

Stellungnahme

zum Entwurf einer Richtlinie
zur weiteren Harmonisierung
des Insolvenzrechts

Lobbyregister-Nr. R001459

EU-Transparenzregister-Nr. 52646912360-95

Kontakt:

Sophie Jordan

Telefon: +49 30 2021-2326

Telefax: +49 30 2021-192300

E-Mail: s.jordan@bvr.de

Berlin, 9. November 2023

Federführer:

Bundesverband der Deutschen Volksbanken
und Raiffeisenbanken e. V.

Schellingstraße 4 | 10785 Berlin

Telefon: +49 30 2021-0

Telefax: +49 30 2021-1900

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Stellungnahme vom 9. November 2023 zum
Entwurf einer Richtlinie zur weiteren Harmonisierung des Insolvenzrechts

Die Deutsche Kreditwirtschaft (kurz DK) ist als Zusammenschluss des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken, des Bundesverbandes deutscher Banken, des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands, des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes und des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken die Interessenvertretung der kreditwirtschaftlichen Spitzenverbände. Die Deutsche Kreditwirtschaft steht für eine gemeinsame Meinungs- und Willensbildung der kreditwirtschaftlichen Verbände in Deutschland – in bankrechtlichen, bankpolitischen und bankpraktischen Fragen.

Die Deutsche Kreditwirtschaft dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts vom 7. Dezember 2022.

Vorbemerkung

Der von der Kommission veröffentlichte Richtlinienentwurf ist Teil der Bestrebungen der Kommission zur Verbesserung der Bedingungen der Kapitalmarktunion. Die Kommission sieht in dem Fehlen eines harmonisierten Insolvenzrechts in Europa ein wesentliches Hindernis für eine weitere Integration der Kapitalmärkte. Aus Sicht der Deutschen Kreditwirtschaft ist allerdings eine kritische Prüfung, ob der veröffentlichte Richtlinienentwurf tatsächlich einen Beitrag zur Schaffung gut funktionierender Kapitalmärkte leisten kann, geboten. Die in der Richtlinie gewählten Bausteine eines vereinheitlichten Insolvenzrechts treffen nach Einschätzung der Deutschen Kreditwirtschaft nicht die Bedürfnisse der Kapitalmärkte. Entsprechend wird angeregt, dass die tatsächlichen Bedürfnisse der Kapitalmärkte im Hinblick auf das Insolvenzrecht erneut kritisch geprüft und der Richtlinienentwurf auf Basis der fundiert ermittelten Bedürfnislage entsprechend angepasst wird. Hierbei darf aber nicht übersehen werden, dass das Insolvenzrecht nicht einseitig an der Zielsetzung der Schaffung gut funktionierender Kapitalmärkte ausgerichtet werden darf, sondern die Interessen aller von der Durchführung eines Insolvenzverfahrens Beteiligter im Auge haben muss, um auf diese Weise seiner Ordnungsfunktion Rechnung tragen zu können.

Auch die fehlende Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Kommission sollte erneut kritisch geprüft werden. Der Richtlinienentwurf ist ein massiver Eingriff in die Kompetenzen des Deutschen Bundestages. Eine Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union kann unserer Ansicht nach nicht aus Artikel 114 AEUV mit den Vorteilen für den Binnenmarkt begründet werden. Eine Begründung anhand allgemeiner Rechtsbegriffe wie Effektivität und Effizienz des Binnenmarktes könnte auf jede geplante Regelung Anwendung finden und ist somit nicht überzeugend. Die geplanten Regelungen fördern weder den Binnenmarkt noch ist es nachvollziehbar, dass ein einheitliches Insolvenzrecht grenzüberschreitenden Kapitalverkehr fördern kann. Investitionen erfolgen nicht mit Blick auf das Scheitern eines Unternehmens oder die Güte des dann anwendbaren Insolvenzrechts. Im Fokus stehen vielmehr wirtschaftliche Faktoren wie das Geschäftsmodell oder die strategische Perspektive des Investitionsobjekts. Der fehlende Bezug zur Kapitalmarktunion und zur Förderung des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs wird besonders angesichts der Regelungen zum vereinfachten Verfahren für Kleinstunternehmen ersichtlich, da Kleinstunternehmen regelmäßig am grenzüberschreitenden Kapitalmarktverkehr gar nicht teilnehmen.

Schließlich ist der Bedarf nach einer weiteren Anpassung des Insolvenzrechts auch vor dem Hintergrund der 2019 in Kraft getretenen Restrukturierungsrichtlinie, deren Umsetzungsfrist gerade erst abgelaufen ist, die aber eine ähnliche Zielrichtung hat, zu hinterfragen. Die Auswirkungen des neuen Verfahrens auf die Restrukturierungslandschaft in Europa sollten vor der weiteren Harmonisierung des Insolvenzrechts zunächst abgewartet werden.

Hinsichtlich der Inhalte des Richtlinienentwurfes sind aus Sicht der Deutschen Kreditwirtschaft die Regelungen für ein neues Pre-Pack-Verfahren (Titel IV) und zur Schaffung eines besonderen Liquidationsverfahrens für Kleinstunternehmen (Titel VI) zu weitgehend. Darüber hinaus ist der Schutz für die Beendigung von Finanzkontrakten bzw. Nettingvereinbarungen noch nicht ausreichend umgesetzt. Im Einzelnen:

- Für die Einführung von Pre-Pack-Verfahren (Titel IV des Richtlinienvorschlags) besteht kein zwingender Bedarf. Die Schaffung eines strukturierten Verfahrens, welches die Gewähr für eine schnelle und abschließende Erledigung sämtlicher für einen Verkauf des Unternehmens als fortgeführtes Unternehmen erforderlichen Regelungen gewährleistet, kann aber in anderen Rechtsordnungen eine sinnvolle Ergänzung des Instrumentenkastens der nationalen Insolvenzrechte darstellen. Mitgliedstaaten, die bereits über Möglichkeiten zur sanierenden Übertragung von Unternehmens(teilen) verfügen, sollte die Möglichkeit eröffnet werden, diese Verfahren vorzugeben. Im Hinblick auf das von der Kommission vorgeschlagene Verfahren ist der Schutz der Interessen der Gläubiger noch nicht ausreichend sichergestellt, was nachteilige Auswirkungen u.a. auf die Kreditvergabepraxis nach sich ziehen kann.
- Abzulehnen sind die Regelungen zu einem vereinfachten Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen (Titel VI des Richtlinienvorschlags). Diese bedeuten tiefgehende Veränderungen des deutschen Insolvenzrechts, die in der Insolvenzpraxis für die weit überwiegende Zahl an Insolvenzen Relevanz erlangen würden. Es ist nicht davon auszugehen, dass der in der Richtlinie gewählte Ansatz einer beschleunigten Verwertung in eigener Regie des Schuldners Gewähr für eine ordnungsgemäße Abwicklung bietet, was nachteilige Auswirkungen auf die Interessen der Gläubiger und letztlich auch hier auf die Kreditvergabebereitschaft der Kreditinstitute an Kleinstunternehmen hat. Mitgliedstaaten sollte zumindest ein Wahlrecht zur Einführung dieses Verfahrens eingeräumt werden.
- Wichtig sind zudem klare Ausnahmen zum Schutz von Beendigungsrechten bei Finanzkontrakten bzw. Nettingvereinbarungen, da die Beendigung im Insolvenzfall ein zentrales Element der Risikosteuerung für beide Parteien ist. Insbesondere die Aushebelung des Nettings als Risikosteuerungsinstrument hätte massive und weitreichende negative Folgen für den Kapitalmarkt. Ein Verweis auf die Finanzsicherheiten-Richtlinie (2002/47/EG vom 6. Juni 2002) wäre dabei nicht ausreichend, da der Anwendungsbereich zu eng ist und die Umsetzung innerhalb der EU zu uneinheitlich ist. Bei der Gelegenheit bietet es sich an, die Finanzsicherheiten-Richtlinie, aber auch die Finalitätsrichtlinie (98/26/EG vom 19. Mai 1998), die jeweils bereits gut zwanzig Jahre alt sind, im Hinblick auf das Insolvenzrecht für Finanzmarktteilnehmer entsprechend zu ändern. Eine derartige, gezielte Harmonisierung einzelner Aspekte des Insolvenzrechts, die für die Finanzmarktteilnehmer besonders relevant sind, ist sicherlich sehr gut geeignet, das angestrebte Ziel der Kapitalmarktunion zu fördern.

Im Einzelnen:

1. Anfechtungsklagen, Titel II

Die Regelungen zur Insolvenzanfechtung sind als Mindestharmonisierungsstandards ausgestaltet und lassen damit ausreichenden Raum für die Anwendung weitergehender nationaler Regelungen

Stellungnahme vom 9. November 2023 zum
Entwurf einer Richtlinie zur weiteren Harmonisierung des Insolvenzrechts

zum Schutz der Gläubigergesamtheit. Es ist davon auszugehen, dass nationale Besonderheiten des Anfechtungsrechts auf Basis dieses Konzepts ausreichend umsetzbar sind.

Die Regelungen der Artikel 6 Absatz 2 lit. b, Absatz 3 Satz 2 sowie Artikel 8 Absatz 1 lit. b und Artikel 11 Absatz 2 lit. b sind aber jedenfalls unausgewogen einseitig zu Lasten der Gläubiger. Hier sind die Worte „oder hätte wissen müssen“ zu streichen, so dass nur Vorsatz, aber nicht Fahrlässigkeit erfasst ist.

Überdies ist erforderlich, dass gem. Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 Rechtshandlungen lediglich für nichtig erklärt werden können, wenn die Rechtshandlung einen Gläubiger oder eine Gruppe von Gläubigern durch Befriedigung oder Besicherung begünstigen. Der unbestimmte Rechtsbegriff „in sonstiger Weise“ ist hingegen zu streichen. Eine solche unbestimmte Erweiterung des Tatbestandes ist nicht erforderlich und führt überdies zu Unsicherheiten in der Rechtsanwendung. Dies sollte gerade im fragilen (vor-)insolvenzlichen Rechtsverkehr vermieden werden.

Zudem ist eine Klarstellung des in u.a. in Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 sowie in Artikel 8 Absatz 1 Satz 2 geregelten Begriffs der nahestehenden Person, welcher in Artikel 2 lit. q legaldefiniert ist, vorzunehmen.

Die in Artikel 2 lit. q getroffene Definition des Begriffs der „dem Schuldner nahestehenden Partei“ die sich auf den bevorzugten Zugang zu nicht-öffentlichen Informationen über die Geschäfte des Schuldners“ bezieht, ist eindeutig zu weit gefasst. Hierunter würden auch "normale" Geschäftspartner fallen, die z. B. aus geschäftlichen Gründen regelmäßig über ein umfassenderes Wissen als andere in bestimmten Angelegenheiten verfügen. Das ist hiermit nicht gemeint. So führt die Richtlinie in Recital 12 selbst aus, dass es bei einem Schuldner als natürliche Person im Wesentlichen um Verwandte und bei einem Schuldner als juristische Person um Akteure geht, die Entscheidungsfunktionen innehaben. Nur so lässt sich eine Schlechterstellung der Betroffenen im Rahmen der Titel II und IV rechtfertigen. Nicht ausreichen können punktuelle oder zufällige Kenntnisse über Geschäfte des Schuldners, wie sie etwa ein Hausangestellter oder eine Reinigungskraft haben mag. Die erforderlichen Kenntnisse über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners setzen (mindestens) bei dem Schuldner als natürliche Person (neben Verwandtschaftsverhältnissen oder einem gemeinsamen Haushalt) eine arbeitsvertragliche oder bei dem Schuldner als juristische Person eine gesellschaftsrechtliche Verbindung voraus. Auch Berater oder Wirtschaftsprüfer sollten dementsprechend nur dann als nahestehende Person zu charakterisieren sein, wenn sie die Voraussetzungen des Satz 2 Ziffer (iv) erfüllen. Die zweite Alternative von Satz 2 Ziffer (v) ist zu streichen. Dass der Schuldner oder die unten der Ziffern i) bis iv) genannten Personen über ausreichenden Zugang zu Informationen über die Geschäfte des Schuldners verfügen, wird bei Verwandten u.ä. aus ihrer Nähe zum Schuldner geschlossen und bei Personen nach (iv) explizit dort vorausgesetzt. Bei (v) geht es also nicht mehr um die Kenntnisse der Personen, sondern um die – auch in Recital 12 adressierte – Entscheidungsfunktion (Mitglied des Leitungs- oder Aufsichtsorgans; Mitglieder von Verwaltungsorganen dürften insoweit keine entsprechende Position haben).

Erforderlich ist vor dem dargestellten Hintergrund außerdem eine Korrektur sowohl der in Artikel 2 lit. q Satz 1 vorangestellten Allgemeindefinition als auch der Regelungen des 2 lit. q Satz 2 Ziffern (iv) und (v) sowie 2 lit. q Satz 3 Ziffer (i) und (iii). Auf die vorangestellte Allgemeindefinition sollte – wie im deutschen Recht – verzichtet werden; ausreichend ist insoweit die nachfolgende konkrete Aufzählung nahestehender Personen. Artikel 2 lit. q Satz 2 Ziffer (iv), nach dem auch solche Personen zu den nahestehenden Personen gehören, die Aufgaben wahrnehmen, durch die sie Zugang zu

nicht-öffentlichen Informationen über die Geschäfte des Schuldners haben, muss auf Personen, die im Rahmen eines Arbeitsvertrages für den Schuldner arbeiten und einen dauerhaften, umfassenden und freien Zugang zu den nicht öffentlichen Informationen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners haben, beschränkt werden. Die in Satz 2 Ziffer (v) genannten juristischen Personen sollten nur solche sein, bei denen der Schuldner oder eine der unter den Ziffern i) bis iv) genannten Personen Mitglied des Leitungs- oder Aufsichtsorgans ist, nicht aber des Verwaltungsorgans. Dies umfasst auch eine Korrektur des 2 lit. q Satz 3 (i), da auch hier nur Mitglieder des Aufsichts- oder Leitungsorgans, nicht aber des Verwaltungsorgans zu den dem Schuldner nahestehenden Personen zählen sollten. Auch die Beschreibung in Satz 3 Ziffer (iii) von Personen, die ähnliche Aufgaben wahrnehmen wie die Personen in Ziffer (i), geht viel zu weit und bedarf deswegen einer Korrektur dahingehend, dass nur Personen, die ähnliche gesellschaftsrechtliche Funktionen ausüben wie die unter Ziffer (i) genannten Personen und die dauerhaften, umfassenden und freien Zugang zu den nicht öffentlichen Informationen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners haben, unter „dem Schuldner nahestehende Personen“ fallen.

2. Pre-Pack-Verfahren, Titel IV

Die Übertragung des Unternehmens oder wesentlicher Betriebsteile vom insolventen auf einen neuen Unternehmensträger ist derzeit in Deutschland bereits sowohl im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens in Eigenverwaltung, dem regelmäßig ein Schutzschirmverfahren bzw. ein vorläufiges Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung vorausgeht und auch in einem normalen Regelinsolvenzverfahren bei dem dann eine Veräußerung mit oder zeitnah nach Eröffnung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter vorbereitet wird, möglich und bewährt. Wesentliche Ursachen für das Scheitern übertragender Sanierungen bzw. die Erzielung unbefriedigender Verkaufserlöse sind dabei nicht das Fehlen eines besonderen Verfahrens, sondern das unzureichende Betreiben eines ernsthaften und an der Erzielung eines maximalen Erlöses ausgerichteten Verkaufsprozesses.

Erfolgsfaktor jeder Sanierung des Unternehmens, auch im Wege einer übertragenden Sanierung, ist demgegenüber das Vorhandensein eines tragfähigen Restrukturierungskonzepts, welches die erforderlichen Maßnahmen für eine erfolgreiche Sanierung unter Nutzung der Möglichkeit einer übertragenden Sanierung aufzeigt. Der Eintritt des Schuldners in die Vorbereitungsphase sollte von der Vorlage eines tragfähigen Restrukturierungskonzepts im Sinne einer Zugangsvoraussetzung abhängig gemacht werden, um Missbrauchsfälle bereits in einem frühen Stadium zu vermeiden (ähnlich den aktuell modifizierten Zugangsvoraussetzungen für ein Eigenverwaltungsverfahren). Außerdem sollte der Eintritt in die Vorbereitungsphase von dem Vorliegen eines Insolvenzgrunds, was dann nach nationalem Recht zu beurteilen wäre, abhängig gemacht werden.

Zudem sind Aspekte des Gläubigerschutzes im Entwurf unzureichend berücksichtigt. Insbesondere eine ausreichende Einbindung der Gläubiger in das Verfahren ist nicht vorgesehen, obgleich die Durchführung einer übertragenden Sanierung ohne deren ausreichende Einbindung kaum erfolgversprechend ist. Zudem sind Regelungen zur Herauslösung des Unternehmens aus seinem in zahlreichen Fällen bestehenden Konzernverbund nachzuschärfen.

Soweit Mitgliedstaaten bereits über funktionierende Verfahren oder Möglichkeiten zur übertragenden Sanierung verfügen - wie in Deutschland die Übertragung des Unternehmens oder wesentlicher Betriebsteile vom insolventen auf einen neuen Unternehmensträger - sollte es den Mitgliedstaaten überdies freigestellt werden, diese Verfahren vorzugeben.

Zur Vorbereitungsphase (Artikel 22- 24):

Artikel 20:

Es sollte klargestellt werden, dass auch die Vorbereitungsphase Teil eines Insolvenzverfahrens (z.B. wie das Eröffnungsverfahren nach deutschem Recht) sein kann.

Artikel 22, Artikel 2 lit. h:

Artikel 22 gewährleistet die Gläubigerrechte nicht hinreichend.

Hinsichtlich der in Absatz 1 geregelten Ernennung des Sachwalters ist eine Einbeziehung der Gläubiger in die Auswahl der Person des Sachwalters geboten. Die Gläubiger sollten hier das Recht zur Auswahl der Person des Sachwalters erhalten, zumindest aber das Recht zur Ablehnung, wenn der vom Gericht vorgeschlagene Sachwalter nicht die Voraussetzungen für eine interessengerechte Durchführung des Verfahrens bietet.

Die Formulierung des Artikel 22 Absatz 2 lit. b erscheint etwas unklar. Erforderlich ist insoweit, dass der Sachwalter erklärt und begründet, dass der Verkaufsprozess wettbewerbsbestimmt, transparent und fair ist und den Marktstandards entspricht.

Die nach Artikel 22 Absatz 2 lit. d vorgesehene Erklärung des Sachwalters, ob das beste Angebot keinen offensichtlichen Verstoß gegen das „Kriterium des Gläubigerinteresses“ darstellt, ist deutlich zu schwach, um den Interessen der Gesamtgläubigerschaft an einer bestmöglichen Rückführung ihrer Forderungen Rechnung zu tragen. Hier ist eine Erklärung des Sachwalters erforderlich, dass das beste Angebot mit dem „Kriterium des Gläubigerinteresses“ im Einklang steht, was durch eine entsprechende fundierte Vergleichsrechnung zu belegen ist.

In diesem Zusammenhang ist die Berücksichtigung des Kriteriums des Gläubigerinteresses Dreh- und Angelpunkt eines sachgerechten Vorgehens im Rahmen des Pre-Pack-Verfahrens. In Bezug auf dessen Definition in Artikel 2 lit. h besteht allerdings zwingender Nachbesserungsbedarf. So stellt diese Definition auf einen Vergleich der im Verkauf im Wege des Pre-Pack-Verfahrens erzielten Erlöse mit den im Liquidationsverfahren unter Anwendung der dort vorgesehenen Verteilungsreihenfolge „im Falle einer stückweisen Liquidation“ erzielten Erlöse ab. Dabei wird ein Abstellen auf einen – ggf. vorteilhafteren - Verkauf als fortgeführtes Unternehmen im regulären Insolvenzverfahren nicht berücksichtigt; auch ein Vorgehen ohne Verkauf muss in dem Vergleich berücksichtigt werden, um auszuschließen, dass eine solche Möglichkeit missbräuchlich und zum Nachteil der Gesamtgläubigerschaft außer Acht gelassen wird. Im Wege des rechtseinheitlichen Vorgehens ist es deswegen erforderlich, dass auf das „Kriterium des Gläubigerinteresses“ im gleichen Maß wie im Rahmen der Restrukturierungsrichtlinie (Richtlinie (EU) 2019/1023 vom 20. Juni 2019, vgl. Artikel 2 Absatz 1 Nr. 6) abgestellt wird: Nach dem – auf den aktuellen Richtlinienvorschlag adaptierten – Artikel 2 Absatz 1 Nr. 6 der Restrukturierungsrichtlinie darf „kein Gläubiger durch [ein Pre-Pack-Verfahren] schlechter gestellt werden als bei Anwendung der normalen Rangfolge der Liquidationsprioritäten nach nationalem Recht, sei es im Falle der Liquidation, unabhängig davon, ob diese stückweise oder in Form eines Verkaufs als fortgeführtes Unternehmen erfolgt, oder im Falle des nächstbesten Alternativszenarios“, wenn das Pre-Pack-Angebot nicht genehmigt würde.

Erforderlich ist überdies, dass ergänzend zu den im Rahmen des Artikel 22 vom Sachwalter vorzulegenden Unterlagen auch eine Fairness Opinion zur Angemessenheit der erreichbaren

Verkaufspreise vorgelegt wird, um ein Mindestmaß an Information über und Bewertung des geplanten Verkaufs sicherzustellen.

Artikel 23:

Die Anordnung der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen (Moratorium) in der Vorbereitungsphase ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Zum einen kann die erforderliche Stabilität der Verhältnisse des Unternehmens nur bei einem einvernehmlich herbeigeführten Stillhalten aller Gläubiger des Unternehmens herbeigeführt werden. Zum anderen ist die Durchführung einer übertragenden Sanierung ohne eine Unterstützung der maßgebenden besicherten Gläubiger nicht zielführend.

Ein Moratorium kommt allenfalls bei Vorliegen hoher Voraussetzungen gegenüber einzelnen Akkordstörern, die sich einem erfolgsversprechenden Sanierungsvorhaben aus eigennützigen Gründen widersetzen, in Frage. Für die Anordnung eines Moratoriums reicht es überdies nicht aus, dass ein solches „die nahtlose und wirksame Durchführung des Pre-Pack-Verfahrens erleichtern“ würde. Erforderlich ist vielmehr im Rahmen eines angemessenen Interessenausgleichs, dass die Anordnung für die Durchführung des Pre-Pack-Verfahrens erforderlich ist.

Ein Moratorium bedarf – schon wegen des Eingriffs in Gläubigerrechte – immer eines vorläufigen oder eröffneten Restrukturierungs- oder Insolvenzverfahrens und der gerichtlichen Prüfung und Anordnung. Dies muss geregelt werden.

Völlig ungeklärt und dringend ausdrücklich klarzustellen sind zudem die Auswirkungen des Verfahrens auf (Finanz-)Termingeschäfte bzw. Nettingvereinbarungen und zwar sowohl im Hinblick ein mögliches Moratorium als auch die Übertragung von Vermögenswerten:

Moratorium (stays):

Zunächst müsste dringend klar und ausdrücklich geregelt werden, dass das angedachte Moratorium (Stay) nicht für vertragliche Beendigungsrechte (durch Kündigung oder automatische Beendigung) im Hinblick auf Termingeschäfte bzw. Finanztermingeschäfte bzw. Geschäfte unter Nettingvereinbarungen im Sinne des § 104 Absatz 3 InsO gilt. Dies geschieht am besten durch eine klare/ausdrückliche Ausnahmeregelung. Ein Rückgriff auf die Finanzsicherheiten-Richtlinie ist dabei nicht ausreichend. Die Möglichkeit der (einheitlichen) Beendigung im Insolvenzfall (oder sonstigem Ausfall wie etwa der Nichtstellung geschuldeter Sicherheiten/ default) ist ein ganz zentrales Element der Risikosteuerung bei Termingeschäften/Finanztermingeschäften bzw. Nettingvereinbarungen und wesentlicher Bestandteil aller Verträge über diese Geschäfte und zwar sowohl bei vertraglichen Nettingvereinbarungen, genauso wie in Regelwerken von Marktinfrastrukturen und als bei Einzelab-schlüssen über solche Geschäfte ohne Rahmenvertrag.

Die Beendigung bei Einleitung eines Insolvenzverfahren oder einem sonstigen Ausfall schützt im Ergebnis beide Seiten von den erheblichen Volatilitätsrisiken aus den Geschäften: So wird sichergestellt, dass die Geschäfte sofort beendet und auf Basis der zu diesem Zeitpunkt maßgeblichen Marktwerte abgewickelt werden und beide Seiten von den Wertentwicklungen der Positionen nach Einleitung des Verfahrens bis zu dessen Abschluss geschützt werden: Faktisch werden die Positionen mit dem Wert zum Zeitpunkt der Beendigung eingefroren. Der durch Beendigung anfallende Zahlungsanspruch (der entweder der insolventen oder der anderen Partei zustehen kann) wäre eine Insolvenzforderung und unterläge den hierfür geltenden Regelungen.

Auch nichtfinanzielle Unternehmen, einschließlich KMU und auch Kleinstunternehmen nutzen Termingeschäfte/Finanztermingeschäfte (unter Nettingvereinbarungen oder auch als Einzelgeschäfte) standardmäßig zu Absicherungszwecken (insbesondere zu Absicherung gegen Zins-, Währungs- und Preisrisiken). Die Erstreckung eines Moratoriums bzw. die Ausschaltung des Beendigungsrecht im Insolvenzfall würde die zentrale Risikominderungstechnik aushebeln und damit die Risiken für die Gegenparteien in unzumutbarer Weise und in unvorhersehbarer Höhe massiv erhöhen. Gegenparteien könnten die betreffenden Absicherungsinstrumente unter diesen Rahmenbedingungen nicht mehr bzw. nur noch zu dramatisch schlechteren Bedingungen und in Verbindung mit drastisch strengeren und belastenderen Besicherungsanforderungen anbieten können. Die Aushebelung der Beendigungsmöglichkeit hätte zudem tiefgreifende und sehr ernsthafte Auswirkungen für die EU-Kapitalmärkte, nicht zuletzt im Hinblick auf die weitere aufsichtliche Anerkennung von Nettingvereinbarungen und die damit verbundenen Eigenkapitalanforderungen.

Erforderlich ist deshalb eine klare Ausnahmeregelung. Eine auf die Finanzsicherheitenrichtlinie (FCD) gestützte Ausnahme wäre allerdings unzureichend: Die FCD schützt Nettingvereinbarungen und die darin enthaltenen Beendigungsrechte nur im Zusammenhang mit Finanzsicherheiten-Vereinbarungen. Selbst größere Unternehmen verfügen oft nicht über genügend liquide Sicherheiten, die den strengen Anforderungen an Finanzsicherheiten im Sinne der FCD genügen. Zudem wurde die FCD in der EU sehr uneinheitlich umgesetzt, so dass der sachliche und persönliche Anwendungsbereich in der EU sehr weit divergiert.

Übertragungsrechte:

Mit Blick auf etwaige Übertragungsrechte wäre zusätzlich zu beachten, dass diese zudem die Einheitlichkeit von Nettingvereinbarungen gefährdet und damit wiederum eine weitere, ganz zentrale Risikosteuerungsfunktion aushebeln könnte, nämlich dann, wenn die Übertragungsrechte eine Übertragung einzelner aber nicht aller Geschäfte unter einer Nettingvereinbarung erlauben würde. Hier müsste zumindest klargestellt werden, dass die Übertragung im Fall von Nettingvereinbarungen immer nur das unter einer Nettingvereinbarung zu einem einheitlichen Vertrag zusammengefasste Portfolio aus Geschäften und Forderungen als Ganzes erfassen kann (und auch nur soweit keine Beendigung erfolgt ist).

Artikel 24:

Die Regelung des Artikel 24 Absatz 2 ist missbrauchsanfällig und nicht geeignet, die Interessen der Gesamtgläubigerschaft ausreichend zu wahren. Er sollte gestrichen werden. Fallgestaltungen, in denen aus sachlichen Gründen, nur ein einziges Angebot vorliegt, können im Rahmen des Absatzes 1 ausreichend berücksichtigt werden. Sofern die Regelung erhalten bleiben soll, wäre eine Abstimmung der Gläubiger über das Angebot und auf deren Anforderung eine von einem unabhängigen Gutachter erstellte Bewertung des Angebots angezeigt.

Zur Liquidationsphase (Artikel 25 - 29):

Artikel 25:

Es sollte klargestellt werden, dass der Übergang in die Liquidationsphase ein eröffnetes Insolvenzverfahren voraussetzt.

Artikel 26:

Auch die Durchführung einer übertragenden Sanierung sollte im Grundsatz an der Wahrung der Interessen der Gesamtgläubigerschaft ausgerichtet sein. Aus diesem Grund ist es zwingend

erforderlich, die Genehmigung des Verkaufs ergänzend von der Zustimmung des Gläubigerausschusses oder bei Fehlen eines solchen der Gläubigerversammlung abhängig zu machen, so wie dies auch in Deutschland in § 160 Absatz 1 Nr. 2 InsO geregelt ist.

Artikel 27:

Es ist - gegebenenfalls durch eine Ergänzung der Definitionen in Artikel 2 lit. g - klarzustellen, dass die Geschäftsverbindung mit Kreditinstituten einschließlich der Kredit- und Sicherungsverträge nicht unter die in Artikel 27 genannten „noch zu erfüllende Verträge“ fallen. Zum einen sind solche Verträge hier nicht gemeint, vielmehr geht es um Verträge zur Aufrechterhaltung des faktischen Geschäftsbetriebs, wie zum Beispiel Mietvertrag oder Verträge mit Lieferanten. Zum anderen unterliegen Kreditinstitute vielfältigen aufsichts- und zivilrechtlichen Vorgaben bei der Auswahl der Vertragsparteien (z.B. die Vorgaben unter dem Stichwort „Know your Customer“, bei Krediten für Existenzgründer die Kreditwürdigkeitsprüfung oder bei Unternehmenskrediten die Vorgaben zur Vermeidung von NPLs). Der in Artikel 27 vorgesehene Wechsel der Vertragspartei ohne Ansehen der Person ist bei Kreditinstituten deswegen bereits aufgrund rechtlicher Vorgaben ausgeschlossen.

Unabhängig davon stellt der in Artikel 27 vorgesehene aufgezwungene Schuldneraustausch auch für alle Gläubiger einen Verstoß gegen die Vertragsfreiheit gem. Artikel 2 GG dar; diese Regelung ist unzumutbar und sollte daher auch insgesamt gestrichen werden. Kann der Erwerber die Gläubiger nicht davon überzeugen, dass er anstelle des bisherigen – (drohend) insolventen – Schuldners in das Vertragsverhältnis eintritt, dürfte eine Geschäftsübernahme regelmäßig den Interessen der Gläubigersamtheit zuwiderlaufen.

Nur höchstvorsorglich für den Fall, dass keine Streichung des Artikel 27 erfolgen sollte oder keine Bereichsausnahme für Kreditinstitute vorgesehen werden sollte, ist Artikel 27 zumindest dahingehend zu ergänzen, dass vertraglich vereinbarte Kündigungsregeln bestehen bleiben. Das Beibehalten der Kündigungsrechte ist bei Kreditinstituten aus verschiedenen Gründen geboten, u. a. wegen der Geldwäschebekämpfungsregeln, des Verbraucherschutzes, Datenschutzes, Lieferkettengesetzes und wegen Change of Control-Regelungen.

Die weiterhin in Artikel 27 Absatz 2 vorgesehene Möglichkeit, dass Verträge, deren Beendigung im Interesse des Schuldners liegt, durch das Gericht beendet werden, erscheint ebenfalls weder sachgerecht noch umsetzbar. Das Gericht wird regelmäßig die Einzelheiten der Geschäfte des Schuldners und die Bewertung von dessen Vertragsbeziehungen nicht beurteilen können.

Artikel 28:

Die Regelung des Artikel 28 muss zur Vermeidung der Entwertung von Kreditsicherheiten und den damit verbundenen Folgen für die Kreditvergabe klargestellt werden: Eine schuldenfreie Übernahme eines Unternehmens(teils) gem. Artikel 28 setzt zwingend voraus, dass von dem Unternehmen(steil) gestellte Sicherheiten abgelöst werden. Maßstab muss auch insoweit das entsprechend nachgebesserte Kriterium des Gläubigerinteresses (vgl. dazu oben zu Artikel 22) sein. Drittsicherheiten müssen bestehen bleiben. Übernimmt der Erwerber die Schulden und Verbindlichkeiten des Unternehmens(teils), muss sichergestellt werden, dass die entsprechenden Forderungen auch gegen die Insolvenzmasse (im Rahmen einer gesamtschuldnerischen Haftung) bestehen bleiben (vgl. zu den entsprechenden Hintergründen bei Kreditinstituten bereits oben unter Artikel 27).

Unklar ist auch der Umgang mit Konzernverbindlichkeiten und der Mithaft von Konzernsicherheiten.

Zu beiden Phasen (Artikel 30 - 35):

Artikel 30:

Artikel 30 verweist für die Auswahl des besten Gebots auf die Kriterien, die in den nationalen Liquidationsverfahren für die Wahl zwischen konkurrierenden Angeboten angewendet werden. Weil die Veräußerung für Gläubiger, denen Sicherungsrechte an vom Verkauf im Rahmen des Pre-Pack-Verfahrens erfassten Vermögenswerten zustehen, einen erheblichen Eingriff in deren Rechtsposition darstellt, ist es erforderlich, insoweit einen angemessenen Schutzmechanismus zu etablieren. Dementsprechend ist ergänzend zu regeln, dass für die Auswahl des besten Angebots auch die Regelungen in nationalen Liquidationsverfahren zur Beteiligung der Gläubiger, denen Sicherungsrechte an vom Verkauf erfassten Vermögenswerten zustehen, zu berücksichtigen sind.

Artikel 33:

Die Privilegierung von Zwischenfinanzierungen nach Artikel 33 geht deutlich zu weit und führt in der aktuellen Fassung zur Entwertung von Kreditsicherheiten. So kann die Privilegierung von Zwischenfinanzierungen nicht zulasten von höher- oder gleichrangigen Altgläubigern (vgl. Artikel 33 Absatz 1 lit. b) erfolgen. Keinesfalls darf die Privilegierung von Zwischenfinanzierungen zu Lasten bestehender Sicherungsrechte der Gläubiger gehen. Auch darf die Privilegierung nach Absatz 1 lit. c) nur insoweit erfolgen, als dass nicht bereits eine Vorausabtretung erfolgt ist. Außerdem ist hier Absatz 1 lit. d) zu streichen, da diese Regelung einseitig zu Lasten der Gläubiger geht und – gerade im Zusammenspiel mit der Privilegierung im Rang – viel Raum für missbräuchliche Gestaltungen eröffnet.

Die Privilegierung von Gesellschaftern und Gesellschafterdarlehen bzw. Zwischenfinanzierungen, die von dem Schuldner nahestehenden Personen abgegeben werden, sollte zur Vermeidung von Missbrauchsfällen ausgeschlossen werden.

Artikel 34:

Der Verweis des Artikel 34 Absatz 3 auf die nationalen Regelungen zur Sicherheitenfreigabe in den nationalen Liquidationsverfahren ist verfehlt. Die den nationalen Liquidationsverfahren entstammenden Regelungen sind oft nicht auf die speziellen Gegebenheiten des beabsichtigten Pre-Pack Verfahrens zugeschnitten. Zur Vermeidung der Entwertung von Sicherheiten ist es vielmehr erforderlich, zu regeln, dass in jedem Fall eine Sicherheitenfreigabe nur unter Zustimmung des Inhabers der gesicherten Forderung und Ablösung der Sicherheit unter Anwendung des Maßstabs des nachgebesserten Kriteriums des Gläubigerinteresses (vgl. dazu oben zu Artikel 22) erfolgen kann.

Nach der als Option ausgestalteten Regelung des Artikel 34 Absatz 4 kann von einer nach dem nationalen Recht erforderlichen Zustimmung der Inhaber von gesicherten Forderungen zur Freigabe der Sicherrechte abgewichen werden, wenn sich das Sicherungsrecht auf für die Fortführung erforderliche Vermögenswerte bezieht und

(a) entweder die gesicherten Gläubiger nicht nachweisen, dass das Pre-Pack-Angebot nicht das „Kriterium des Gläubigerinteresses“ erfüllt oder

(b) der Gläubiger der gesicherten Forderung kein besseres alternatives verbindliches Kaufangebot eingereicht hat.

Diese Regelung ist nach ihrem aktuellen Wortlaut unangemessen. Selbstverständlich ist die Zustimmung zur Freigabe von Sicherheiten erforderlich; entbehrlich kann sie nur sein, wenn die Sicherheiten entsprechend dem Maßstab des nachgebesserten Kriteriums des Gläubigerinteresses (vgl. dazu oben unter Artikel 22) abgelöst werden. Andernfalls ist eine erhebliche Entwertung von

Kreditsicherheiten zu befürchten mit den daran geknüpften Folgen für die Kreditvergabe. Alternative lit. b ist daher zu streichen. Auch unabhängig von den bankaufsichtsrechtlichen Vorgaben ist es unangemessen, besicherten Gläubigern die Abgabe eines Erwerbsangebots aufzudrängen.

Überdies fehlen u.a. hier Regelungen zur Herauslösung des Unternehmens aus ggf. bestehenden Konzernverbänden.

3. Pflicht der Unternehmensleitung, Titel V

Artikel 36:

Die in Artikel 36 vorgesehene Frist zur Insolvenzantragsstellung durch die Führung des Unternehmens von drei Monaten erscheint deutlich zu lang. Hierdurch erhöht sich massiv die Gefahr der Insolvenzverschleppung und demzufolge auch der Schädigung der Gläubiger. Jedenfalls dürfte es mit Blick auf die höchst unterschiedlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten zu Insolvenzantragspflichten der Geschäftsleiter sinnvoll sein, eine allgemeiner formulierte Regelung zu wählen, die den Mitgliedstaaten die Berücksichtigung der nationalen Besonderheiten ermöglicht.

4. Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen, Titel VI

Die Deutsche Kreditwirtschaft lehnt das vorgeschlagene Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen ab. Die Regelungen für ein Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen sind nicht erforderlich, um das angestrebte Ziel der Kapitalmarktunion zu erreichen, in erheblichem Umfang missbrauchsanfällig, dürften negative Auswirkungen auf Kreditvergaben haben und sollten dementsprechend gestrichen werden. Hinsichtlich dieser Regelung zeigt sich besonders deutlich die bereits in der Vorbemerkung gerügte fehlende Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Kommission: Denn es ist offensichtlich, dass diese Sonderregelungen für Kleinstunternehmen in keinster Weise geeignet sind, die angestrebte Kapitalmarktunion zu fördern.

Zunächst ist bereits unklar, was mit dem Begriff „Liquidationsverfahren“ in Titel VI genau gemeint ist. Es ergibt sich aus der Regelung des Titel VI nicht, welche Arten von Verfahren unter diesen Begriff fallen sollen, ob beispielsweise auch Verfahren zur übertragenden Sanierung mit gemeint sind. In diesem Zusammenhang ist auch der wohl mit Artikel 38 Absatz 2 bezweckte Ausschluss der Überschuldung als Insolvenzgrund abzulehnen. Diesem kommt eine nicht zu unterschätzende ordnungspolitische Funktion zu.

Nach der Definition der Europäischen Kommission (s. Artikel 2 lit. j) sind „Kleinstunternehmen“ Unternehmen mit weniger als zehn Angestellten und einem Jahresumsatz von bis zu zwei Millionen Euro bzw. einer Bilanzsumme, die nicht größer ist als zwei Millionen Euro. Dieser Definition unterfällt ein Großteil aller Unternehmen in Europa. In Deutschland erzielten 85% aller mittelständischen Unternehmen in 2021 einen Jahresumsatz von bis zu einer Million Euro.¹ Überdies bildet diese Unternehmensgröße mit über 80% die absolute Mehrheit aller nach den amtlichen Statistiken in Deutschland von der Insolvenz betroffenen Unternehmen. Der hohe Anteil von Kleinstunternehmen auch in Europa legt den Schluss nahe, dass ihr Anteil am Gesamtaufkommen der Insolvenzen nicht unter dem in Deutschland liegt. Tatsächlich würde mit einem Verfahren für „Kleinstunternehmen“ also kein „Ausnahme“-Verfahren geregelt, sondern das jeweils nationale Haupt-Insolvenz-

¹ [Mittelständische Unternehmen nach Jahresumsatz 2021 | Statista](#)

Stellungnahme vom 9. November 2023 zum
Entwurf einer Richtlinie zur weiteren Harmonisierung des Insolvenzrechts

Verfahren festgelegt. Die bereits bestehenden nationalen Unternehmens-Insolvenzverfahren würden damit (ohne Regelungsbefugnis der Kommission) unangemessen marginalisiert.

Es mag in einzelnen Mitgliedstaaten durchaus ein Interesse daran bestehen, für insolvente Kleinunternehmen einfache Regelungen zu deren Liquidation einzuführen. Aber in sehr vielen Mitgliedstaaten gibt es bereits gut funktionierende etablierte Regelungen zur Liquidation von Unternehmen, einschließlich Kleinunternehmen. Daher sollte die Richtlinie nach unserer Bewertung ganz auf die Einführung eines Insolvenzverfahrens für Kleinunternehmen verzichten oder den Mitgliedstaaten jedenfalls ein Wahlrecht einräumen, um zu gewährleisten, dass gut funktionierende Insolvenzsysteme erhalten bleiben können.

Zudem wäre zu überlegen, ob das Ziel der Schaffung effizienterer Insolvenzverfahren für Kleinunternehmen nicht bereits durch für bestehende nationale Regelungen einzuführende gesetzliche Fristen für die im Verfahren durchzuführenden Schritte (Finalisierung Insolvenztabelle, Erhebung Anfechtungsklagen, Abschluss des Verfahrens) erreicht werden kann.

Vorsorglich soll auf wesentliche Problempunkte des Verfahrens eingegangen werden:

Die Unterstellung der Erwägungsgründe, dass bei Kleinunternehmen – wegen der einfachen Betriebsstrukturen – ein Insolvenzverwalter regelmäßig nicht erforderlich sei (Artikel 39), ist unzutreffend. Aus der Praxis ist bekannt, dass nur eine Minderheit der unter die Regelungen fallenden Schuldner über die erforderlichen Kenntnisse zur ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens verfügt, die Schuldner dürften mit dieser Art der Eigenverwaltung (Artikel 43) regelmäßig überfordert sein. Eine geordnete Abwicklung des insolventen Unternehmens kann nur in Ausnahmefällen in die Hände des Schuldners gelegt werden. Bereits aufgrund des Umstandes, dass der Schuldner das Unternehmen in die Insolvenz geführt hat, spricht eine Vermutung dafür, dass er nicht die für eine geordnete Abwicklung erforderlichen Voraussetzungen mitbringt. Das in Artikel 39 vorgesehene Recht der Gläubiger, die Ernennung eines Insolvenzverwalters herbeizuführen, wird durch die damit allein verbundene Verpflichtung zur Kostenübernahme durch diesen Gläubiger – ohne gleichzeitig eine entsprechende Privilegierung (wie eine vorrangige Befriedigung aus den Erlösen) auszulösen – faktisch entwertet. Die weiterhin in Artikel 43 Absatz 4 vorgesehenen Möglichkeiten, die Entscheidungen des Schuldners, dem die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entzogen wurde, unter den Vorbehalt der Zustimmung des Insolvenzgerichts oder eines Gläubigers zu stellen, erscheint nicht tragfähig. Weder ein Gericht noch ein Gläubiger bringen die für die Führung der Geschäfte des Schuldners erforderlichen Voraussetzungen mit.

Dementsprechend sollte die Eigenverwaltung allenfalls als Ausnahmeregelung vorgesehen werden, und nur für Schuldner, welche eine Gewähr für eine ordnungsgemäße und im Gläubigerinteresse liegende Abwicklung bieten, zugänglich sein. Nur Schuldner, die klar zu regelnde Voraussetzungen erfüllen, sollten ein Liquidationsverfahren in Eigenverwaltung durchführen dürfen. Als Voraussetzung sollten insbesondere vorgesehen werden: eine ordnungsgemäße Buchführung und Bilanzierung, eine fristgerechte Abführung der Sozialversicherungsbeiträge, die fristgerechte Zahlung der Steuern, das Führen von Vermögensverzeichnis und Gläubigerliste. Auch in diesen Fällen sollte die Eigenverwaltung aber an die Bestellung eines Sachwalters geknüpft sein.

Die in Artikel 46 festgelegten Modalitäten für die Erstellung und Führung der Insolvenztabelle bieten ein hohes Missbrauchspotential durch den Schuldner. In die Tabelle aufgenommen werden insbesondere Forderungen, die der Schuldner in seinem Antrag auf Eröffnung des vereinfachten

Stellungnahme vom 9. November 2023 zum
Entwurf einer Richtlinie zur weiteren Harmonisierung des Insolvenzrechts

Liquidationsverfahren bzw. in seiner Antwort auf einen entsprechenden Gläubigerantrag angegeben hat. Für weitere Gläubiger, deren Forderungen nicht in den Eingaben des Schuldners enthalten sind, gilt demgegenüber eine Anmeldefrist des jeweiligen Gläubigers von 30 Tagen nach Veröffentlichung des Datums der Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens bzw. nach Eingang der Mitteilung von der Eröffnung des vereinfachten Liquidationsverfahrens beim Gläubiger. Dieser vereinfachte Mechanismus eröffnet dem Schuldner die Möglichkeit, die Tabelle mit fragwürdigen Forderungen von ihm nahestehenden Personen zu füllen, während berechnigte Forderungen nicht-nahestehender Gläubiger nicht berücksichtigt werden. Eine Prüfung der Forderungsanmeldungen durch das Insolvenzgericht bzw. ein Insolvenz- oder Sachwalter erscheint unverzichtbar. Effizienzsteigerungen können sich bereits aus der Festlegung angemessener Fristen für die Anmeldung bzw. das Bestreiten von Forderungen ergeben.

Weiterhin eröffnet die insgesamt abzulehnende Einschränkung der Insolvenzanfechtung (Artikel 47) dem Missbrauch insbesondere durch vorinsolvenzliche Vermögensschiebungen durch den Schuldner Tür und Tor. Durch einen Insolvenzverwalter ist ein ordentlicher und rechtmäßiger Ablauf des Insolvenzverfahrens gesichert. Das Ermitteln und Sichern der Masse sowie Anfechtungen bei Handlungen zulasten der Masse durch einen Insolvenzverwalter ist für einen ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens und die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger unabdingbar. Die Anfechtung kann nicht alleine auf die Gläubiger übertragen werden, denen regelmäßig der erforderliche Einblick in die Vermögensverhältnisse des Schuldners fehlt. Hinzutritt, das falsche Angaben des Schuldners, die den Gläubiger von einer Anfechtung abhalten, überdies sanktionsfrei gestellt werden (Artikel 47 lit. b). Sachgerecht erscheint demgegenüber ein Recht der Gläubiger zur Ablehnung der Durchsetzung von Anfechtungsansprüchen, die eine gewisse Bagatellschwelle nicht erreichen, um auf diese Weise Zeitverzögerungen und Aufwand zu vermeiden. Beschleunigungen können auch durch eine gesetzliche Vorgabe einer Frist, innerhalb derer Anfechtungsklagen vom Insolvenzverwalter zu erheben sind, erreicht werden. Jedenfalls sollte - soweit Insolvenzanfechtungen zu erwarten sind - die Eröffnung des vereinfachten Verfahrens gem. Artikel 42 Absatz 2 - zugunsten eines regulären Insolvenzverfahrens - abgelehnt werden; zeichnet sich das Erfordernis von Insolvenzanfechtungen erst im Verlauf des Verfahrens ab, ist das vereinfachte Verfahren in ein reguläres umzuwandeln. Abschließend sei noch zu Artikel 47 erwähnt, dass insoweit bereits nachteilige Erfahrungen in nationalen Rechtssystemen bestehen. Die österreichische Concursordnung vom 9. Januar 1869 sah wegen eines vermeintlich fehlenden Bedürfnisses von besonderen Anfechtungstatbeständen ab und verwies lediglich auf das allgemeine bürgerliche Recht. Dieser nahezu „anfechtungsfreie“ Raum führte im Nachgang der Krise von 1873 zu „offenen Wunden des Verkehrslebens“, sodass der österreichische Gesetzgeber 1884 die Rechtslage durch ein besonderes Anfechtungsgesetz korrigieren musste. Auch in Deutschland ist die Idee der Insolvenzordnung von 1999 gescheitert, die Anfechtung bei vermeintlich einfachen Privatinsolvenzverfahren in die Hände der Gläubiger zu legen (§ 313 Abs. 2 InsO a.F.). Zum 1. Juli 2014 wurde die Vorschrift ersatzlos gestrichen und die Anfechtung wieder in die Hände eines Insolvenzverwalters gelegt. Der europäische Gesetzgeber sollte aus solchen Erfahrungen in den Mitgliedstaaten seine Lehren ziehen und die historischen Fehler der Vergangenheit nicht wiederholen.

Auch die Restschuldbefreiung ist deutlich zu weitreichend geregelt (Artikel 57). Bürgen, Garanten oder Gesamtschuldner, die für die Verbindlichkeiten des Kleinstunternehmens haften, sind im Falle einer Insolvenz infolge einer Inanspruchnahme im Rahmen des über ihr Vermögen jeweils geltenden Insolvenzverfahrens zu behandeln. Eine besondere Behandlung aufgrund des Zusammenhangs mit dem Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Kleinstunternehmens ist nicht geboten und auch nicht zielführend. Bei Finanzierungsentscheidungen ist die Haftung von Geschäftsführern bzw.

Gesellschaftern eine wichtige Grundlage der Kreditbereitschaft der Bank, welche nicht entwertet werden darf.

Die Ausführungen zur Notwendigkeit einer Ausnahmeregelung für Termingeschäfte/Finanztermingeschäfte sowie Nettingvereinbarungen im Hinblick auf ein mögliches Moratorium oder auch Übertragungsrechte gelten in gleicher Weise auch für ein Moratorium oder Übertragungsrechte im Hinblick auf Insolvenzverfahren für Kleinstunternehmen. Hier ist zu beachten, dass auch Kleinstunternehmen auf Absicherungsgeschäfte in Form von Termingeschäften/Finanztermingeschäften angewiesen sein können.

5. Gläubigerausschuss, Titel VII

Die Regelungen der Richtlinie zu Gläubigerausschüssen entsprechen überwiegend der auch bislang in Deutschland geltenden Rechtslage. Gleichwohl bedürfen die Regelungen zu Gläubigerausschüssen einiger Klarstellungen:

Artikel 58, 59:

So sollte klargestellt werden, dass die Ernennung des Gläubigerausschusses durch die Gläubigerversammlung im Wege der Wahl entsprechend den nationalen Vorgaben der Mitgliedstaaten erfolgt. Die gewählten Kandidaten müssen dabei frei sein, die Wahl anzunehmen. Auch eine juristische Person kann als Mitglied des Gläubigerausschusses gewählt werden.

Die Frist von 30 Tagen zur Ernennung der Mitglieder des Gläubigerausschusses erscheint zu unflexibel. Besser wäre eine Frist von möglichst 6 Wochen, jedoch nicht länger als 3 Monaten.

Das Recht zur Anfechtung der Ernennung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses sollte – schon im Interesse der Verfahrensbeschleunigung nicht jedweder „interessierten Partei“ sondern (nur) den tatsächlich Betroffenen, mithin also „jedem Gläubiger“ zustehen.

Artikel 64:

Die Richtlinie sollte überdies die Rolle des Gläubigerausschusses stärken. Dazu sollte der Aufgabenkatalog des Artikel 64 Absatz 1 um die Unterstützung des Insolvenzverwalters ergänzt werden.

Artikel 66:

Unklarheiten bestehen aber hinsichtlich der Haftung der Gläubigerausschussmitglieder. Artikel 66 sieht vor, dass eine Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses für Handlungen in ihrer Eigenschaft als Gläubigerausschussmitglieder nur für Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit, betrügerisches Handeln oder die Verletzung treuhänderischer Pflichten gegenüber den von ihnen repräsentierten Gläubigern. Hierbei bleibt aber die Abgrenzung zwischen den treuhänderischen Pflichten gegenüber Gläubigern und sonstigen Pflichten der Gläubigerausschussmitglieder unklar. Um die Mitglieder des Gläubigerausschusses nicht unsachgerechten Risiken auszusetzen, sollte überdies ergänzt werden, dass eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, wenn das Gläubigerausschussmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der von dem Gläubigerausschuss vertretenen Gläubigern zu handeln (Business-Judgement-Rule).