

Stellungnahme

zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur
Harmonisierung bestimmter Aspekte des
Insolvenzrechts

Lobbyregister-Nr. R001459

EU-Transparenzregister-Nr. 52646912360-95

Kontakt:

Berlin, 24. September 2026

Federführer:
Bundesverband der Deutschen
Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V.
Schellingstraße 4 | 10785 Berlin
Telefon: +49 30 2021-0
Telefax: +49 30 2021-1900
<https://die-dk.de/>

Lobbyregister-Nr. R001459
EU-Transparenzregister-Nr. 52646912360-95

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte 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 DK 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 zu der Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts in das nationale Recht.

I. Umsetzungsfrist

Für die am 1. April 2026 veröffentlichte Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts hat der europäische Gesetzgeber für die nationale Umsetzung einen Zeitraum bis zum 22. Januar 2029 eingeräumt. Die Deutsche Kreditwirtschaft hält es für erforderlich, dass dieser Zeitraum ausgenutzt wird, zugleich aber das nationale Gesetz deutlich vor dem letztmöglichen Zeitpunkt finalisiert wird, um den Stakeholdern ausreichend Zeit zu geben, ihrerseits die ggf. notwendigen Umsetzungsschritte (IT-Anpassungen, Formularänderungen, Leitlinien etc.) vorzunehmen.

II. Insolvenzanfechtung

Die Richtlinie regelt harmonisierende Vorgaben für die Insolvenzanfechtung (Titel II). Die Mitgliedstaaten können gem. Artikel 4 Absatz 1 grundsätzlich Rechtsvorschriften erlassen oder beibehalten, die die Gesamtheit der Gläubiger besser schützen als die Bestimmungen des Titel II. Von dieser Möglichkeit sollte – wie im Folgenden dargelegt – Gebrauch gemacht werden.

1. Rechtshandlung

a) Unterlassen

Nach Artikel 2 Absatz 1f definiert die Richtlinie eine anfechtbare Rechtshandlung als jedes bewusste menschliche Verhalten, das eine rechtliche Wirkung entfaltet. Der Gesetzgeber sollte von der durch Erwägungsgrund 7 gegebenen Option, dass der Begriff „Rechtshandlung“ über die Definition in Artikel 2 Absatz 1f hinaus auch Unterlassungen umfasst, Gebrauch machen, damit es bei dem diesbezüglichen aktuellen Verständnis der Rechtshandlung (vgl. § 129 Absatz 2 InsO) bleiben kann.

b) Beibehaltung des § 140 Absatz 2 InsO

Erwägungsgrund 6 legt fest, dass bei Rechtswirkungen, die nach nationalem Recht von der Eintragung in ein öffentliches Register abhängig sind, die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass die Rechtshandlung als vollendet erachtet wird, sobald alle anderen Anforderungen für ihre Wirksamkeit erfüllt sind. Diese Option sollte genutzt und die Regelung § 140 Absatz 2 InsO beibehalten werden.

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

c) Beibehaltung des § 140 Absatz 3 InsO

Auch § 140 Absatz 3 InsO sollte beibehalten werden; insofern besteht Praxisbedarf insbesondere mit Blick auf die Besicherung von künftigen Forderungen (auch in Form von Margensicherheiten), beim Forderungskauf und bei Sanierungsfällen. Im Ergebnis steht der Beibehaltung auch nichts entgegen. So handelt es sich bei der Regelung des § 140 Absatz 3 InsO lediglich um eine verfahrenstechnische Klarstellung; der Gläubiger muss bereits eine gesicherte Rechtsposition erlangt haben (Andres/Leithaus/Leithaus InsO § 140 Rn. 15; BeckOK InsR/Schoon InsO § 140 Rn. 26).

2. Nahestehende Person

Die in der Richtlinie enthaltene Definition der „dem Schuldner nahestehenden Person“ ist auslegungsbedürftig geraten; sie bedarf der Konkretisierung.

Zur Vermeidung von Missverständnissen und Friktionen sollte daher – entsprechend der Gesetzessystematik der Richtlinie – der Begriff „Personen“ aus der Richtlinie in das deutsche Recht als „natürliche Personen“ übertragen werden.

Auch die Regelungen des Artikel 3 Absatz 1b der Richtlinie – wenn der Schuldner eine juristische Person ist – bedürfen nach der Vorgabe des Erwägungsgrundes 18 einer sachgerechten Konkretisierung. So gibt Erwägungsgrund 18 zutreffend vor, dass nahestehende Personen (insbesondere bei einem Schuldner, der eine juristische Person ist) (nur) solche Personen sind, die in Beziehung zu dem Schuldner Entscheidungsfunktionen innehaben.

Dementsprechend muss mit Blick auf den Begriff der „Kontrolle der Geschäfte des Schuldners“ sowie auf die Begriffe der „ähnlichen Aufgaben“ „wie Mitglieder der Geschäftsführung“ durch eine Definition oder eine Klarstellung sichergestellt werden, dass nicht schon geringfügige Einflussmöglichkeiten als „Kontrolle“ oder geschäftsführungsähnliche Aufgabenwahrnehmung gewertet werden. Dazu kann auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur „faktischen Geschäftsführung“ zurückgegriffen werden. Sicherzustellen wäre in diesem Zusammenhang auch, dass in Finanzierungsverträgen vereinbarte Covenants nicht zu einer „Kontrolle“ führen.

Auch der Begriff des „Verwaltungsorgans“ ist vor diesem Hintergrund zu unbestimmt und ausufernd und muss konkretisiert werden. So gelten beispielsweise auch (optional einzusetzende) Beiräte als Verwaltungsorgane, die individuell festgelegte Beratungs-, Überwachungs- oder Ausgleichsfunktionen, wie die Beratung oder Unterstützung mit Know-How in Spezialthemen, wahrnehmen. Die Mitgliedschaft in einem solchen Organ dürfte indes regelmäßig nicht ausreichen, um eine Einordnung als „nahestehende Partei“ zu rechtfertigen. Um der Anforderung des Erwägungsgrundes 18 zu genügen und eine sachgerechte Ausgestaltung zu erreichen, könnte in einer Definition des Verwaltungsorgans auf das Erfordernis einer Entscheidungsfunktion hingewiesen werden.

3. Anfechtung bei kongruenter und inkongruenter Deckung

Die inkongruente Deckung gem. Artikel 7 Absatz 1 soll nach Erwägungsgrund 11 u.a. die nachträgliche Besicherung einer zuvor nicht besicherten Forderung, die nicht in der ursprünglichen Schuldvereinbarung

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

vereinbart war, umfassen. Hier muss jedenfalls in der Gesetzesbegründung vorsorglich eine Klarstellung erfolgen. Zum Beispiel gelten für Drittsicherheiten oder im Rahmen der Sanierung insoweit andere Grundsätze. So ist der Wunsch des Kreditgebers, als Gegenleistung für den Sanierungskredit bei ausreichenden Sicherheiten die Altkredite (nachrangig zum Sanierungskredit) nachzubesichern, nicht anstößig, wenn der Kreditgeber die Sanierung des Unternehmens beabsichtigt und dessen Sanierungsfähigkeit bestätigt wurde. Bei Drittsicherheiten fehlt es bereits an einer Nachteiligkeit.

In diesem Zusammenhang sollte auch die Gelegenheit genutzt werden, die seit langem bestehende Rechtsunsicherheit im Hinblick auf § 131 InsO im Zusammenhang mit Margensicherheiten zu beheben. Auslöser der Unsicherheiten ist, dass § 131 InsO – im Gegensatz zu § 130 InsO – keine Regelung zu Margensicherheiten enthält. Über eine Klarstellung in § 131 InsO, etwa dahingehend, dass § 130 Absatz 1 Satz 2 InsO entsprechend gilt, würden insbesondere Rechtsunsicherheiten darüber beseitigt, ob die aufsichtsrechtlich geforderte Stellung so genannter Einschusszahlungen (Initial Margin), die bei Ausfall der Gegenpartei Wertschwankungen zwischen dem Zeitpunkt der letzten Anpassung der Variation Margin (dient zur Absicherung des aktuellen Marktwertes) und dem Zeitpunkt des Abschlusses von Ersatzgeschäften bzw. der Glattstellung der Geschäfte abdecken sollen, im Insolvenzfall anfechtbar sein könnten. Eine solche Anfechtungsmöglichkeit würde nicht nur die aufsichtsrechtlichen Pflichten zur Besicherung konterkarieren. Sie stände auch im Widerspruch zur Finanzsicherheiten-Richtlinie.

4. Bargeschäft

Überdies sollte in der Gesetzesbegründung – zur Beibehaltung der aktuellen Rechtslage – beispielhaft für ein Bargeschäft auch die Zahlung (z. B. von Waren für den täglichen Betrieb des Schuldners) auch per Überweisung oder Lastschrift und die Bestellung von Sicherheiten gegen oder im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Vergabe oder Auszahlung des Darlehens oder während der Fortführung des Darlehens angeführt werden.

5. Option zur Ausnahme zugunsten der Sozialversicherungsträger von der kongruenten und inkongruenten Anfechtung

Von dieser Option sollte kein Gebrauch gemacht werden.

6. Unentgeltliche Leistung/Vorsatzanfechtung

Bezüglich der Regelungen zu unentgeltlichen Leistungen sollte es bei dem Regelungsumfang des § 134 InsO bleiben. Allerdings sollte hier im Rahmen der Richtlinienvorgabe die Anfechtungsfrist von 4 Jahre auf 12 Monate verkürzt werden. Denn für Vorgänge, die länger zurückliegen, gibt es ohnehin in der Praxis bei den Insolvenzverwaltern regelmäßig Darlegungsprobleme. Sofern hier eine generelle 12-monatige Frist für zu kurz gehalten wird, bietet sich hier ein differenzierter Ansatz an: 4 Jahre bei Grundstücksübertragungen sowie bei Übertragungen des wesentlichen Vermögens und 12 Monate in den anderen Fällen. Denn gerade bei der Bestellung von Drittsicherheiten können Sicherheitennehmer die wirtschaftliche Entwicklung des Drittsicherungsgebers bzw. Schuldners für die nächsten 12 Monate häufig ganz gut abschätzen; für die darüberhinausgehenden Zeiträume ist eine Einschätzung vorab aber oft schwierig.

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

Auch die nationale Vorschrift des § 133 InsO sollte beibehalten werden. Es sollte allerdings die Anfechtungsfrist im Rahmen der Richtlinienvorgaben verkürzt werden. Gerade in Fällen der Vorsatzanfechtung und deren diversen subjektiven Komponenten fällt es in der Praxis schwer, weit rückwirkend nachzuvollziehen, welche Kenntnisse oder Motive vorlagen.

7. Verjährung

Für den Beginn der Verjährung von anfechtbaren Rechtshandlungen sollte für den Fristbeginn nicht auf den in der Richtlinie vorgesehenen Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgestellt werden, sondern die sich aus Artikel 10 Absatz 3 ergebende Option genutzt werden, um – in Angleichung an das deutsche Verjährungsrecht – auf die Kenntnis des Insolvenzverwalters von den Umständen abzustellen, die die Forderung gegen die andere Partei begründen.

8. Rechtsfolgen

Da Erwägungsgrund 16 den Mitgliedsstaaten zutreffend weitgehend die Entscheidung über die Rechtsfolgen einer anfechtbaren Rechtshandlung überlässt, sollten der deutsche Gesetzgeber es bei den entsprechenden aktuellen Regelungen belassen.

III. Pre-Pack-Verfahren

1. Ziel des Pre-Pack-Verfahrens

Im Rahmen der nationalen Regelungen zum Pre-Pack-Verfahren sollte ganz grundlegend an dem in Erwägungsgrund 32 festgehaltene Ziel, die Gläubigergemeinschaft so gut wie möglich zu befriedigen, festgehalten werden. Dies fügt sich gut ein in die bereits in § 1 InsO festgelegte Zielvorgabe und den in Erwägungsgrund 30 angesprochenen Grundsatz der Anpassung der Richtlinienstandards an das bestehende nationale Insolvenzrecht.

2. Anwendungsbereich

Nach Artikel 1 Absatz 5 der Richtlinie gilt das Pre-Pack-Verfahren nur für Schuldner, die juristische Personen sind. Wir halten es für sinnvoll, dass von Erwägungsgrund 36, der die Möglichkeit einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs durch die Mitgliedsstaaten auf natürliche Personen, bei denen es sich um Unternehmer handelt, regelt, Gebrauch gemacht wird.

3. Klarstellung bzw. Ausnahmeregelung zur Absicherung der Wirksamkeit von Nettingvereinbarungen

Im Hinblick auf die Wirkung des Pre-Pack Verfahrens und hier ggf. vorgesehene etwaige zeitweise Aussetzung von Beendigungsrechten oder Besicherungspflichten (z.B. Nachschusspflichten) müsste in geeigneter Weise klargestellt werden, dass dies nicht für Nettingvereinbarungen und den hier bestehenden Beendigungsmechanismus (close-out netting) gilt. Die durch die Beendigung entstehende einheitliche

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

Ausgleichsforderung (Forderung wegen Nichterfüllung) bliebe unberührt und wäre Gegenstand des Pre-Pack-Verfahrens. Ferner müsste sichergestellt werden, dass die Einheitlichkeit des Vertrags bei Nettingvereinbarungen zu keinem Zeitpunkt durch das Pre-Pack-Verfahren beeinträchtigt werden kann.

Zur Sicherung der Funktionsweise von Nettingvereinbarungen im Zusammenhang mit Pre-Pack-Verfahren sind mehrere Ansätze denkbar:

Es könnte geregelt werden, dass das Pre-Pack-Verfahren erst nach Antragstellung einsetzt und damit die mit Antragstellung erfolgende Beendigung von vertraglichen Nettingvereinbarungen und aller darunter zu einem einheitlichen Vertrag zusammengefassten Forderungen insgesamt nicht von den Wirkungen des Pre-Pack-Verfahrens betroffen sind. Alternativ könnten Nettingvereinbarungen von den Wirkungen des Pre-Pack-Verfahrens insgesamt ausdrücklich ausgenommen werden.

4. Regelungsbereich des Pre-Pack-Verfahrens

Das Pre-Pack-Verfahren steht nach Artikel 21 Absatz 1 Satz 1 Schuldnern offen, die drohend zahlungsunfähig sind. Zugleich besteht die Mitgliedstaatenoption, (nach nationalem Recht) zahlungsunfähige Schuldner von dem Verfahren auszuschließen (Artikel 21 Absatz 1 Satz 2). Von dieser Option sollte Gebrauch gemacht werden; dabei sollte das Insolvenzgericht das Vorliegen der Eingangsvoraussetzungen prüfen. Im Pre-Pack-Verfahren bestehen umfangreiche Möglichkeiten zur Einschränkung von Gläubigerrechten; außerdem ist eine grundlegende Eigenverwaltung des Schuldners vorgesehen. Dies erscheint nur im Fall eines noch zahlungsfähigen Schuldners angemessen. So ist es im Übrigen auch beim Schutzschirmverfahren. Dieses steht auch nur drohend zahlungsunfähigen (und darüber hinaus zudem überschuldeten) Schuldnern offen.

5. Vorbereitungsphase

a) Bestellung eines Sachwalters

Nach Artikel 23 muss der Sachwalter mindestens vom Schuldner und von allen dem Schuldner nahestehenden Personen unabhängig sein. Unseres Erachtens sollte von der weitergehenden Option, die Unabhängigkeitsanforderung des Sachwalters auf die Gläubiger auszudehnen, kein Gebrauch gemacht werden. Vielmehr erscheint sinnvoll, die Zustimmung der Gläubiger zur Sachwalter-Ernennung zu regeln. Es bietet sich an, dies entsprechend den allgemeinen Regeln der Insolvenzordnung zu handhaben. Dann wäre über § 274 iVm § 56 f. InsO die Mitwirkung der Gläubiger sichergestellt.

b) Aufschub der Eröffnung der Liquidationsphase

Demgegenüber sollte von der sinnvollen Mitgliedstaatenoption des Artikel 26, die Eröffnung der Liquidationsphase aufzuschieben, wenn ein Gläubiger während der Vorbereitungsphase einen Insolvenzantrag einreicht und es unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger wäre, die Liquidationsphase zu eröffnen, Gebrauch gemacht werden.

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

c) Beendigung der Vorbereitungsphase

Überdies sind die Mitgliedsstaatenoptionen des Artikel 27 Absatz 2, nach denen die Vorbereitungsphase beendet werden kann, wenn

- der Schuldner die erforderliche Unterstützung gemäß Artikel 24 Absatz 2 nicht leistet,
- der Schuldner während der Vorbereitungsphase nicht mit der gebotenen Sorgfalt handelt oder
- die Vorbereitungsphase keine hinreichenden Erfolgsaussichten hat/ das Ziel des Pre-Pack-Verfahrens nicht erreicht werden kann (vgl. auch Erwägungsgrund 39) ebenfalls sinnvoll und erforderlich und sollten ins nationale Recht umgesetzt werden.

d) Vorbereitungsphase als vorläufige Eigenverwaltung

Wir halten es für sinnvoll, das Pre-Pack-Verfahren in das Eigenverwaltungsverfahren einzuordnen (§ 270b InsO). Dafür spricht auch, dass viele Elemente bereits vorhanden sind. Eine Regelung als zusätzliches Verfahren würde demgegenüber die Komplexität erhöhen.

Bei einer Regelung im Rahmen der §§ 270 ff. InsO könnte die Vorbereitungsphase als vorläufiges Eigenverwaltungsverfahren ausgestaltet werden und die sinnvollen Leitplanken der §§ 270i. V. m. 274, 275 InsO und der §§ 270a und 270b InsO auch für das Pre-Pack-Verfahren gelten.

Auch die Vorgaben der §§ 276, 277 InsO sollten für das Pre-Pack-Verfahren beibehalten werden; ein Ansatzpunkt dafür dürfte sich insoweit aus Artikel 21 Absatz 4 ergeben, nach dem für die Art, den Umfang und die Form der Gläubigerbeteiligung das nationale Recht gilt.

Um die sinnvollen Regelungen zur Aufhebung der (vorläufigen) Eigenverwaltung nach §§ 270e, 272 InsO möglichst umfassend auch für das Pre-Pack-Verfahren im Rahmen der nationalen Umsetzung vorzusehen, sollte bei der nationalen Umsetzung auch von den Mitgliedstaatenoptionen der Artikel 26 und 27 zum Aufschub der Eröffnung der Liquidationsphase (vgl. oben unter b) und zur Beendigung der Vorbereitungsphase (vgl. oben unter c) in Verbindung mit der Möglichkeit zur Beibehaltung von nationalen Vorschriften zur Gläubigerbeteiligung (Artikel 21 Absatz 4) Gebrauch gemacht werden.

Auch die Mitgliedstaatenoption des Erwägungsgrundes 39, der eine Fortsetzung der Vorbereitungsphase unter Einschränkung der Schuldnerrechte (insb. zur Eigenverwaltung) trotz Beendigungs- und Aufschub-Gründen ermöglicht, wenn dies im allgemeinen Interesse der Gläubiger liegt, sollte genutzt werden.

e) Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen (Moratorium)

Nach Artikel 25 sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass ein drohend zahlungsunfähiger (oder insolventer) Schuldner

- während der Vorbereitungsphase des Pre-Pack-Verfahrens oder
- in einer anderen Art von Insolvenzverfahren mit Eigenverwaltung und Möglichkeit zum Verkauf eines Unternehmens(teils) ein Moratorium (nach Artikel 6 und 7 der Restrukturierungsrichtlinie) in Anspruch nehmen kann.

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

Wir halten die Beschränkung des Pre-Pack-Verfahrens auf drohend zahlungsunfähige Schuldner für zwingend erforderlich; zahlungsunfähige Schuldner sollten dementsprechend von dem Verfahren ausgeschlossen sein (vgl. oben unter 4.).

Für ein Pre-Pack-Verfahren, das zutreffenderweise nur drohend zahlungsfähigen Schuldnern offensteht, gibt es allenfalls einen sehr geringen Anwendungsbereich für ein Moratorium, denn grundsätzlich dürfte in diesen Fällen regelmäßig keine Vollstreckung oder Verwertung drohen. Unter dieser Voraussetzung und bei einer Umsetzung im Rahmen der (vorläufigen) Eigenverwaltung könnte bei der nationalen Richtlinienumsetzung darüber nachgedacht werden, insoweit die für die Eigenverwaltung bereits bestehenden Regelungen des § 270d Absatz 3 i. V. m § 21 Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 InsO ausreichen zu lassen. Allerdings sollte dann bei Pre-Pack-Verfahren das Recht zur Auswahl des Sachwalters – anders als beim Schutzschirmverfahren – nicht beim Schuldner liegen.

Soweit eine eigenständige Regelung als erforderlich erachtet wird, die dann § 270d Absatz 2 i. V. m § 21 Absatz 2 Nr. 3 InsO ergänzt, sollte der Schuldner im Rahmen seines Antrags für ein solches Moratorium zumindest die Zustimmung des vorläufigen Gläubigerausschusses (dessen Bestellung im Rahmen des Pre-Pack-Verfahrens in §§ 22a InsO zu diesem Zweck ergänzend anzuordnen wäre) (und ggf. ein Votum des vom Gericht bestellten Sachwalters) zu dieser Maßnahme nachweisen müssen.

Dies erscheint insbesondere stimmig, wenn das Pre-Pack-Verfahren – wie alleine sachgerecht – beendet werden kann, wenn die Vorbereitungsphase keine hinreichende Erfolgsaussicht hat bzw. das Ziel des Pre-Pack-Verfahrens nicht erreicht werden kann (vgl. oben unter d), Erwägungsgrund 39). Bei einem Verkauf, der zutreffend an die Genehmigung der Gläubiger gekoppelt ist (vgl. dazu unten unter i), wäre dies immer dann der Fall, wenn der Verkauf erkennbar keine Gläubigerzustimmung erreichen kann. Können die Gläubiger mithin zutreffend bereits das Verfahren insgesamt beenden, sollten der vorläufige Gläubigerausschuss auch in die gläubigerbelastende Entscheidung über ein Moratorium eingebunden sein.

Der vorläufige Gläubigerausschuss hat sich dabei – wie auch sonst – an dem Interesse aller Gläubiger an einem bestmöglichen Ausgang des Verfahrens auszurichten und kann durch seine Einbindung einer möglichen missbräuchlichen Anwendung durch den Schuldner Einhalt gebieten. Dem möglichen Ziel, Akkordstörer an einer Vollstreckung oder Verwertung zu hindern, steht die Einbeziehung des vorläufigen Gläubigerausschusses mithin nicht entgegenstehen.

Da davon auszugehen ist, dass ein Moratorium im Rahmen eines Verfahrens, das zahlungsunfähige Schuldner ausschließt, allenfalls zum Ende der Vorbereitungsphase relevant werden könnte, würde mit der Einbindung des vorläufigen Gläubigerausschusses auch keine nachteilige Öffentlichkeit entstehen. Nicht zuletzt ließe sich damit ein bürokratiearmes, kostengünstiges und schlüssiges Verfahren für die Anordnung eines Moratoriums etablieren.

Soweit nicht eine generelle Ausnahmeregelung für Nettingvereinbarungen aufgenommen wird (siehe oben, Ziff. 3) müssten eine Ausnahme für Nettingvereinbarungen im Hinblick auf Moratorien aufgenommen werden.

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

f) Verkaufsprozess

Unseres Erachtens sollte die nationale Umsetzung sich auf die Vorbereitung des Kaufs durch den Sachwalter (siehe unten unter g)) und die Genehmigung durch die Gläubiger (siehe unten i) – in Anlehnung an die aktuelle Praxis der übertragenden Sanierung – fokussieren, s. auch §§ 158 ff. InsO.

g) Vorbereitung des Kaufs durch den Sachwalter (Artikel 29 Absatz 1a, Absätze 3 und 4 Satz 1, Artikel 24 Absatz 3 i.V.m. Absatz 2 Satz 1b und c, Sätze 2-4)

aa) Kriterium des Gläubigerinteresses

Wir halten es mit Blick auf das Kriterium des Gläubigerinteresses für erforderlich, dass

- sowohl die Mitgliedstaatenoption, nach der der Sachwalter nicht nur beurteilt und erklärt, sondern auch begründet (Artikel 24 Absatz 2c), dass das Kriterium des Gläubigerinteresses durch das beste Gebot erfüllt wurde,
- als auch die Mitgliedstaatenoption zur Ergänzung der Definition des Begriffs um den sachgerechten Abgleich mit dem nächstbesten Alternativszenario (Artikel 2 Absatz 1h)

- auch zur Angleichung an die Begriffsbestimmung im StaRUG - im Rahmen der nationalen Umsetzung genutzt werden.

bb) Auswahl des besten Gebots

Artikel 33 regelt für die Auswahl des besten Gebots nach Artikel 24 Absatz 2b, dass die Mitgliedstaaten die entsprechenden Kriterien festlegen, wobei sichergestellt sein soll, dass diese Kriterien den Kriterien für die Wahl zwischen konkurrierenden Geboten in Insolvenzverfahren entsprechen. Auch soll es den Mitgliedstaaten nach Erwägungsgrund 38 möglich sein, den Sachwalter zu verpflichten, andere Aspekte als den Preis zu berücksichtigen, darunter das öffentliche Interesse oder die Lebensfähigkeit eines Unternehmens. Unseres Erachtens muss die bestmögliche Gläubigerbefriedigung das alleinige Kriterium für die Auswahl des besten Gebots darstellen; für alternative Kriterien besteht kein Bedarf. Dieser Ansatz würde auch einen Bruch mit der Zielsetzung des § 1 InsO vermeiden. Diese Regelung wäre ja maßgeblich, wenn das neue Pre-pack-Verfahren in der InsO verortet wird, was sachgerecht ist.

h) Auswahl des Käufers in einer öffentlichen Auktion

Die mit Artikel 24 Absatz 3 Satz 1 eröffnete Möglichkeit, den Käufer in einer öffentlichen Auktion auszuwählen, sollte nicht genutzt werden. Schwierig erscheinen in diesem Rahmen auf den ersten Blick bereits die erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen (Due-Diligence, Verhandlung über die Fortführung von Verträgen mit Lieferanten u. ä.).

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

i) Genehmigung des Verkaufs durch die Gläubiger (Artikel 29 Absatz 1c, Absatz 2, Absatz 4 Satz 1 und 2, Artikel 24 Absatz 4)

Ein Verkaufsprozess, der vom Sachwalter organisiert wird und für den er sich auch verantwortlich zeichnet (also unter Anwendung der Vorgaben des Artikel 24 Absatz 1 und 2, siehe oben unter g) und bei dem die Gläubiger den Verkauf genehmigen müssen, ist vorzugswürdig. Das würde auch im Einklang mit der Wertung des § 160 InsO stehen.

j) Überprüfung/Korrektur durch Bewertung als fortgeführtes Unternehmen

Außerdem sollte der nationale Gesetzgeber von den Mitgliedstaatenoptionen des Artikel 29 Absatz 4 Satz 1 Gebrauch machen, nach dem das Gericht unter Berufung darauf, dass das beste Gebot nicht dem Kriterium des Gläubigerinteresses entsprechen könnte, entscheiden kann, dass eine Bewertung als fortgeführtes Unternehmen vorgenommen wird.

6. Liquidationsphase

a) Übergang oder Beendigung noch zu erfüllender Verträge

Artikel 30 Absatz 1 regelt, dass bestimmte „noch zu erfüllende Verträge“ grundsätzlich ohne Zustimmung der Gegenpartei des Schuldners auf den Käufer übergehen (es sei denn, der Käufer ist ein Wettbewerber der Gegenpartei). Die Vorgabe des Artikel 30 Absatz 1 untergräbt die – von der Vertragsfreiheit gestützte – Grundregel des deutschen Rechts, nach der eine Vertragsübernahme nur unter Zustimmung aller Beteiligten erfolgen kann. Vor diesem Hintergrund halten wir es für erforderlich, dass die deutsche Umsetzung insoweit auf das zwingende Minimum beschränkt wird. Für den so eingeschränkten Anwendungsbereich ist weiter die strikte Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und eine valide Rechtfertigung erforderlich.

aa) Bankverträge unterfallen bereits nicht dem Anwendungsbereich des Artikel 30 Absatz 1

Nach Artikel 30 Absatz 1 soll die Übertragung schon grundsätzlich auf diejenigen „noch zu erfüllenden Verträge“ begrenzt sein, die für die Weiterführung des (verkauften) Unternehmens erforderlich sind und deren Aussetzung die Geschäftstätigkeit zum Erliegen brächte.

Wir halten es für zwingend erforderlich und sachgerecht, dass bereits mit Blick auf die Definition des Begriffs des „noch zu erfüllenden Vertrages“ klargestellt wird, dass Bankverträge (also alle Verträge mit Kreditinstituten, wie z.B. Giroverträge, Darlehensverträge, darlehensähnliche Verträge, wie Aval-Verträge, Stundungen oder sonstige Finanzierungshilfen und Sicherungsverträge, einschließlich der nach § 1 KWG erlaubnispflichtigen Bankgeschäfte) schon nicht unter diese Definition fallen können. Denn sie sind für die Weiterführung des (verkauften) Unternehmens nicht erforderlich. So ist nicht vorstellbar, dass ein Käufer ohne eigene Bankverbindung und Finanzierung auftritt, vielmehr sind eine eigene Bankverbindung mit eigenen Bankverträgen und einer Finanzierung zwingende Voraussetzung für den Unternehmens(teil)kauf.

Bankverträge sind insoweit vom europäischen Gesetzgeber auch nicht gemeint; vielmehr ging es ihm hier z.B. um für die Geschäftstätigkeit zwingend notwendige Lizenzen oder Kooperationen.

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

bb) Jedenfalls sind Bankverträge von der Definition der „noch zu erfüllenden Verträge“ als „Finanzkontrakte“ ausgeschlossen

Nur vorsorglich, soweit Bankverträge nicht bereits angesichts der Anforderungen des Artikel 30 Absatz 1 vom Anwendungsbereich ausgenommen werden sollten (vgl. oben unter aa)), sind sie jedenfalls nach der Definition des Begriffs „noch zu erfüllender Vertrag“ nach Artikel 2g als Finanzkontrakt auszuschließen.

Nach Artikel 2 g sind unter „noch zu erfüllenden Verträgen“ Verträge zwischen einem Schuldner und einer oder mehreren Gegenparteien zu verstehen, nach denen die Parteien zum Zeitpunkt der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (in der Liquidationsphase) noch Verpflichtungen zu erfüllen haben. Ausdrücklich ausgenommen sind „Finanzkontrakte“.

Hier sollte der Begriff des „Finanzkontrakts“ im Rahmen der nationalen Umsetzung - soweit Bankverträge nicht bereits vom Anwendungsbereich nach Artikel 30 Absatz 1 ausgenommen worden sein sollten (vgl. oben aa), - insoweit klargestellt werden, dass Bankverträge (s.o.) jedenfalls von dem Begriff des „Finanzkontrakts“ umfasst sind, denn Bankverträge sind in ihrem Kern immer Finanzverträge.

cc) Ausnahme von Bankverträgen nach Artikel 30 Absatz 2

Überdies können die Mitgliedstaaten nach Artikel 30 Absatz 2 vorsehen, dass - je nach Art des Vertrags, Art der Parteien oder Interessen des Unternehmens - die Zustimmung der Gegenpartei oder Gegenparteien des Schuldners gleichwohl erforderlich ist. Von dieser Mitgliedstaatenoption sollte bei der nationalen Umsetzung Gebrauch gemacht werden.

▪ **Bankverträge**

Vorsorglich ist darauf hinzuweisen, dass Bankverträge jedenfalls nach ihrer Vertragsart gemäß Artikel 30 Absatz 2 von einem zustimmungsfreien Übergang ausgeschlossen werden müssen.

Kreditinstitute sind bei Bankverträgen zu geldwäscherechtlichen Prüfungen und zur Einhaltung von geldwäscherechtlichen Kundensorgfaltspflichten, sog. „Know-Your-Customer“-Vorgabe (vgl. auch § 154 AO) verpflichtet, was bei einem zustimmungsfreien Vertragsübergang nicht befolgt werden kann.

▪ **Insbesondere: Kreditgeschäft (Darlehen, Avale, darlehensähnliche Verträge wie Stundungen oder sonstige Finanzierungshilfen und Sicherheitsvereinbarungen)**

Für das Kreditgeschäft treten überdies weitere bankaufsichtsrechtliche Vorgaben hinzu. Eine zustimmungsfreie Übertragung von Kreditverträgen auf einen anderen Schuldner würde zu Verstößen der Kreditinstitute gegen prudenzielle Anforderungen führen.

So sind Kreditinstitute im Kreditgeschäft zur Festlegung und Einhaltung von Geschäfts- und Risikostrategien sowie Kreditvergabestandards, einer risikoadäquaten Bepreisung, zur Kreditwürdigkeitsprüfung und Risikoklassifizierung anhand der wirtschaftlichen Verhältnisse des Darlehensnehmers verpflichtet. Entsprechende Anforderungen sind auf europäischer Ebene in der CRD, den EBA-Leitlinien zur Kreditvergabe und Überwachung (EBA/GL/2020/06) sowie die EBA-Leitlinien zum Management notleidender und gestundeter

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

Risikopositionen (EBA/GL/2018/06) geregelt, auf nationaler Ebene i.W. im KWG und dem Bafin-Rundschreiben zu den Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk). Nach der Klassifizierung des Kreditnehmers bzw. der einzelnen Positionen und ggf. Sicherheitenbestellung richtet sich auch die erforderliche Eigenkapitalunterlegung gemäß CRR. Fehlende Einflussmöglichkeiten auf den Eintritt eines anderen Schuldners (dessen wirtschaftliche und finanzielle Verhältnisse dem Institut häufig nicht bekannt sein werden) in bestehende Verträge würden zu Verstößen oder zumindest massiven Problemen bei der Einhaltung aufsichtsrechtlicher Anforderungen führen, bspw. durch fehlende Informationen für die Kreditwürdigkeitsprüfung und Risikoklassifizierung, Nichteinhaltung strategischer Vorgaben, Kreditvergabe- und/oder Pricing-Standards des Instituts, unklare Einordnung in die Risikopositionsklassen/-gewichte gemäß CRR.

Diese bankaufsichtsrechtlichen Verpflichtungen laufen einem zustimmungsfreien Übergang von notwendigerweise auf einen Darlehensnehmer abgestimmten Kreditverträgen und -konditionen auf einen anderen somit diametral entgegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch ein Girokontovertrag als typengemischter Vertrag regelmäßig Finanzierungsfunktionen z.B. in Gestalt eines Dispokreditvertrages mit sich bringt.

dd) Ausnahme für Nettingvereinbarungen nach Artikel 2g

Zutreffend nimmt Artikel 2g bereits bei der Definition des noch zu erfüllenden Vertrages auch *„Nettingmechanismen, einschließlich Close-out-Nettingmechanismen, auf Finanzmärkten, Energiemärkten oder Rohstoffmärkten, wenn solche Vereinbarungen nach nationalem Insolvenzrecht durchsetzbar sind“* zwingend aus. Diese Ausnahme ist wichtig, um sicher zu stellen, dass Nettingvereinbarungen vertragsgemäß beendet werden können und – ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei - nicht Gegenstand einer Übertragung, (insbesondere keiner Teil-Übertragung) sein können.

ee) Sonderkündigungsrecht nach Artikel 30 Absatz 3

Auch von der Mitgliedstaatenoption zur Regelung eines Sonderkündigungsrechts (Artikel 30 Absatz 3), das immer nur der letzte „Notnagel“ ist, sollte bei der nationalen Umsetzung zwingend Gebrauch gemacht werden. Dabei sollte die von der Richtlinie vorgegebenen Mindestfrist von drei Monaten nicht verlängert werden, um auch insoweit die im deutschen Recht einzuhaltende Verhältnismäßigkeit (s.o.) zu wahren.

Vor diesem Hintergrund sollte auch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, den Schuldner/Käufer zu verpflichten, zu beweisen, dass der Übergang die Gegenpartei nicht in unangemessener Weise beeinträchtigen würde.

b) Schutzmaßnahmen bei Verkauf an nahestehende Person

Auch von der Mitgliedstaatenoption in Artikel 35 Absatz 2 zur Regelung weiterer Schutzmaßnahmen für die Genehmigung und Ausführung des Verkaufs des Unternehmens durch eine dem Schuldner nahestehende Person sollte Gebrauch gemacht werden.

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

c) Zwischenfinanzierung

Die Privilegierung der Zwischenfinanzierung im Rahmen eines Pre-Pack-Verfahrens sollte entsprechend der Regelung im Rahmen des StaRUG (§§ 12, 89) gestaltet werden. Wichtig ist dabei, dass neben dem Zwischenkredit auch die Sicherheiten von der Privilegierung erfasst sind.

Für das Pre-Pack-Verfahren wäre es überdies sinnvoll, wenn der Gesetzgeber klarstellt, dass hier nicht das Erfordernis eines Sanierungskonzepts besteht.

Art. 36 Abs. 2 der Richtlinie erlaubt zwar einen Vorrang für Zwischenfinanzierungen. Beim StaRUG wurde das mit Bedacht nicht umgesetzt, um die Altkreditgeber zu schützen; dies sollte auch im Rahmen des Pre-Pack-Verfahrens beibehalten werden. Nach unserer Erwartung würden Kreditinstitute mit unechten Massendarlehen zur Verfügung stehen und über Masseverbindlichkeiten geschützt sein.

Ebenfalls abzulehnen ist die gesetzliche Regelung einer Privilegierung über Sicherungsrechte des Zwischenfinanzierers am Verkaufserlös (Art. 36 Abs. 3 lit. b) der Richtlinie). Denn das würde wohl zu einer endgültigen Entwertung der Forderungen der Altkreditgeber führen.

d) Freigabe von Sicherungsrechten

Von der Mitgliedstaatenoption, nach der eine Zustimmung der Inhaber gesicherter Forderungen für die Freigabe von Sicherungsrechten nicht erforderlich ist, (Artikel 38, Erwägungsgrund 51) sollte kein Gebrauch gemacht werden. Damit wäre ein ungerechtfertigter Eingriff in Vermögenspositionen der Sicherungsgeber verbunden.

Es sollte aber für die Verwertungshandlungen an Absonderungsrechten, die in den Händen der Gläubiger selbst liegen, ein Gleichlauf mit den für das normale Insolvenzverfahren geltenden Regelungen nach §§ 165 InsO hergestellt werden.

IV. Pflicht der Geschäftsleiter, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen und zivilrechtliche Haftung

1. Insolvenzantragspflicht

Wir sprechen uns dafür aus, die bewährten und sachgerechten Fristen des § 15a InsO beizubehalten.

2. Zivilrechtliche Haftung der Geschäftsleiter

Der deutsche Gesetzgeber sollte die aktuell bestehende sachgerechte, zivilrechtliche Haftung der Geschäftsleiter beibehalten.

V. Gläubigerausschüsse

Es sollte bei dem aktuellen Anwendungsbereich der Regelungen zu Gläubigerausschüssen im Regelverfahren (§§ 67 ff.) und zum Gläubigerbeirat (§ 93 StaRUG) bleiben. Der deutsche Gesetzgeber sollte, soweit dies zur

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

Beibehaltung der aktuellen Regelungen zu Gläubigerausschüssen erforderlich ist, von der Option des Artikel 4 Absatz 2 Gebrauch machen.

Außerdem sollten die Regelungen zu Gläubigerausschüssen nicht weiter verdichtet werden, da ansonsten insbesondere Gläubigerausschüsse in kleineren Verfahren noch weiter zurückgehen würden, als das ohnehin bereits der Fall ist. Die Umsetzung der Richtlinie sollte nicht dazu genutzt werden, die bisher knappen Regelungen der §§ 67 InsO zum Gläubigerausschuss weiter aufzustocken.

1. Einsetzung von Gläubigerausschüssen

Das Umsetzungsgesetz sollte – unter Nutzung der Mitgliedstaatenoptionen – an den bestehenden Regelungen zur Einsetzung der (vorläufigen) Gläubigerausschüsse (§§ 21 Absatz 2 Nr. 1a, 22a, 67 ff. InsO) festhalten.

2. Ernennung, Abberufung und Aufgaben der (Mitglieder der) Gläubigerausschüsse

Wir sprechen uns weiter dafür aus, dass im Rahmen der Richtlinien-Umsetzung die bestehenden Regelungen der §§ 67, 68, 22a, 21 Absatz 2 Nr. 1a InsO zur Ernennung und Auswahl der Gläubigerausschussmitglieder beibehalten werden. Zudem sollten §§ 69, 70 und 72 InsO beibehalten werden.

3. Aufgabe, Rechte und Pflichten der Gläubigerausschüsse

Von der Mitgliedstaatenoption des Artikel 48 Absatz 3, nach der Gläubigerausschüssen die Befugnis übertragen werden kann, bestimmte Entscheidungen oder Rechtshandlungen zu genehmigen, sollte zumindest insoweit Gebrauch gemacht werden, als das eine solche Genehmigung für alle Entscheidungen erforderlich ist, die für das Verfahren von besonderer Bedeutung sind (vgl. § 160 InsO).

4. Kosten und Vergütung

Die Kosten, die durch die Wahrnehmung der Aufgaben der Gläubigerausschüsse (Artikel 48) entstehen, sollten – wie es Artikel 49 Absatz 1 ermöglicht – von der Insolvenzmasse getragen werden und § 73 InsO i. V. m. §§ 17, 18 InsVV im Rahmen der Richtlinienumsetzung beibehalten wird.

5. Haftung

An der Regelung zur Haftung der Mitglieder der Gläubigerausschüsse nach § 71 InsO sollte festgehalten werden. In jedem Fall ist sicher zu stellen, dass den Mitgliedern der Gläubigerausschüsse ausreichend Flexibilität für wirtschaftliche Entscheidungen bleibt.

6. Auflösung der Gläubigerausschüsse

Ergänzend sollte eine Regelung für die Auflösung des Gläubigerausschusses insgesamt geschaffen werden.

Stellungnahme zu der nationalen Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts

VI. Notfallmaßnahmen

Die Regelung von Notfallmaßnahmen nach Artikel 52 erscheint insgesamt sinnvoll. Insbesondere die Abweichungsmöglichkeiten von den Vorgaben zur Insolvenzanfechtung und zur Insolvenzantragspflicht dürften angesichts der Erfahrungen im Rahmen der Corona-Pandemie grundsätzlich sinnvoll sein. Gleichwohl sollten deren Voraussetzungen eng ausgestaltet werden, um dem Ausnahmecharakter ausreichend Rechnung zu tragen.

VII. Aufspüren von Vermögenswerten, die zur Insolvenzmasse gehören

Wir sprechen uns aus Effizienzgründen für die Zentralisierung der Aufgaben im Zusammenhang mit dem Aufspüren von zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögenswerten auf ein Gericht pro OLG-Bezirk aus.

Gegen einen Zugriff der Insolvenzverwalter auf Bankkontoregister spricht u.E. die Sensibilität dieser Daten, die einen auf Gerichte beschränkten Zugriff vorzugswürdig erscheinen lässt. Umgekehrt würde ein direkter Zugriff der Insolvenzverwalter das Aufspüren von relevanten Vermögenswerten deutlich beschleunigen, woran gerade zum Schutz der Insolvenzmasse zugunsten der Gesamtgläubigerschaft ein besonderes Interesse besteht. Dementsprechend kommt ein direkter Zugriff der Insolvenzverwalter angesichts des besonderen Interesses an Beschleunigung allenfalls in Betracht, wenn alle erforderlichen Schutzmaßnahmen vorgegeben werden und deren Einhaltung überwacht wird; konkret also die Überprüfung des Vorliegens eines berechtigten Interesses (vgl. Artikel 15 Absätze 1, 3, 4) sowie der Einhaltung der Datenschutzvorgaben (Artikel 15 Absatz 5), der Sicherstellung des vertraulichen Umgangs mit den erhaltenen Daten (Artikel 15 Absatz 6) sowie der Protokollführung über jede Abfrage sowie deren regelmäßige Überprüfung (Artikel 17).
