondere Fähigkeiten den Haftungsmaßstab sogar verschärfen können.¹⁰³ Entscheidend ist hierzu, dass ein *Klima der Kontrolle* durch die Aktivitäten des Ausschusses in Bezug auf alle Handlungen/Entscheidungen der (vorläufigen) Verwalter erzeugt wird, sonst gilt ein Anscheinsbeweis gegen die Mitglieder des Ausschusses, wenn Verfehlungen des Verwalters mit Schadensfolgen auftreten.¹⁰⁴ Da der RL-Vorschlag aber die Überwachung des Geldverkehrs nicht zu den Mindestaufgaben des Ausschusses macht (s. unter III.2) ist sehr fraglich, ob der gem. RL-Vorschlag deutlich verminderte Haftungsbereich solche Anforderungen überhaupt noch zulassen würde. Dann aber würde der Ausschuss nicht mehr zu dem nachhaltig kontrollierenden Organ, welches die deutsche Insolvenzordnung nach § 69 S.1 InsO intendiert.

V. Fazit

Die vom RL-Vorschlag vorgesehenen „Mindestharmonisierungsvorschriften“ in Bezug auf Gläubigerausschüsse würden bei einer nationalstaatlichen Umsetzung die Einsetzungsmöglichkeiten und Funktionen dieses Organes im Eröffnungsverfahren stark beschränken und insgesamt die Arbeitsweise der Ausschüsse in nicht praxistgerechter Weise deutlich behindern.

Zwar mag im Zuge der Kapitalmarktunion eine Angleichung der nationalen Insolvenzrechte sinnvoll sein, es bedarf jedoch der Prüfung, ob insofern die Ziele „Rechtssicherheit und gemeinsame Herangehensweise“ mehr Sinn und einen höheren Mehrwert ergeben bei Staaten, denen –wie vorliegend- eine „Downgrading-Regelung“ abverlangt wird, als bei Staaten, denen eine erstmalige Regelung abverlangt wird (die EU also etwas unternimmt

¹⁰¹ BGH, ZIP 2012, 737 Rn. 9; HambKomm-InsO/Frind, § 71 Rn.12; FK-Schmitt, 9.Aufl.InsO, § 71 Rn. 13

¹⁰² Gundlach/Frenzel/Jahn, ZInsO 2009, 1095, 1099; Kubusch in Graf-Schlicker, § 71 Rn. 4; Braun-Hirte, 9.Aufl.InsO, § 71 Rn. 3 Fn. 5; MünchKomm-InsO/Schmid-Burgk § 71 Rn. 7.

¹⁰³ Pape/Schultz, ZIP 2015, 1662, 1663.

¹⁰⁴ BGH v. 9.10.2014, ZIP 2014, 2242, Rn. 42; zust. Frind, ZWH 2015, 30; Oppermann/Cherestal, ZInsO 2014, 2562; Kühne, NZI 2015, 172 mit Liste zum Vorgehen des Ausschusses; Ampferl/Kilper, ZIP 2015, 553, 561.

statt nichts zu regeln).¹⁰⁵ Die RL-Vorschlagsintention, die Stellung der Gläubiger im Verfahren zu stärken und (auch) ausländischen Gläubigern ein wirkungsvolles Mitbestimmungsorgan zur Verfügung zu stellen, wird durch Herabsetzung des in Deutschland bereits gegebenen Schutz- und Mitwirkungs-niveaus aus nationaler Sicht nicht erfüllt, sondern geschwächt. Im weiteren Beratungsgang muss aus deutscher Sicht der Drang zur europarechtlichen „Durchregelung“ zugunsten v. mehr optionalen Regelungen zurückgedrängt oder die bisher vorgeschlagenen Regelungen müssen in Richtung des deutschen Rechtes erweitert und verändert werden.

H. Titel VIII. – Maßnahmen zur Erhöhung der Transparenz des nationalen Insolvenzrechtes

Gegen die in Aussicht genommenen Merkblätter ergeben sich keine Bedenken.

Vorstand und Beirat

gez. i.V. Frind (Vorstand)

Kontaktadressen:

RiAG Frank Frind

c/o Amtsgericht Hamburg
Sievekingplatz 1
20355 Hamburg

info@bak-inso.de

www.bak-inso.de

Dipl. - Rechtspfleger (FH) Wolfgang Gärtner

c/o Amtsgericht Hof
Berliner Platz 1
95030 Hof

info@bak-inso.de

Sparkasse Münsterland Ost; Konto-Nr. 134 928 910; BLZ: 400 501 50;
IBAN: DE75 4005 0150 0134 9289 10 BIC: WELA DE D1 MST
Kontoinhaber: BAKinso e.V., vertreten durch den Vorstand; Amtsgericht Charlottenburg VR 27475 B

¹⁰⁵ S.dazu Stein zit. nach Reuter, INDAT-Report 1/2023, 61, 62.