Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V.
Bundesverband deutscher Banken e. V.
Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands e. V.
Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.
Verband deutscher Pfandbriefbanken e. V.

Die Deutsche Kreditwirtschaft

Stellungnahme

zum Vorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung einzelner Aspekte des Insolvenzrechts unter Berücksichtigung von Allgemeiner Ausrichtung des Rats und Bericht des Europäischen Parlaments

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

Kontakt:
[redacted]

Berlin, 2. September 2025

Federführer:
Bundesverband deutscher Banken e. V.
Burgstraße 28 | 10178 Berlin
Telefon: +49 30 1663-0
www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Stellungnahme zum Entwurf der Richtlinie zur Harmonisierung einzelner Aspekte des Insolvenzrechts unter Berücksichtigung von Allgemeiner Ausrichtung des Rats und Bericht des Europäischen Parlaments, 2. September 2025

Vorbemerkung

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 Europäische Kommission hat am 7. Dezember 2022 den Vorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung einzelner Aspekte des Insolvenzrechts (COM(2022) 702) final veröffentlicht. Der Rat hat am 23. Mai 2025 seine Allgemeine Ausrichtung zum Richtlinienentwurf abgeschlossen. Das Europäische Parlament hat schließlich seinen Bericht hierzu Mitte Juli 2025 mit Datum vom 1. Juli 2025 publiziert.

Sowohl der Bericht des Parlaments als auch die Allgemeine Ausrichtung des Rats stellen Verbesserungen im Hinblick auf den Richtlinienvorschlag dar, wobei die Allgemeine Ausrichtung das Ziel eines fairen Interessenausgleiches noch klarer verfolgt, so dass ihre Vorgaben weitgehend zu begrüßen sind und Eingang in die finale Richtlinie finden sollten.

Mit Blick auf das Trilogverfahren nimmt die Deutsche Kreditwirtschaft zum Richtlinienentwurf unter Berücksichtigung der Allgemeinen Ausrichtung des Rats sowie des Berichts des Europäischen Parlaments im Folgenden zu wesentlichen Punkten Stellung.

Dabei möchten wir vorab folgende Punkte hervorheben:

- Die Deutsche Kreditwirtschaft begrüßt es, dass sowohl das Europäische Parlament als auch der Rat eine Streichung des **Titels VI (Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen)** vornehmen. Allerdings sollte dabei nicht den ergänzenden Vorschlägen des Parlaments gefolgt werden, nach denen (1) Kleinstunternehmen im Falle der Zahlungsunfähigkeit Zugang zu einem Insolvenzverfahren haben, auch wenn sie kein ausreichendes Vermögen haben, um die Kosten des Verfahrens oder des Insolvenzverwalters zu decken und (2) die Kommission Leitlinien zur Verfügung stellt, um den Schwierigkeiten von KMU und Kleinstunternehmen und ihrem Bedarf an zusätzlichen Unterstützungsmaßnahmen bei Insolvenz und finanzieller Notlage Rechnung zu tragen.
- Das **Pre-pack-Verfahren gemäß Titel IV** des Kommissionsvorschlags muss überarbeitet werden. Hier sollten im Wesentlichen die sachgerechten Vorschläge des Rats in der Allgemeinen Ausrichtung, ergänzt durch sinnvolle Überlegungen des Berichts, übernommen werden.
- Die im Kommissionsvorschlag in **Titel II (Anfechtungsklagen)** enthaltenen Regelungen bedürfen einiger Nachbesserungen im Detail. Dies gilt auch für die

Definition der „dem Schuldner nahestehenden Person"; diese ist deutlich zu weit und auslegungsbedürftig geraten; sie sollte nicht beibehalten werden. Sowohl die geänderte Definition der Allgemeinen Ausrichtung als auch die des Berichts stellen insoweit Verbesserungen dar, die lediglich einzelner Klarstellungen bedürfen.

- Hinsichtlich der **Gläubigerausschüsse (Titel VII)** sind die Änderungsvorschläge des Rats (die weitgehend auch den Änderungen des Berichts entsprechen) zielführend.
- Ein angemessener Schutz für **Nettingvereinbarungen** ist sicherzustellen. Bericht und Allgemeine Ausrichtung enthalten bereits sinnvolle Regelungen. Diese müssen allerdings nachgebessert werden, damit ein ausreichender Schutz der Nettingvereinbarungen sichergestellt ist.
- Die in Bericht und Allgemeiner Ausrichtung vorgesehenen Klarstellungen zur **Mindestharmonisierung** sind richtig und sollten daher in die Richtlinie aufgenommen werden. Im Hinblick auf Titel IV erscheint die Klarstellung des Rats in Artikel 19 Absatz 2 der Allgemeinen Ausrichtung vorzugswürdig gegenüber der Mindestharmonisierungs-vorgabe des Berichts (vgl. Änderung 80, Artikel 3a (neu) Absatz 1).
- Die vom Rat vorgeschlagene **Umsetzungsfrist** von drei Jahren ist erforderlich und sollte übernommen werden.

Stellungnahme

I. Anfechtungsklagen, Titel II

1. Definition der dem Schuldner nahestehenden Person

Die im Kommissionsvorschlag enthaltene Definition der „dem Schuldner nahestehenden Person" ist deutlich zu weit und auslegungsbedürftig geraten; sie sollte nicht beibehalten werden. Sowohl die geänderte Definition der Allgemeinen Ausrichtung (Artikel 2 Absatz 1 Nr. 14) als auch die des Berichts (Änderungen 75 und 78, Artikel 3 Absatz 1) stellen insoweit Verbesserungen dar. Zur Vermeidung von Missverständnissen und Friktionen sollte aber noch vorsorglich klargestellt werden, dass mit „Personen" „natürliche Personen" gemeint sind, auch wenn sich dies im Ergebnis auch aus der Gesetzessystematik ergibt.

Im Hinblick auf den Begriff der „Kontrolle der Geschäfte des Schuldners" (Artikel 2 Absatz 1 (14) (a) (iv) der Allgemeinen Ausrichtung) sowie auf die Begriffe der „ähnlichen" „Aufgaben" bzw. „Funktionen" „wie Mitglieder der Geschäftsführung" ((Artikel 2 Absatz 1 (14) (a) (viii) der Allgemeinen Ausrichtung, Änderung 78, Artikel 3 Absatz -1, (b) (iii) des Berichts) sollte durch eine Definition oder eine Klarstellung in den Erwägungsgründen sichergestellt werden, dass nicht schon geringfügige Einflussmöglichkeiten als „Kontrolle" oder geschäftsführungsähnliche Aufgaben-/Funktionswahrnehmung gewertet werden. Dazu kann auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur „faktischen Geschäftsführung" zurückgegriffen werden. Diese setzt das Einnehmen einer de facto Position eines Geschäftsführers im Einverständnis mit den Gesellschaftern sowie das Auftreten im Außenbereich wie ein Geschäftsführer voraus und dass ein ggf. tatsächlich bestellter Geschäftsführer im Innen- und Außenbereich nicht nur punktuell

verdrängt wird. Nach der sogenannten "Sechs-von-acht-Regel" setzt eine faktische Geschäftsführung außerdem voraus, dass mindestens sechs der nachfolgend genannten acht Geschäftsfelder eines Unternehmens nicht nur punktuell übernommen werden: Bestimmung der Unternehmenspolitik, Unternehmensorganisation, Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern, Bestimmung der Gehälter, Gestaltung der Geschäftsbeziehung zu Vertragspartnern, Verhandlung mit Kreditgebern, Entscheidung von Steuerangelegenheiten, Kontrolle der Buchhaltung.

Der Begriff des „Verwaltungsorgans" (Artikel 2 Absatz 1 (14) (a) (v) und (vi) erscheint überdies zu unbestimmt und ausufernd und sollte gestrichen 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.

2. Erwägungsgründe zur kongruenten und inkongruenten Deckung sowie zum Bargeschäft

Erwägungsgrund 8 der Allgemeinen Ausrichtung regelt, dass die Befriedigung und Besicherung der Forderung der Gegenpartei „weit auslegt" werden sollte. Eine solch offen formulierte Vorgabe kann im Rahmen der (gerichtlichen) Auslegung zu Fehlinterpretationen führen; sie sollte deswegen gestrichen werden. Dasselbe gilt für die „nachträgliche Besicherung einer bisher ungesicherten Forderung, die nicht schon im ursprünglichen Schuldvertrag vereinbart war" als Beispiel für eine inkongruente Deckung, denn in dieser Absolutheit ist diese Aussage unzutreffend. Z.B. 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. Ebenfalls gestrichen werden sollte die in Erwägungsgrund 9 (bereits im Richtlinienvorschlag) enthaltene pauschale und unsachgerechte Vorgabe, nach der die Gewährung von Krediten keine Ausnahme im Sinne des Artikel 6 Absatz 3 (a)) darstellen kann.

3. Schicksal der schädigenden Rechtshandlung

Wie die Allgemeine Ausrichtung stellt auch der Bericht (u.a. in Artikel 4, vgl. Änderung 82) klar, dass Rechtshandlungen im Rahmen der Insolvenzanfechtung „nichtig, anfechtbar oder nicht vollstreckbar" sein können. Diese Änderung ist zu begrüßen. Wichtig ist aber auch die zusätzliche Klarstellung der Allgemeinen Ausrichtung in Erwägungsgrund 10a, dass die Mitgliedstaaten entscheiden, ob sie die schädigende Rechtshandlung ipso iure für nichtig halten, sie für unwirksam oder nicht vollstreckbar erklären oder die Nichtigerklärung dieser Rechtshandlung durch ein Gericht verlangen. Andernfalls bliebe unklar, wie diese Entscheidung getroffen werden soll.

4. Wirksamkeitsvoraussetzungen bei Rechtshandlungen

Sowohl der Bericht (mit Änderung 83, Artikel 4 Absatz 1a (neu)) als auch die Allgemeine Ausrichtung (Erwägungsgrund 5a) ermöglichen zutreffenderweise die Berücksichtigung des der Rechtssicherheit dienenden Rechtsgedankens, nach dem für die Wirksamkeit von Geschäften, die insoweit von der Eintragung in ein öffentliches Register abhängig sind, auf den bindend gewordenen Eintragungsantrag abzustellen ist (vgl. § 140 Absatz 2 Insolvenzordnung[1]). Darüber hinaus ermöglicht Erwägungsgrund 5 der Allgemeinen Ausrichtung die Beibehaltung der Regelung des deutschen Insolvenzrechts in § 140 Absatz 3 Insolvenzordnung. Auch dies ist zu begrüßen.

5. Unterlassen

Wie die Allgemeinen Ausrichtung (Artikel 2 Absatz 1 Nr. 6) verzichtet der Bericht bei der Definition der Rechtshandlung auf die Einbeziehung einer Unterlassung (vgl. Änderung 67, Artikel 2 Absatz 1 f)). Die Allgemeine Ausrichtung formuliert insoweit aber zumindest eine Mitgliedstaatenoption zur Ergänzung des Unterlassens im Rahmen der nationalen Umsetzung (vgl. Erwägungsgrund 6). Diese Regelung sollte übernommen werden.

6. Voraussetzung der Nachteiligkeit der Rechtshandlung /Verweis auf das nationale Recht für die Fälligkeit /Widerlegbarkeit von gesetzlichen Vermutungen

Die Allgemeine Ausrichtung legt konsequent und zutreffend für alle anfechtbaren Rechtshandlungen die Voraussetzung der „Nachteiligkeit" fest (vgl. dazu auch Änderung 85 des Berichts) und verlangt für jede gesetzliche Vermutung, dass diese widerlegbar ist. Ergänzt werden sollte dies noch im Hinblick auf die gesetzliche Vermutung einer Kenntnis, wenn es sich bei dem letzten Indossanten oder dem Dritten um eine dem Schuldner nahestehende Person handelt (vgl. Änderung 95 des Berichts, Artikel 6 Absatz 2 Unterabsatz 2). Ebenfalls begrüßenswert ist der Verweis auf das nationale Recht im Hinblick auf das Verständnis des Begriffs der Fälligkeit einer Forderung in Artikel 6 Absatz 1 (a) der Allgemeinen Ausrichtung (ebenso der Bericht in Änderung 86). Weil der Begriff der Fälligkeit aber auch anderweitig, z.B. bei Artikel 12, Artikel 6 Absatz 2 und Artikel 6 Absatz 3 Satz 2 verwendet wird, würde es sich zur Vermeidung von Missverständnissen anbieten, insoweit einen grundsätzlichen Verweis auf das nationale Recht zu regeln.

---

[1] § 140 Insolvenzordnung lautet:

§ 140 Zeitpunkt der Vornahme einer Rechtshandlung

(1) Eine Rechtshandlung gilt als in dem Zeitpunkt vorgenommen, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten.

(2) Ist für das Wirksamwerden eines Rechtsgeschäfts eine Eintragung im Grundbuch, im Schiffsregister, im Schiffsbauregister oder im Register für Pfandrechte an Luftfahrzeugen erforderlich, so gilt das Rechtsgeschäft als vorgenommen, sobald die übrigen Voraussetzungen für das Wirksamwerden erfüllt sind, die Willenserklärung des Schuldners für ihn bindend geworden ist und der andere Teil den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung gestellt hat. Ist der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf die Rechtsänderung gestellt worden, so gilt Satz 1 mit der Maßgabe, daß dieser Antrag an die Stelle des Antrags auf Eintragung der Rechtsänderung tritt.

(3) Bei einer bedingten oder befristeten Rechtshandlung bleibt der Eintritt der Bedingung oder des Termins außer Betracht.

7. Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal der Fahrlässigkeit und „in sonstiger Weise"

Ebenfalls zu begrüßen ist der zutreffende Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal der Fahrlässigkeit bei der Anfechtung der kongruenten Deckung (Artikel 6 Absatz 2), der Vorsatzanfechtung (Artikel 8), der Haftung von Dritten (Artikel 11) und der Anfechtungsregelung zum Scheck- und Wechselgeschäft (Artikel 6 Absatz 3 Satz 1 (b), Satz 2). Weiter sehen sowohl der Bericht als auch die Allgemeine Ausrichtung im Rahmen der Anfechtung der inkongruenten Deckung zutreffend von der Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „in sonstiger Weise" ab. Auch diese Änderungen sind zu begrüßen.

8. Keine Anfechtung von Rechtshandlungen zu Befriedigung oder Sicherung von Forderungen der Sozialversicherungsträger

Der Bericht ergänzt eine mögliche Ausnahme von der Anfechtbarkeit nach Artikel 6 Absatz 1 und Absatz 2 für Rechtsakte nach Maßgabe des nationalen Rechts, die der Befriedigung oder Sicherung von Forderungen der Sozialversicherungsträger dienen (Änderung 93). Diese Regelung erscheint nicht zwingend und sollte nicht in die Richtlinie übernommen werden.

9. Rechtsfolgen

Über den Bericht und den Kommissionsvorschlag hinaus stellt die Allgemeine Ausrichtung klar, dass die Rechtsfolge einer Insolvenzanfechtung nicht in einem Schadenersatz (so lassen sich Kommissionsvorschlag und Bericht ggf. verstehen) sondern in der Rückerstattung der erlangten Vorteile liegt (Artikel 9 Absatz 2). Das ist angemessen und sollte übernommen werden. Dasselbe gilt für die Beschränkung der Entreicherungseinrede auf die Anfechtung bei unentgeltlicher Leistung (Artikel 7 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Allgemeinen Ausrichtung).

10. Verjährung/Regelung des Schicksals der Gegenleistung nach Artikel 10 Absatz 2 des Kommissionsvorschlags

Anders als Kommissionsvorschlag und Bericht hat die Allgemeine Ausrichtung die Regelung einer dreijährigen Verjährung gestrichen. Dies ist unproblematisch, soweit hier - auch angesichts der Vorgabe zur Mindestharmonisierung nach Artikel 3a Absatz 1 der Allgemeinen Ausrichtung (Möglichkeit zum Vorsehen eines höheren Schutzniveaus zugunsten der Allgemeinheit der Gläubiger) - die nationalen Verjährungsregelungen Anwendung finden können. Entsprechendes gilt auch für die Streichung des Artikels 10 Absatz 2 des Kommissionsvorschlags, wenn eine entsprechende Regelung trotz Streichung im Rahmen der nationalen Umsetzung aufgenommen werden kann. .

II. Pre-pack-Verfahren/-Mechanismus, Titel IV

Die Regelungen der Allgemeinen Ausrichtung zum Pre-pack-Verfahren (einschließlich der Beschränkung des Anwendungsbereichs auf juristische Personen, vgl. Artikel 1 Absatz 3) sind

in weiten Teilen sehr gelungen und sollten, ergänzt durch sinnvolle Regelungen des Berichts, in die Richtlinie übernommen werden.

1. Definition: Best-Interest-Of-Creditors-Test

Dies gilt auch für die Definition des Begriffs des „Best-Interest-Of-Creditors-Test", den die Allgemeine Ausrichtung (in Artikel 2 Absatz 1 Nr. 8) um eine Mitgliedstaatenoption ergänzt hat, nach der die Mitgliedstaaten neben dem bereits im Kommissionsvorschlag enthaltenen Vergleich mit der Anwendung der normalen Rangfolge im Rahmen einer stückweisen Liquidation zusätzlich auch den Fall des nächstbesten Alternativszenarios zum Vergleich heranziehen dürfen. Der Gläubiger darf im Rahmen eines Pre-pack-Mechanismus nicht schlechter gestellt sein als in den Vergleichsszenarien. Diese Mitgliedstaatenoption ist sehr zu begrüßen, gewährleistet sie doch eine Absicherung gegen ungünstige Verkäufe zum Schaden der Gläubiger. Überdies schafft sie einen besseren Gleichlauf mit der Definition desselben Begriffs im Rahmen der Restrukturierungsrichtlinie. Aus denselben Gründen sollte die Definition weiter ergänzt werden durch die im Bericht vorgesehene Erweiterung (Änderung 69) um den Vergleich mit der Veräußerung des Unternehmens oder eines Teils davon als fortgeführtes Unternehmen (außerhalb des Pre-Pack-Verfahrens).

2. Definition: Pre-pack-Mechanismus i.V.m. Artikel 19 Absatz 1a und 20 Absatz 1

Hervorzuheben ist auch die von der Allgemeinen Ausrichtung nachgebesserte Definition des Begriffs des "Pre-pack-Mechanismus" (Artikel 2 Absatz 1 (11) i. V. m. Artikel 19 Absatz 1a und 20 Absatz 1), die klarstellt, dass die Verwertungsphase des Pre-pack-Mechanismus im Rahmen eines Insolvenzverfahrens abgewickelt wird. Diese Klarstellung ist zu begrüßen, vermeidet sie doch mögliche mit der Kommissionsfassung einhergehende Missverständnisse, das Pre-pack-Verfahren selbst stelle ein Insolvenzverfahren dar. Ein solches Verständnis würde ungünstige Friktionen verursachen, sind dort doch z. B. keine Vorgaben zur Erlösverteilung u. ä. enthalten.

3. Definition: Vorbereitungs- und Verwertungsphase

Auch die Definitionen der Begriffe „Vorbereitungsphase" und „Verwertungsphase" der Allgemeinen Ausrichtung sind zu begrüßen, stellen sie doch zutreffend klar, worauf beide Phasen jeweils abzielen. Diese Definitionen sollten in die Richtlinie aufgenommen werden.

4. Definition: Insolvenz und Geschäftsführer

Wie die Allgemeine Ausrichtung verweist auch der Bericht für die Definition der Begriffe "Insolvenz" und "Geschäftsführer" zutreffend auf das nationale Recht. Das sollte in die Richtlinie übernommen werden.

5. Geschäftsführungsbefugnis des Schuldners

Insbesondere unter der Voraussetzung, dass der Schuldner in der Vorbereitungsphase (nur) drohend zahlungsunfähig ist (vgl. Artikel 22a Absatz 6 der Allgemeinen Ausrichtung, Änderung 144 des Berichts), kommt in Betracht, ihn zu berechtigen, Handlungen der gewöhnlichen Geschäftsführung vorzunehmen (vgl. Artikel 19 Absatz 1a der Allgemeinen Ausrichtung). Zu weit geht es demgegenüber ihm – auch vor dem Hintergrund des geplanten Unternehmens(teil)-Verkaufs - zwingend auch die Kontrolle über seine Vermögenswerte zu belassen (vgl. so Artikel 22 Absatz 4 des Kommissionsvorschlags, Änderung 153 des Berichts). Dementsprechend sollte hier dem Vorschlag der Allgemeinen Ausrichtung gefolgt werden.

6. Verweis auf das nationale Recht

Artikel 19 Absatz 2 der Allgemeinen Ausrichtung legt fest, dass für alle in Titel IV nicht geregelten Fragen, einschließlich der Rangfolge der Forderungen und der Regeln für die Verteilung des Erlöses, der Art, des Umfangs und der Form der Gläubigerbeteiligung, der Verantwortlichkeiten und der Haftung des Schuldners und der Geschäftsführer des Schuldners sowie der Vergütung des Monitors und des Verwalters das nationale Recht gilt. Diese Klarstellung ist sehr zu begrüßen, gibt sie doch für die nationale Umsetzung eine klare Orientierung an den nationalen Regelungen der Insolvenzordnungen vor.

7. Inhaltlicher Rahmen für den Pre-pack-Mechanismus

Die neu eingefügten Artikel 22a Absatz 5 und Absatz 6 der Allgemeinen Ausrichtung sehen Mitgliedstaatenoptionen vor, nach denen die Vorbereitungsphase erst dann eingeleitet wird, wenn der Schuldner drohend zahlungsunfähig ist (vgl. insoweit auch Änderung 144 des Berichts) und nicht eingeleitet wird, wenn der Schuldner bereits zahlungsunfähig ist. Diese Möglichkeit, einen klaren Rahmen für den Pre-pack-Mechanismus zu setzen, ist zu begrüßen.

8. Ernennung des Monitors

Artikel 22 Absatz 1 der Allgemeinen Ausrichtung verweist für das Verfahren zur Ernennung des Monitors auf das nationale Recht, was zu begrüßen ist, denn dort bestehen bereits bewährte Verfahren zur vergleichbaren Ernennung des Insolvenzverwalters.

9. Pflichten des Monitors

Weiter werden in Artikel 22 Absatz 2 (der Kommissions- und der Berichtfassung) sowie in Artikel 22a Absatz 2 der Allgemeinen Ausrichtung die Pflichten des Monitors im Rahmen des Verkaufsprozesses festgelegt. Sowohl die Allgemeine Ausrichtung als auch der Bericht stellen eine Verbesserung im Hinblick auf die Bewertung des Verkaufsprozesses und des Best-Interest-Of-Creditors-Test (Bericht: Artikel 22 Absatz 2 Unterabsatz 1 b) und d), Änderungen 150 und 151; Allgemeine Ausrichtung: Artikel 22a Absatz 2 Satz 1 a) und c)), durch den Monitor dar. Anders als nach der Kommissionsfassung muss hier nämlich vom Monitor positiv festgestellt

werden, dass der Verkaufsprozess wettbewerbsorientiert, transparent, fair und den Marktstandards entsprechend ist und das beste Angebot keinen Verstoß gegen den „Best-Interest-Of-Creditors-Test" darstellt, wobei die Fassung des Berichts die Pflicht des Monitors in begrüßenswerter Weise noch etwas präziser fasst.

Allerdings wäre im Bericht – wie bei der Allgemeinen Ausrichtung – ferner eine Streichung des „offensichtlich" (in Artikel 22 Absatz 2 Unterabsatz 1 d)) erforderlich. Denn jeder (nicht nur ein offensichtlicher) Verstoß gegen den Best-Interest-Of-Creditors-Test muss dazu führen, dass der Verkauf nicht durchgeführt wird.

Auch die weitergehenden Ergänzungen des Berichts um eine Regelung zur Vorlage eines günstigen Best-Interest-Of-Creditors-Test durch den Insolvenzverwalter (Änderung 168) und zur Möglichkeit (des Monitors) einen Sachverständigen zur Wertermittlung in Anspruch zu nehmen (Änderung 149) sind sehr zu begrüßen. Diese Regelungen dienen zum einen der Entlastung des Monitors/Insolvenzverwalters und zum anderen verstärken sie das Vertrauen der Beteiligten in die Ordnungsmäßigkeit der Bewertung.

10. Moratorium

Weil eine sinnvolle übertragende Sanierung im Rahmen eines Pre-pack-Verfahrens im Interesse aller Gläubiger liegen dürfte und sie ohne die Zustimmung der betroffenen Gläubiger regelmäßig nicht erfolgsversprechend ist, bedarf es der im Kommissionsvorschlag in Artikel 23 vorgesehenen Regelung für ein Moratorium nicht.

Dementsprechend sollten sowohl die Änderung der Allgemeinen Ausrichtung, nach der die Regelung zum Moratorium (Artikel 23) zumindest als Mitgliedstaatenoption ausgestaltet ist, als auch die Änderung des Berichts, die die Voraussetzungen für ein solches Moratorium weiter schärft, übernommen werden. So ist nach Änderung 154 des Berichts als Voraussetzung für ein Moratorium statt der (im Kommissionsvorschlag vorgesehenen bloßen) Erleichterung einer reibungslosen und wirksamen Durchführung des Pre-pack-Verfahrens, erforderlich, dass das Moratorium für die erfolgreiche Durchführung des Pre-pack-Verfahrens wesentlich ist.

11. Aussetzung der Eröffnung der Verwertungsphase und Beendigung der Vorbereitungsphase

Die gemäß der Allgemeinen Ausrichtung neu eingefügten Artikel 23a und 23b regeln Mitgliedstaatenoptionen, nach denen

- die Eröffnung der Verwertungsphase ausgesetzt werden kann, wenn ein Gläubiger während der Vorbereitungsphase einen Insolvenzantrag stellt, sofern die Eröffnung unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger liegt (Artikel 23a),
- die Vorbereitungsphase zeitlich begrenzt werden kann (Artikel 23b Absatz 1) und
- die Vorbereitungsphase abgebrochen werden kann, wenn
    - der Schuldner nicht die erforderliche Unterstützung im Rahmen der Grundsätze des Vorbereitungsphase gemäß Artikel 22a Absatz 2 leistet,

- der Schuldner die Vorbereitungsphase nicht mit der gebotenen Sorgfalt durchführt oder
- die Vorbereitungsphase keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat.

Die Ergänzung dieser Mitgliedstaatenoptionen ist zu begrüßen, denn ohne hinreichende Aussicht auf Erfolg oder Engagement des Schuldners und der Gläubiger (bei Vorliegen von Insolvenzgründen) macht die Durchführung des Verfahrens keinen Sinn.

12. Marktpreis bei nur einem Angebot

Zutreffend streicht die Allgemeine Ausrichtung die unsachgerechte und mißbrauchsanfällige Regelung des Kommissionsvorschlags, nach der in dem Fall, dass nur ein verbindliches Angebot vorliegt, davon auszugehen ist, dass dieses dem Marktpreis des Unternehmens entspricht (Artikel 24 Absatz 2).

13. Verkaufsgenehmigung

Nach Artikel 26 Absatz 1 der Allgemeinen Ausrichtung soll das Gericht/die zuständige Behörde bei Eröffnung der Verwertungsphase die Veräußerung des Geschäfts des Schuldners oder eines Teils davon – nach Wahl der Mitgliedstaaten - zumindest in einem der folgenden Fälle genehmigen:

- wenn der Monitor im Hinblick auf den von ihm vorgeschlagenen Erwerber eine Stellungnahme abgibt, die bestätigt, dass der in der Vorbereitungsphase durchgeführte Verkaufsprozess den Anforderungen des Artikels 22a Absatz 1 (Verkaufsprozess ist fair, wettbewerbsorientiert, transparent und den Marktstandards entsprechend) entspricht und das Gericht oder die zuständige Behörde davon überzeugt ist, dass die Anforderungen des Artikels 22a Absätze 1 und 2 (Begründung des Monitors zu Absatz 1, Empfehlung des besten Bieters durch den Monitor und Angabe, dass das beste Gebot keinen Verstoß gegen den Best-Interest-Of-Creditors-Test darstellt) erfüllt sind;
- wenn der Erwerber in einer öffentlichen Versteigerung ausgewählt wird, wenn die Mitgliedstaaten eine solche Versteigerung im Rahmen des Pre-pack-Mechanismus gemäß Artikel 22a Absatz 3 vorsehen, oder
- wenn die Veräußerung an den Erwerber von den Gläubigern gemäß Artikel 22a Absatz 4 (nach den Vorgaben im nationalen Recht) genehmigt wird. Für diesen Fall regelt der neu eingefügte Artikel 26 Absatz 1a eine Mitgliedstaatenoption, nach der von der Zustimmung des Gerichts oder der zuständigen Behörde abgesehen werden kann.

Diese den Mitgliedstaaten sowohl alternativ als auch kumulativ zur Wahl stehenden Varianten zur Gestaltung des nationalen Verkaufsprozesses sind sehr zu begrüßen, sorgen sie zum einen doch für ein Mindestmaß an Vereinheitlichung und ermöglichen es den Mitgliedstaaten zugleich, bewährte nationale Verfahren beizubehalten. Insbesondere die Möglichkeit, den betroffenen Gläubigern die Genehmigung des Verkaufs (ohne Einschaltung eines Gerichts oder einer Behörde) zu überlassen, ist dabei hervorzuheben. Ergänzt werden könnte eine solche Regelung (in Abwandlung der Änderung 159 des Berichts) durch die Möglichkeit des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung, alternativ die Durchführung einer

öffentlichen Versteigerung zu veranlassen. Damit würde den Gläubigern ein Instrument an die Hand gegeben, z.B. bei einem zu geringen Kaufangebot, einen angemessenen Kaufpreis zu incentivieren bzw. erzielen.

14. Bewertung als fortgeführter Betrieb

Nach dem in der Allgemeinen Ausrichtung neu eingefügten Artikel 26 Absatz 3 Unterabsatz 1 können Mitgliedstaaten vorsehen, dass auf Entscheidung des Gerichts oder der zuständigen Behörde

- von Amts wegen oder
- für den Fall, dass ein Gläubiger die Erklärung des Monitors (nach Artikel 22a Absatz 2 c)) mit der Begründung angreift, dass das beste Angebot nicht dem Best-Interest-Of-Creditors-Test entspricht,

eine Bewertung des Unternehmens des Schuldners als fortgeführter Betrieb vorgenommen wird. Ist nach nationalem Recht für die Veräußerung des Unternehmens des Schuldners oder eines Teils davon die Zustimmung der Gläubiger erforderlich, so können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass diese Entscheidung von den Gläubigern ohne Mitwirkung des Gerichts oder der zuständigen Behörde getroffen werden kann (Artikel 26 Absatz 3 Unterabsatz 2).

Diese Ausgestaltung zur Veranlassung einer Bewertung als fortgeführter Betrieb ist insgesamt sehr zu begrüßen, auch weil sie die notwendige Gläubigerbeteiligung weiter stärkt.

15. Übernahme von für die Fortführung notwendigen Verträgen

Im Hinblick auf die grundsätzlich zustimmungsfreie Übernahme von für die Fortführung des Unternehmens(teils) notwendigen noch zu erfüllenden Verträgen (executory contracts) bleibt es in der Allgemeinen Ausrichtung und im Bericht bei der entsprechenden in den Kommissionsvorschlag aufgenommenen Grundregel (Artikel 27 Absatz 1).

Diese Regelung ist jedoch abzulehnen. So verstößt sie zum einen schon gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit und ist überdies nicht erforderlich: Sind geeignete Gläubiger nicht freiwillig bereit, den insolventen Schuldner gegen den solventen Erwerber als Vertragspartner auszutauschen, dürfte die gesamte übertragende Sanierung nicht zielführend sein.

Dessen ungeachtet fallen jedenfalls die Geschäftsbeziehungen zu Kreditinstituten, wie z.B. Kredit- und Sicherungsverträge, nicht unter die für die Unternehmensfortführung „notwendigen noch zu erfüllenden Verträge". Zum einen sind solche Verträge nicht gemeint, vielmehr geht es um Verträge des „faktischen" Geschäftsbetriebs, wie z.B. Miet- oder Lieferverträge. Der Finanzbedarf des Erwerbers dürfte sich demgegenüber von demjenigen des Schuldners unterscheiden. Überdies ist kaum vorstellbar, dass ein Käufer einen Unternehmenskauf ohne Hausbank und eigene Finanzierung plant.

Gleichwohl verbessert die Allgemeine Ausrichtung die Regelung deutlich, insbesondere indem sie eine Ausnahme in Artikel 27 Absatz 1a (vgl. auch Änderung 160 des Berichts) und ein Kündigungsrecht in Artikel 27 Absatz 1b jeweils als Mitgliedstaatenoption regelt.

a) Erforderliche Ausnahmeregelung

Nach Artikel 27 Absatz 1a der Allgemeinen Ausrichtung können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Zustimmung des Vertragspartners in Abhängigkeit von

- der Art des Vertrags,
- der Qualität/Eigenschaften der Parteien oder
- der Interessen des (verkauften) Unternehmens

gleichwohl erforderlich ist (vgl. auch Änderung 160 des Berichts des Parlaments).

Eine solche Regelung ist zur Schaffung eines Mindestmaßes an Ausgleich angesichts des erheblichen Eingriffs in die Vertragsfreiheit dringend erforderlich. Würde beispielsweise die Geschäftsbeziehung zu Kreditinstituten der Grundregelung des Artikel 27 Absatz 1 unterfallen, müsste sie jedenfalls unter diese Ausnahmeregelung des Artikel 27 Absatz 1a subsumiert werden, denn Kreditinstitute unterliegen vielfältigen aufsichts- und zivilrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf ihre Vertragspartner, was den vorgesehenen Vertragspartnerwechsel ohne Ansehung der Person im Ergebnis ausschließt.

Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang auch die in Änderung 29 des Berichts vorgesehene Ergänzung der Erwägungsgründe, nach der ein Gericht im Einzelfall entscheiden können soll, ob eine Zustimmung erforderlich ist, um die Interessen der Gegenparteien des Schuldners zu schützen. Eine solche Einzelfallentscheidung würde keine ausreichende Rechtssicherheit und -klarheit schaffen, die aber notwendig ist, damit die betroffenen Gläubiger mögliche erzwungene Vertragspartnerwechsel bereits bei Vertragsabschluss im Rahmen der Risikobetrachtung und -bewertung berücksichtigen können.

b) Erforderliches Kündigungsrecht

Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten dem Vertragspartner nach Artikel 27 Absatz 1b der Allgemeinen Ausrichtung (unter Streichung des Absatz 2 der Kommissionsfassung) – unbeschadet anderer Kündigungsrechte nach nationalem Recht – gestatten, den übernommenen Vertrag innerhalb von drei Monaten nach der Übernahme zu kündigen. Auch diese Möglichkeit stellt einen wichtigen Ausgleich dar.

c) Erforderliche Klarstellung

Dazu ergänzt Erwägungsgrund 28aa der Allgemeinen Ausrichtung sachgerecht, dass die Bestimmungen über die automatische Übernahme von Verträgen an den Erwerber nicht das Recht der Gegenpartei berühren, den Vertrag gemäß den geltenden Bestimmungen zu kündigen. Entsprechendes gilt für das Recht der Gegenpartei, auf die im geltenden Vertragsrecht vorgesehenen Maßnahmen zurückzugreifen, die darauf abzielen, die

ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners im Falle der Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung sicherzustellen. Beispiele sind das Recht der Gegenpartei, eine Kaution oder Sicherheitsleistungen zu verlangen, oder das Recht, die Erfüllung vor oder nach der Vertragsübernahme zurückzuhalten.

d) Fazit

Diese Ergänzungen einer Ausnahmeregelung, eines Kündigungsrechts und einer Klarstellung zu den unverändert fortbestehenden Rechten der Gegenpartei sichern ein Mindestmaß an Ausgleich angesichts des erheblichen Eingriffs der Ausgangsregelung in die Vertragsfreiheit und sind sämtlich sehr zu begrüßen.

15. Kündigung von Verträgen durch das Gericht

Der Bericht ergänzt die Regelung des Kommissionsvorschlags, nach der noch zu erfüllende Verträge (executory contracts) - mit Ausnahme von laufenden Verträgen in Bezug auf Lizenzen für Rechte am geistigen oder gewerblichen Eigentum - durch Gerichtsbeschluss gekündigt werden können (Artikel 27 Absatz 2) um eine weitere Ausnahme für Kredit- oder Finanzverträge (Änderung 162 und 29). Der Hintergrund der Änderung 162 sowie der Änderung 29 ist unklar, sie sind abzulehnen. Vielmehr ist es umgekehrt erforderlich, dass diese Verträge schon nicht unter die zustimmungsfreie Abtretungsregelung fallen, denn Kreditinstitute sind zivil- und aufsichtsrechtlich im Hinblick auf die Vertragspartner und -parameter von Finanzverträgen beschränkt (siehe dazu oben).

16. Schutz der Interessen der Gläubiger

Auch Artikel 34 Absätze 3 und 4 der Allgemeinen Ausrichtung sind zu begrüßen. Sie regeln, dass

- Sicherungsrechte oder andere Belastungen im Laufe des Pre-pack-Mechanismus unter denselben Voraussetzungen freigegeben werden, die für die Abwicklung des Insolvenzverfahrens nach nationalem Recht gelten würden und
- Mitgliedstaaten, deren Recht die Freigabe von Sicherungsrechten von der Zustimmung der Inhaber gesicherter Forderungen zum Insolvenzverfahren abhängig macht, von diesem Zustimmungserfordernis abweichen können (vgl. auch Erwägungsgrund 28c).

Damit können Mitgliedstaaten zutreffend an einem Zustimmungserfordernis im Hinblick auf die Sicherheiten-Freigabe festhalten, was von wesentlicher Bedeutung ist, um Kreditsicherheiten nicht insgesamt zu entwerten. Zur weiteren Klarstellung, dass nicht sämtliche Sicherheiten und Belastungen im Pre-Pack-Verfahren freizugeben sind, könnte in Betracht gezogen werden, zu formulieren, dass *„Sicherungsrechte oder andere Belastungen im Laufe des Pre-Pack-Verfahrens unter denselben Voraussetzungen freigegeben werden ‚können', die für Insolvenzverfahren nach nationalem Recht gelten würden*."

Demgegenüber ist die Änderung 163 des Berichts nach der der Erwerber – wenn er die Schulden und Verbindlichkeiten des Unternehmens übernehmen will - entscheiden kann, ob er die Schulden und Verbindlichkeiten des Unternehmens allein oder gemeinsam mit dem Schuldner übernimmt, abzulehnen. Denn es sollte vielmehr zwingend sein, dass es sich um eine gesamtschuldnerische Haftung von Erwerber und Verkäufer für die Verbindlichkeiten des Unternehmens handelt.

17. Verkauf an Partei, die dem Schuldner nahesteht

Die Allgemeine Ausrichtung zieht mit der ergänzenden Vorgabe einer Bewertung als fortgeführtes Unternehmen bei einem Verkauf an eine Partei, die dem Schuldner nahesteht, nach Artikel 26 Absatz 1 a) eine erforderliche Schutzmaßnahme gegen ein missbräuchliches Vorgehen ein; dementsprechend sollte auch diese Regelung übernommen werden.

18. Zwischenfinanzierung

Während die Kommissionsfassung den Zwischen-Finanzierern in einem späteren Insolvenzverfahren überschießend einen Vorrang vor anderen höher- oder gleichrangigen Forderungen einräumt (Artikel 33), sieht die Allgemeinen Ausrichtung stattdessen deutlich angemessener vor, dass die Zwischenfinanzierung anfechtungsfest ist (Absatz 1 b) und eine zivil-, verwaltungs- und strafrechtliche Haftung wegen Schäden für die Allgemeinheit der Gläubiger ausgeschlossen ist, es sei denn, das nationale Recht sieht andere Haftungsgründe vor (Absatz 1c).

Auch die Änderung des Artikels 33 Absatz 2 in der Allgemeinen Ausrichtung in eine Mitgliedstaatenoption (statt einer zwingenden Vorgabe, wie im Kommissionsvorschlag) ist zu begrüßen. Absatz 2 sieht vor, dass Mitgliedstaaten vorbehaltlich der Rangfolge der während des Insolvenzverfahrens entstehenden Forderungen vorsehen können, dass

- den Anbietern von Zwischenfinanzierungen Sicherungsrechte an den Verkaufserlösen gewährt werden können, um die Rückzahlung zu sichern und
- die Zwischenfinanzierung mit dem im Rahmen des zugeschlagenen Angebots zu zahlenden Preis verrechnet werden kann.

Diese Änderungen sind erforderlich, damit im Rahmen einer nationalen Umsetzung auch die Interessen der Altgläubiger angemessen berücksichtigt werden können.

Um den Anwendungsbereich klarer zu fassen, sollte ggf. der Begriff der Zwischenfinanzierung (einschließlich Zeitraum, Ziel und Kreditnehmer) definiert werden.

19. Ziel des Pre-Pack- und Insolvenzverfahrens

Zu begrüßen ist auch die Klarstellung u.a. in Erwägungsgrund 22a der Allgemeinen Ausrichtung, dass das Hauptziel des Pre-Pack- und Insolvenzverfahrens darin besteht, die Gläubigerforderungen bestmöglich zu befriedigen. Dieses Ziel formuliert auch der Bericht

zutreffend in Änderung 147 (auch wenn der Anknüpfungspunkt insoweit nicht übernommen werden sollte).

III. Liquidationsverfahren für Kleinstunternehmen, Titel VI

Sowohl der Bericht als auch die Allgemeine Ausrichtung sehen die vollständige Streichung dieses im Kommissionsvorschlag unter Titel VI vorgesehenen Verfahrens vor.

Diese Streichung ist sehr zu begrüßen. Denn ein solches für den Großteil der Unternehmensinsolvenzverfahren einschlägiges Verfahren würde den Umgang mit Insolvenzen in vielen Mitgliedstaaten deutlich verschlechtern, die Verfahren missbrauchsanfälliger machen und das Vertrauen in die Fairness des Verfahrens stören, was frühzeitige und insolvenzfördernde Rückzüge aus Vertragsbeziehungen zur Folge haben könnte.

Als Kompensation sollte hier aber nicht dem Vorschlag des Berichts gefolgt werden, nach dem die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass Kleinstunternehmen im Falle der Zahlungsunfähigkeit Zugang zu einem Insolvenzverfahren haben, wenn der Schuldner kein Vermögen hat oder sein Vermögen nicht ausreicht, um die Kosten des Verfahrens oder die Kosten für die Einschaltung des Insolvenzverwalters zu decken (Änderung 80, Artikel 3a (neu) Absatz 3). Ein derartiges Vorgehen wäre deutlich zu kostenintensiv ohne im Gegenzug einen relevanten Vorteil zu schaffen. Auch Änderung 192 des Berichts (Artikel 69a) ist abzulehnen; es bedarf keiner Leitlinien der Kommission zur Unterstützung von KMU und Kleinstunternehmen bei Insolvenz und finanzieller Notlage. Insoweit ist bereits unklar, welche „Schwierigkeiten" und welcher „Bedarf an zusätzlichen Unterstützungsmaßnahmen" gemeint sind.
Ohne vertiefte Analyse von tatsächlichen Bedarfen, Vor- und Nachteilen von weitergehenden Vorgaben und Beteiligung aller betroffenen Stakeholder sollte – nicht zuletzt im Rahmen der europäischen Agenda zum Abbau von Bürokratie und Regulierungen - keine Anforderung an weitere Regelwerke getroffen werden.

IV. Gläubigerausschüsse, Titel VII

Im Hinblick auf Titel VII sind die Regelungen der Allgemeine Ausrichtung grundsätzlich zu begrüßen. Angesichts der Haftungsvorgaben im Hinblick auf die Mitglieder des Gläubigerausschusses ist eine Regelung, nach der die Mitglieder des Gläubigerausschusses bei der Wahrnehmung der Aufgaben des Ausschusses „in gutem Glauben" handeln sollen (Bericht, Änderung 181) nicht erforderlich und zudem inhaltlich unklar. Zu begrüßen ist demgegenüber die vollständige Streichung der im Kommissionsvorschlag vorgesehenen Regelung zur Anzahl der Mitglieder des Gläubigerausschusses im Bericht des Parlaments (Änderung 182).

V. Schlussbestimmungen, Titel IX

1. Sofortmaßnahmen

Zu begrüßen ist die in Allgemeinen Ausrichtung neu eingefügte Bestimmung zu „Sofortmaßnahmen" (Artikel 68a), die es den Mitgliedstaaten ermöglicht, in außergewöhnlichen Situationen vorübergehend von der Anwendung der Regelungen in den Titeln II, V und VII abzuweichen. Die Corona-Pandemie hat gezeigt, dass solche Maßnahmen in Ausnahmesituationen erforderlich sind.

2. Arbeitnehmerrechte

Während die Allgemeine Ausrichtung in einem neuen Artikel 68b klarstellt, dass die kollektiven Rechte der Arbeitnehmer durch die Bestimmungen in den Titeln IV und VII nicht beeinträchtigt werden, regelt der Bericht (Änderung 149, Artikel 19a und Änderung 81, Artikel 3b) überschießend, dass die Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Titels IV dafür Sorge zu tragen haben, dass die Auswirkungen auf die Arbeitnehmer so weit wie möglich berücksichtigt werden, um die Beschäftigung zu erhalten.

Mit dem überschießenden Vorschlag des Berichts zu Arbeitnehmerrechten würde der Fokus der Maßnahme von der Befriedigung der Gläubiger (vgl. zu diesem Ziel auch Änderung 147 des Berichts und Erwägungsgrund 22a der Allgemeinen Ausrichtung) hin zu einem vorrangigen Beschäftigungserhalt verschoben werden, was unangemessen erscheint. Unternehmenssanierungen sollten nicht durch die Vorgabe eines vorrangigen Beschäftigungserhalts erschwert werden. Dementsprechend erscheint der Kommissionsvorschlag, der insoweit keine Regelungen enthält, oder allenfalls die ergänzende Regelung der Allgemeinen Ausrichtung vorzugswürdig gegenüber dem Vorschlag des Berichts.

3. Umsetzungsfrist

Auch die in der Allgemeinen Ausrichtung auf drei Jahre (inklusive Verlängerungsmöglichkeit) ausgedehnte Umsetzungsfrist ist angesichts der Komplexität der Materie und des Erfordernisses, auch den Stakeholdern ausreichende Zeiträume zur Bewertung der Auswirkungen und zur Umstellung von IT und Ablauforganisation zu gewähren, dringend erforderlich.

4. Mindestharmonisierung

Der Bericht enthält mit der Allgemeinen Ausrichtung vergleichbare Regelungen zur Mindestharmonisierung bei den Titeln II, III und VII. Während die Allgemeine Ausrichtung ergänzend noch eine entsprechende Regelung zu Titel V vorsieht (vgl. dort Artikel 3a Absatz 1), regelt der Bericht entsprechendes für Titel IV (vgl. Änderung 80, Artikel 3a (neu) Absatz 1).

Sämtliche Klarstellungen zur Mindestharmonisierung sind grundsätzlich zu begrüßen, geht es doch im Wesentlichen darum, im Rahmen der nationalen Umsetzung eine höheres Schutzniveau für die Gesamtheit der Gläubiger, eine stärkere Gläubigerbeteiligung und eine Erleichterung des Zugangs von Insolvenzverwaltern zu Informationen über zur Insolvenzmasse gehörende Vermögensgegenstände zu ermöglichen. Gleichwohl ist im Hinblick auf Titel IV die Klarstellung des Rats in Artikel 19 Absatz 2 der Allgemeinen Ausrichtung vorzugswürdig gegenüber der Mindestharmonisierungsvorgabe des Berichts (vgl. Änderung 80, Artikel 3a (neu) Absatz 1), eröffnet Artikel 19 Absatz 2 doch eine bessere Anpassung an die querschnittartigen Verbindungen in andere nationale Rechtsvorgaben.

5. Allgemeine Grundsätze

Nicht in die Richtlinie übernommen werden sollte auch die zu pauschale Regelung des Berichts zu Artikel 1 Absatz 1 (Änderung 57) sowie die Erwägungsgründe 4a und 5a des Berichts (Änderung 5 und 6).

VI. Angemessener Schutz für Nettingvereinbarungen

Die folgenden Aspekte des Richtlinienvorschlags können den Betrieb und die Kernfunktionen von Netting-Vereinbarungen erheblich beeinträchtigen. Dies würde alle Gegenparteien, die derzeit auf Netting-Vereinbarungen zur effektiven Reduzierung und Steuerung von Risiken angewiesen sind, exponentiell höheren Risiken aussetzen:

- Möglichkeit zur Übertragung/Kündigung von Netting-Vereinbarungen oder Teilen davon:

  Die Möglichkeit, ohne Zustimmung der Gegenpartei zu übertragen und/oder zu kündigen, würde, wenn sie auch für Netting-Vereinbarungen (einschließlich aller damit verbundenen Sicherheitenvereinbarungen und aller darunter fallenden Transaktionen und Positionen) ganz oder teilweise gelten würde, die zentrale Funktion einer Netting-Vereinbarung außer Kraft setzen. Diese besteht darin sicherzustellen, dass das Gesamtengagement beider Seiten auf den Nettogesamtbetrag aller Positionen in Krisenzeiten (insbesondere bei Insolvenz) auf den Netto-Gesamtbetrag aller Positionen festgelegt/begrenzt wird und dass keine Partei bestimmte Elemente der Netting-Vereinbarung als Ganzes „herauspicken" kann.

- Anfechtungsklagen gegen Netting-Vereinbarungen:

  Die Möglichkeit, Anfechtungsklagen gegen den Abschluss von Netting-Vereinbarungen und/oder Operations-Netting-Vereinbarungen (einschließlich aller damit verbundenen Sicherheitenvereinbarungen und aller darunter fallenden Transaktionen und Positionen) gemäß den Vertragsbedingungen zu erheben, würde ebenfalls die Kernfunktionen und den Zweck von Netting-Vereinbarungen beeinträchtigen. Der Grund dafür ist, dass dies eine selektive Auswahl und/oder eine effektive Auflösung der einzelnen Vereinbarung ermöglichen würde, die durch die von beiden Parteien zur Minderung und Reduzierung

ihrer Gegenparteirisiken verwendete Netting-Vereinbarung gebildet wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn Anfechtungsklagen in Bezug auf bestimmte Transaktionen und/oder eine Übertragung oder Rückgabe von Sicherheiten gemäß den Bedingungen der Sicherheitenvereinbarung (die tägliche Margenanpassungen und die Hinterlegung zusätzlicher „Anfangsmargen" erfordern kann) geltend gemacht werden könnten.

- Aussetzungen (sog. Stays), die sich auf Netting-Vereinbarungen auswirken

  Aussetzungen (sog. Stays), die sich auf die Wirksamkeit einer Netting-Vereinbarung auswirken, würden erneut die zentrale risikomindernde Funktion einer Netting-Vereinbarung ernsthaft untergraben. Diese besteht darin, dass das Risiko beider Parteien aus allen Positionen im Falle einer Insolvenz oder anderer Krisen auf den Nettoausgleichsbetrag zu begrenzen. Eine Aussetzung der Möglichkeit, die Vereinbarung zu kündigen, um das Risiko gemäß den Bedingungen der Vereinbarung zu begrenzen, würde beide Parteien während der Dauer der Aussetzung einem potenziell exponentiellen Anstieg des Risikos aus der nicht gekündigten Netting-Vereinbarung aussetzen. Und zwar, ohne dass sie in der Lage wären, dieses Risiko auf wirksame Weise zu steuern (z. B. durch die Forderung zusätzlicher Sicherheiten). Aus diesem Grund begrenzt die BRRD die Aussetzung auf maximal 48 Stunden und sieht außerdem einen weiteren Schutz für die Anwendung von Netting-Vereinbarungen vor.

In Bericht und Allgemeiner Ausrichtung sind diese Aspekte zum Teil bereits aufgegriffen worden. Nachbesserungen sind aber noch erforderlich, um weiterhin das Funktionieren von Netting-Vereinbarungen zu gewährleisten.

Im Einzelnen sind folgende (weiteren) Änderungen erforderlich:

1. Anfechtungsklagen / Nettingvereinbarungen

Bericht und Allgemeine Ausrichtung sehen hierzu eine Ergänzung in Artikel 6 Abs. 3 vor durch lit d bzw. lit cb. Die vom Europäischen Parlament und vom Rat vorgeschlagenen Ergänzungen zu Artikel 6 Abs. 3 (die wortgleich sind) sind sehr hilfreich, weil sie sicherstellen sollen, dass der Abschluss von Netting-Vereinbarungen und die Durchführung solcher Netting-Vereinbarungen nicht anfechtbar sind.

Es wäre hilfreich, darüber hinaus klarzustellen, dass dies für die Netting-Vereinbarung als Ganzes mit allen Komponenten/Elementen gilt. Dies sind alle Sicherheitenvereinbarungen und alle darunter fallenden Transaktionen, z. B. die Übertragung oder Rückgabe von Sicherheiten gemäß den Bedingungen der Sicherheitenvereinbarung (die tägliche Margenanpassungen erfordern kann), und einschließlich der Anfangsmargen (zusätzliche Margenanforderungen).

2. Noch zu erfüllende Verträge (executory contracts) / Nettingvereinbarungen

Bericht und Allgemeine Ausrichtung greifen dies auf, indem Artikel 2 lit g (Bericht) bzw. Artikel 27 Abs. 1a (Allgemeine Ausrichtung) ergänzt wird.

Der Bericht sieht eine Ausnahme für Netting in der Definition von noch zu erfüllenden Verträgen in Artikel 2 lit g vor. Die vorgeschlagene Einführung einer Ausnahme für „Finanzkontrakte", insbesondere „Netting-Vereinbarungen", aus der Definition würde Netting-Vereinbarungen vor jeder Abtretung, insbesondere einer teilweisen Abtretung, der Netting-Vereinbarung und der darunter fallenden Transaktionen schützen. Es wäre jedoch hilfreich, klarzustellen, dass diese Ausnahme darauf abzielt, die Aufrechnungsvereinbarung einschließlich aller damit verbundenen Sicherheitenvereinbarungen und aller darunter fallenden Transaktionen und Positionen als Ganzes zu schützen (Klarstellung des Schutzes der einzelnen Vereinbarung vor einer teilweisen Übertragung und/oder selektiver Auswahl).

Die Allgemeine Ausrichtung schlägt eine Änderung des Artikel 27 durch Ergänzung eines neuen Abs. 1a vor. Die vorgeschlagene Einführung der Opt-in-Regelung für die Zustimmungspflicht ist hilfreich, da sie es den Mitgliedstaaten zumindest ermöglichen würde, ein gewisses Maß an Schutz einzuführen, um die Abtretung der Aufrechnungsvereinbarung ohne Zustimmung zu verhindern. Da es sich jedoch um eine Opt-in-Regelung und nicht um einen gemeinsamen Mindeststandard handelt, wird dies zu einer weiteren Fragmentierung in der EU führen und damit die Rechtsunsicherheit bei grenzüberschreitenden Transaktionen innerhalb der EU erhöhen. Daher sollte erwogen werden, diese Änderung als Mindeststandard und nicht als Opt-in einzuführen. Darüber hinaus wäre es wie im Fall des Vorschlags des Europäischen Parlaments hilfreich, klarzustellen, dass sich der Schutz vor einer Abtretung ohne Zustimmung auf die Netting-Vereinbarungen als Ganzes erstreckt (mit allen Elementen, einschließlich der Sicherheitenvereinbarung und der einzelnen Transaktionen, die im Rahmen der Netting-Vereinbarung abgeschlossen wurden).

3. Aussetzung einzelner Vollstreckungsmaßnahmen / Nettingvereinbarungen

Darüber hinaus ist hinsichtlich der Nettingvereinbarungen eine Änderung hinsichtlich der Aussetzung einzelner Vollstreckungsmaßnahmen (Stay of individual enforcement actions) in Artikel 23 erforderlich. Weder Bericht noch Allgemeine Ausrichtung (schon gar nicht der ursprüngliche Kommissionentwurf) adressieren dieses Thema bisher.

Sowohl der aktuelle Vorschlag des Europäischen Parlaments als auch der Vorschlag des Rates bieten keinen ausreichenden Schutz für Netting-Vereinbarungen vor einer Aussetzung (Stay).

Ein solcher Schutz könnte in Form einer Ausnahmeregelung (ähnlich dem Vorschlag des Europäischen Parlaments in Bezug auf zu erfüllende Verträge, executory contracts) oder in Form einer Klarstellung gewährt werden, dass die Aussetzung keinen Einfluss auf den Close-out-Netting-Mechanismus in vertraglichen Netting-Vereinbarungen für Derivate, Wertpapierfinanzierungsgeschäften und anderen ähnlichen Finanz- und Warenkontrakten,

sodass die Kündigungsrechte bei Einleitung solcher Verfahren/Maßnahmen gemäß den Vertragsbedingungen ausgeübt werden können (was die Kündigung der Vereinbarung einschließlich aller Transaktionen und anderer Verpflichtungen/Rechte daraus sowie die Verrechnung aller daraus resultierenden Forderungen zu einem einzigen Close-out-Betrag ermöglicht). Die daraus resultierende Forderung auf den Close-out-Betrag könnte natürlich der Aussetzung unterliegen.

*****