

Bundesverband deutscher Banken e. V. | PF 040307 | 10062 Berlin

Frau Bundesministerin a.D.
Renate Künast, MdB
Vorsitzende des Ausschusses für
Recht und Verbraucherschutz
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Dr. Lambert Köhling
Direktor
Telefon: +49 30 1663-3150
Telefax: +49 30 1663-3199
lambert.koehling@bdb.de

AZ DK: SWAP
AZ BdB: NG.03
Bearbeiter: Kg

**Regierungsentwurf für ein Drittes Gesetz zur Änderung der
Insolvenzordnung (Reform des § 104 InsO/Close-Out-
Netting) – BRats-Drucksache 548/16**

11. Oktober 2016

hier: Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft

Anlage

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

Stellungnahme der Deutschen
Kreditwirtschaft mit Anhängen

der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages wird in Kürze die Beratungen über den am 23. September 2016 vom Bundeskabinett beschlossenen Regierungsentwurf für ein Drittes Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung aufnehmen. Beigefügt übermitteln wir Ihnen die Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft zu diesem Gesetzesvorhaben (**Anlage**). Wir wären Ihnen sehr verbunden, wenn Sie die Stellungnahme den Mitgliedern des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz übermitteln würden.

Gegenstand des Gesetzentwurfes ist die Neufassung des § 104 InsO. Die Vorschrift regelt die gesetzlichen Rahmenbedingungen für vertragliche Nettingvereinbarungen. Vertragliche Nettingvereinbarungen – wie sie etwa im deutschen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte enthalten sind – werden von Kreditinstituten aber auch allen anderen Marktteilnehmern, einschließlich Industrie- und mittelständischen Unternehmen zur Steuerung der Risiken aus Finanzgeschäften, insbesondere aus Derivate- und Wertpapierfinanzierungsgeschäften (Wertpapierpensionsgeschäfte und Wertpapierdarlehen) eingesetzt. Sie sind aufsichtsrechtlich unter anderem maßgeblich für die Berechnung der Eigenkapitalanforderungen, und ihre Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit werden von vielen anderen europäischen

Federführer:
Bundesverband deutscher Banken e. V.
Burgstraße 28 | 10178 Berlin
Telefon: +49 30 1663-0
Telefax: +49 30 1663-1399
www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

aufsichtsrechtlichen Vorgaben, etwa auch dem Bankensanierungs- und Abwicklungsregime, vorausgesetzt.

Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind darüber hinaus aufgrund der Finanzsicherheiten-Richtlinie dazu verpflichtet, die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit vertraglicher Nettingvereinbarungen im Insolvenzfall sicherzustellen.

Durch das Urteil des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 9. Juni 2016 (Az. IX ZR 314/14) wurden zentrale Elemente vertraglicher Nettingvereinbarungen in Frage gestellt. Die in dieser Entscheidung vom IX. Zivilsenat vertretene Auslegung des § 104 InsO führt zu nicht auflösbaren Widersprüchen zwischen dem deutschen Insolvenzrecht und den Vorgaben des EU-Rechts. Damit droht Kreditinstituten der Verlust der aufsichtsrechtlichen Anerkennungsfähigkeit der von ihnen verwendeten vertraglichen Nettingvereinbarungen. Die Folge wären signifikant höhere Kapitalanforderungen. Es wäre faktisch auch nicht mehr möglich, die aufsichtsrechtlichen Vorgaben zur Besicherung von Derivategeschäften zu erfüllen.

Vertragliche Nettingvereinbarungen werden international standardmäßig von allen Marktteilnehmern zur Steuerung ihrer Risiken eingesetzt. Neben Kreditinstituten wären daher auch alle übrigen Marktteilnehmer in vergleichbarer Weise betroffen, da sie bei Unvereinbarkeit vertraglicher Nettingvereinbarungen mit dem deutschen Insolvenzrecht ebenfalls deutlich höheren Risiken ausgesetzt wären. Aus diesem Grund hat die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht auch unmittelbar nach dem Urteil eine Allgemeinverfügung erlassen, die alle Vertragsparteien dazu verpflichtet, die bestehenden vertraglichen Nettingvereinbarungen weiterhin vereinbarungsgemäß anzuwenden.

Vor diesem Hintergrund begrüßen wir den vorliegenden Gesetzentwurf ausdrücklich. Die darin vorgeschlagene Neufassung des § 104 InsO in Gestalt der sich aus Art. 2 des Gesetzentwurfes ergebenden Fassung der Vorschrift ist geeignet, die entstandenen Widersprüche und Rechtsunsicherheiten in allen wesentlichen Punkten aufzulösen. Wir befürworten auch die geplanten teilweise rückwirkenden klarstellenden Änderungen durch den Art. 1 des Gesetzentwurfes. Allerdings wären diese für sich gesehen unzureichend, um die aufgezeigten grundlegenden Widersprüche zwischen deutschem Insolvenzrecht und den aufsichts- und europarechtlichen Rahmenbedingungen für vertragliche Nettingvereinbarungen aufzulösen. Wir beschränken uns in unserer Stellungnahme daher bewusst auf Art. 2 des Gesetzentwurfes.

Gerade vor dem Hintergrund der restriktiven Auslegungspraxis des IX. Zivilsenats ergeben sich bei einigen Regelungsaspekten jedoch weiterhin Rechtsunsicherheiten. Diese können durch wenige Klarstellungen ausgeräumt werden. Zudem könnten hierdurch ganz erhebliche und vermeidbare Belastungen für alle Marktteilnehmer verhindert werden. Im Kern geht es dabei um folgende Punkte:

- Ergänzung des Regelbeispiels in § 104 Abs. 1 Nr. 4 InsO-E bzw. Erstreckung auf Lieferungen und Geldleistungen aus Wertpapierfinanzierungsgeschäften: Das Regelbeispiel erfasst derzeit Lieferungen und Geldleistungen aus derivativen Finanzinstrumenten. Im

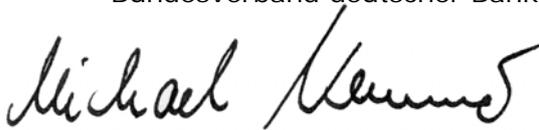
Umkehrschluss wären entsprechende Lieferungen und Leistungen unter Wertpapierfinanzierungsgeschäften nicht erfasst (Wertpapierfinanzierungsgeschäfte als solche sollen unzweifelhaft – über die Regelbeispiele in Nr. 2 – in den Anwendungsbereich des § 104 InsO fallen).

- Klarstellung in § 104 Abs. 2 Satz 1, dass die bei Beendigung anfallende Ausgleichsforderung – so wie bislang angenommen und sachgerecht – noch ausstehende Zahlungen, Lieferungen und Leistungen sowie Zinsen im Zusammenhang mit den beendeten Geschäften mit einschließt.
- Vereinfachung der Regelungen über die zu beachtenden Fristen für den Abschluss von Ersatzgeschäften (tatsächliche oder hypothetische): Durch Aufnahme der in Absatz 4 geregelten Verlängerungsmöglichkeiten (dort allerdings als vertragliche Abweichungen) in Absatz 2 (der Bestimmung zu den ohne vertragliche Vereinbarungen geltenden gesetzlichen Beendigungs- und Abrechnungsregeln) wären die Marktteilnehmer nicht gezwungen, zur Vermeidung von Rechtsrisiken die bestehenden Verträge anzupassen. Der mit einer solchen Anpassung verbundene Aufwand ist bei einer Gesamtzahl von deutlich über 50.000 Vertragsbeziehungen (allein bei Betrachtung der deutschen Rahmenverträge) erheblich. Die materielle Rechtslage wäre aber bei einer solchen Verschiebung zwischen den beiden Absätzen im Ergebnis die gleiche.
- Im Sachzusammenhang stehende Änderungen des § 131 InsO (Sicherstellung der insolvenzrechtlichen Unbedenklichkeit der Stellung von Sicherheiten in Form von Einschusszahlungen - Initial Margin) und des § 340 InsO (Klarstellungen im Hinblick auf die Mitglieder zentraler Gegenparteien und terminologische Anpassungen).

Wir würden es sehr begrüßen, wenn Sie diese Anmerkungen in den Beratungen des Rechtsausschusses berücksichtigen würden. Für ergänzende Erläuterungen stehen wir gerne zur Verfügung.

Ein gleichlautendes Schreiben haben wir an die Vorsitzende des Finanzausschusses, Frau Ingrid Arndt-Bauer, MdB, übersandt.

Mit freundlichen Grüßen
für die Deutsche Kreditwirtschaft
Bundesverband deutscher Banken



Dr. Michael Kemmer
Hauptgeschäftsführer
Mitglied des Vorstands



Thorsten Höche
Mitglied der Geschäftsführung

Stellungnahme

Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der
Insolvenzordnung
BRat Drucks. 548/16

Kontakt:

Dr. Lambert Köhling

Direktor

Telefon: +49 30 1663-3150

E-Mail: lambert.koehling@bdb.de

Berlin, 11. Oktober 2016

Federführer:

Bundesverband deutscher Banken e. V.

Burgstraße 28 | 10178 Berlin

Telefon: +49 30 1663-0

Telefax: +49 30 1663-1399

www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, 11. Oktober 2016

I. Vorbemerkungen

Die Deutsche Kreditwirtschaft begrüßt den Gesetzentwurf nachdrücklich. Die in dem Gesetzentwurf vorgesehenen Klarstellungen und Präzisierungen des § 104 InsO sind unerlässlich, um nicht auflösbare Widersprüche zwischen geltenden europäischen aufsichtsrechtlichen Rahmenvorgaben für Finanzgeschäfte sowie der europäischen und internationalen Marktpraxis einerseits und dem deutschen Insolvenzrecht andererseits zu vermeiden.

Ohne diese Anpassungen wird es künftig nicht mehr möglich sein, dem deutschen Recht unterliegende vertragliche Nettingvereinbarungen, wie etwa den deutschen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte oder auch den Rahmenvertrag für Wertpapierpensionsgeschäfte, zu verwenden und hiermit die europaweit einheitlichen aufsichtsrechtlichen Vorgaben für die Anerkennungsfähigkeit von Nettingvereinbarungen für die Zwecke der Eigenmittelunterlegung oder auch die Besicherung von Derivategeschäften zu erfüllen. Ein Verlust der aufsichtsrechtlichen Anerkennungsfähigkeit würde unmittelbar zu erheblich höheren Eigenkapitalanforderungen führen. Gleichzeitig würde auch der Bedarf an Sicherheiten für alle beteiligten Vertragsparteien deutlich steigen – wenn denn Geschäfte auf dieser Grundlage überhaupt noch abgeschlossen werden können. Hierdurch drohen nicht nur ernste Folgen für die Kreditwirtschaft, sondern auch für alle anderen Marktteilnehmer und den Finanzplatz und Wirtschaftsstandort Deutschland. Denn vertragliche Nettingvereinbarungen werden auch von allen sonstigen Marktteilnehmern, einschließlich Kapitalverwaltungsgesellschaften, Versicherungen, Industrie- und Energieunternehmen, aber auch mittelständischen Unternehmen und auch der öffentlichen Hand, standardmäßig für die Absicherung ihrer Risiken aus Finanzgeschäften verwendet. Die oben angesprochenen drohenden ernstesten Folgen haben die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) unmittelbar nach der Urteilsverkündung dazu bewogen, eine Allgemeinverfügung zu erlassen, die die Marktteilnehmer verpflichtet, die bestehenden vertraglichen Nettingvereinbarungen weiterhin vertragsgemäß abzuwickeln.

Die mit dem Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen sind im Übrigen auch erforderlich, damit die Vorschrift des § 104 InsO wieder im Einklang mit den Anforderungen der Finanzsicherheiten-Richtlinie steht (Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten). Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, die Wirksamkeit vertraglicher Nettingvereinbarungen im Insolvenzfall sicher zu stellen.

Die Bedeutung und Funktion vertraglicher Nettingvereinbarungen bzw. der sie enthaltenden Rahmenverträge (wie etwa der bereits oben genannte deutsche Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte) sowie die für sie geltenden aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen werden näher in der **Anlage 1**, dort unter Ziff. 1 beschrieben. Der insbesondere von deutschen Kreditinstituten, Unternehmen und auch der öffentlichen Hand häufig verwendete Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte ist informationshalber als ein Beispiel einer vertraglichen Nettingvereinbarung als **Anlage 2** beigefügt.

Der Änderungsbedarf ist durch das Urteil des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2016 (Az. XI. 314/14) entstanden. Die Entscheidung stellt – im Zusammenspiel mit einer vorangegangenen Entscheidung desselben Senats aus dem Jahr 2012 (Urteil vom 15. November 2012 - Az. IX ZR 169/11) zentrale Regelungselemente vertraglicher Nettingvereinbarungen – wie sie in allen marktüblichen und aufsichtsrechtlich anerkannten Rahmenverträgen enthalten sind – in Frage.

Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, 11. Oktober 2016

Denn nach dem Urteil sind vertragliche Regelungen über Berechnungszeitpunkte und Stichtage zur Ermittlung des Ausgleichsanspruchs bei Beendigung eines Rahmenvertrages gemäß § 119 InsO unwirksam, wenn und soweit sie von den gesetzlichen Beendigungs- und Abrechnungsregeln des § 104 InsO abweichen. Dies gilt insbesondere für vertragliche Regelungen, die eine Beendigung nicht erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern dem Eintritt eines davor liegenden Ereignisses, oder die einen anderen als den gesetzlich geregelten Stichtag für die Ermittlung des wegen Beendigung anfallenden Ausgleichsanspruchs vorsehen. Genau solche abweichenden Regelungen enthalten aber alle marktüblichen und aufsichtsrechtlich anerkannten Rahmenverträge. Diese Abweichungen sind auch notwendig, damit die aufsichtsrechtlichen Anforderungen erfüllt werden können. Aus diesem Grund können die Nettingbestimmungen in den Rahmenverträgen auch nicht an die gesetzlichen Beendigungs- und Abrechnungsregeln des § 104 InsO (in der vom BGH getroffenen Auslegung) angepasst werden: Vertragliche Nettingvereinbarungen, die diese Regelungen nachzeichnen würden, wären nicht dazu geeignet, die aufsichtsrechtlichen Anforderungen zu erfüllen. Mit der Entscheidung ist damit auch das dem § 104 InsO ursprünglich zugrunde liegende Regelungskonzept hinfällig geworden. Denn dieses ging von der Zulässigkeit der in den marktüblichen und aufsichtsrechtlich anerkannten Rahmenverträgen enthaltenen vertraglichen Nettingvereinbarungen aus (vgl. hierzu näher **Anlage 1**, dort unter Ziff. 3).

Vor diesem Hintergrund ist auch die geplante teilweise Rückwirkung für den Zeitraum zwischen Inkrafttreten der Allgemeinverfügung und Inkrafttreten des mit dem Regierungsentwurf vorgeschlagenen Gesetzes im Interesse der Rechtssicherheit zu begrüßen. Allerdings werden die bestehenden Widersprüche zwischen den Anforderungen der Finanzsicherheiten-Richtlinie sowie der weiteren aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Nettingvereinbarungen einerseits und dem deutschen Insolvenzrecht andererseits nur wirksam bei einer weitergehenden Änderung des § 104 – so wie in Art. 2 des Regierungsentwurfs vorgeschlagen – ausgeräumt.

Besonders wichtig sind dabei vor allem folgende Aspekte des neu gefassten § 104 InsO (in Gestalt des Art. 2 des Gesetzentwurfs):

- Neuer Absatz 4 – Klarstellung der Zulässigkeit abweichender vertraglicher Vereinbarungen und der Maßgeblichkeit des vertraglichen Beendigungszeitpunktes

Unverzichtbar für die erforderliche Rechtsicherheit über die rechtliche Zulässigkeit vertraglicher Nettingvereinbarungen im Hinblick auf § 119 InsO sind – allenfalls vorbehaltlich einer gesetzlichen Klarstellung über die Zulässigkeit von Lösungsklauseln – die in dem neuen Absatz 4 (in der durch Art. 2 angepassten Fassung) erfolgenden Klarstellungen zur Zulässigkeit abweichender vertraglicher Vereinbarungen, soweit diese den wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes entsprechen. Erst hierdurch wird nunmehr ausdrücklich festgehalten, dass die von den Vertragsparteien verwendeten Rahmenverträge Regelungen enthalten können, die inhaltlich von den in § 104 InsO geregelten gesetzlichen Vorgaben abweichen, ohne hierdurch dem Unwirksamkeitsgebot des § 119 InsO zu unterfallen. Solche abweichenden vertraglichen Regelungen sind in der Praxis unverzichtbar, da – wie bereits dargelegt – ein Rahmenvertrag, der lediglich die engen gesetzlichen Vorgaben abbilden würde, nicht dazu geeignet wäre, die aufsichtsrechtlichen Anforderungen zu erfüllen. Diese erfordern insbesondere abweichende Regelungen hinsichtlich des maßgeblichen Beendigungszeitpunktes (und zwar eine Vorverlagerung auf den Zeitpunkt der Stellung eines Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens) und der für die Ermittlung des einheitlichen Ausgleichsanspruchs zugrunde zu legenden Zeiträume und Stichtage. In diesem Zusammenhang ist die Klarstellung in dem neuen Buchstaben c) sehr wichtig, dass im Falle einer vertraglichen Beendigung im Sinne des Absatzes 4

Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, 11. Oktober 2016

dieser Beendigungszeitpunkt den maßgeblichen Bezugspunkt darstellt, etwa für den Beginn der Fristen für die Ermittlung des Ausgleichsanspruchs (und an die Stelle des im Fall des gesetzlichen Nettings relevanten Zeitpunktes der Eröffnung des Insolvenzverfahrens tritt).

▪ Absatz 1 - Modernisierung des Katalogs der Regelbeispiele

Notwendig ist ferner die Fortentwicklung und Konkretisierung des Katalogs der Regelbeispiele für Finanzleistungen. Nur hierdurch kann eine weitgehende Deckungsgleichheit des Begriffs der Finanzleistungen im Sinne des § 104 InsO und den verschiedenen europa- bzw. aufsichtsrechtlichen Vorgaben und Rahmenbedingungen für Finanzgeschäfte (insbesondere OTC-Derivate und Wertpapierfinanzierungsgeschäfte wie Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäfte) und Nettingvereinbarungen sichergestellt werden. Dies ist beispielsweise für die Funktionsfähigkeit der Regelungen zur Gläubigerbeteiligung (bail-in) im Hinblick auf OTC-Derivate und Wertpapierfinanzierungsgeschäfte wichtig (siehe hierzu auch **Anlage 1**, Ziff. 2, dritter Aufzählungspunkt). Zudem werden einige der seit langem bestehenden Rechtsunsicherheiten über den sachlichen Anwendungsbereich des § 104 InsO ausgeräumt. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Wertpapierfinanzierungsgeschäfte (vor allem Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäfte) nicht vom Finanzinstrumente-Begriff erfasst werden. Sie werden allerdings, wenn auch nur mittelbar, über das Regelbeispiel in Nr. 2 (die Lieferung von Finanzinstrumenten) erfasst.

Auch die weiteren vorgeschlagenen Ergänzungen im Katalog der Regelbeispiele sind wichtig, um bestehende Rechtsunsicherheiten beim Finanzleistungsbegriff auszuschließen. Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs über das aufsichts- und europarechtlich Notwendige hinaus ist damit nicht bezweckt.

▪ Absatz 3 – Rechtsfolgen bei gemischten Verträgen

Sachgerecht und wichtig zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten ist auch die in Absatz 3 nunmehr erfolgende Klarstellung zu den Rechtsfolgen für Rahmenverträge, unter denen neben den vom neuen Absatz 1 abgedeckten Geschäften über Finanzleistungen möglicherweise auch nicht oder nicht eindeutig hierunter fallende Geschäfte abgeschlossen worden sind. Die zusammenfassende Wirkung des Rahmenvertrages bleibt in diesen Fällen für den Teil der Geschäfte erhalten, die in den Anwendungsbereich des neuen Absatzes 1 fallen. Diese Klarstellung ist wichtig, da aufgrund der unvermeidbaren Unschärfen beim Begriff der Finanzleistung nie vollständig ausgeschlossen werden kann, dass nicht auch Geschäfte in einen Rahmenvertrag einbezogen worden sind, bei denen sich im Nachhinein herausstellt, dass sie nicht als Finanzleistung zu qualifizieren sind.

Bei einigen Regelungsaspekten sind jedoch punktuelle Änderungen oder Klarstellungen erforderlich, um weiterhin bestehende Rechtsunsicherheiten oder auch erhebliche Belastungen für alle Marktteilnehmer zu vermeiden. Wir beschränken uns dabei bewusst auf wenige, besonders wichtige Punkte. Zudem konzentrieren wir uns auf die gemäß Art. 2 des Gesetzentwurfes nach Inkrafttreten des Gesetzes endgültig geltende Fassung des § 104 InsO.

Auch wenn dies bislang nicht Gegenstand des vorliegenden Gesetzesentwurfes ist, geben wir ferner noch zu Bedenken, dass bei dieser Gelegenheit auch weitere Anpassungen bei insolvenzrechtlichen Bestimmungen sinnvoll wären, die im direkten Sachzusammenhang zu § 104 InsO stehen.

Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, 11. Oktober 2016

Unseren Vorschlägen liegt die Erfahrung zugrunde, dass vertragliche Regelungen, die auch nur geringfügig von den gesetzlichen Bestimmungen in § 104 InsO abweichen, von den Gerichten im übergeordneten Interesse des Masseschutzes für unwirksam erklärt werden können. Insbesondere aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15. November 2012 (Az. IX ZR 169/11, dort Rz. 13) muss zudem geschlossen werden, dass (allein) in der Gesetzesbegründung niedergelegte Erwägungen oder im Rahmen der Beratungen in den zuständigen Ausschüssen des Bundestages getroffene Aussagen zum Verständnis und zur Funktion der gesetzlichen Regelungen für die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen unbeachtlich sind.

II. Anmerkungen zu einzelnen Regelungen

1. Art. 2 Nr. 1 des Gesetzentwurfes der Bundesregierung (Neufassung der Absätze 1 bis 3 und Änderung des Absatzes 4 wie durch Art. 1 des Gesetzentwurfs geändert)

- § 104 Abs. 1 Nr. 4 InsO-E - Regelbeispiel zu nicht von Nr. 2 ausgeschlossenen Lieferungen und Geldleistungen aus derivativen Finanzinstrumenten:

Dem Wortlaut nach dürften Lieferungen und Geldleistungen aus Wertpapierfinanzierungsgeschäften (Wertpapierdarlehen oder Wertpapierpensionsgeschäften) bislang nicht unter dieses Regelbeispiel fallen. Sie werden jedenfalls nicht vom Begriff der (derivativen) Finanzinstrumente mitumfasst. Bei Wertpapierfinanzierungsgeschäften fallen aber ebenfalls Lieferungen und Geldleistungen an, beispielsweise Ausgleichszahlungen im Zusammenhang mit der Ersatz-eindeckung wegen einer nicht erfolgten Rückübertragung von Wertpapieren. Es gibt auch keinen sachlichen Grund, Wertpapierfinanzierungsgeschäfte in diesem Punkt anders zu behandeln als Derivate.

Vorschlag:

Lieferungen und Geldleistungen aus Wertpapierfinanzierungsgeschäften sollten daher hier ergänzend aufgenommen werden. Hierzu müssten am Ende der Nr. 4 lediglich die Worte *„Lieferungen und Geldleistungen aus Wertpapierfinanzierungsgeschäften im Sinne des Art. 3 Nr. 11 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2365 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über die Transparenz von Wertpapierfinanzierungsgeschäften und der Weiterverwendung sowie zur Änderung der Verordnung Nr. 648/2012“* angefügt werden. Durch die Aufnahme eines Verweises auf die Verordnung Nr. 2015/2365 würde zudem auch zumindest im Umkehrschluss noch einmal bestätigt, dass diese Geschäfte Finanzleistungen im Sinne des § 104 InsO darstellen.

- § 104 Abs. 2 Satz 1 InsO-E – Einbeziehung ausstehender Zahlungen, Lieferungen, Leistungen und fälliger Zinsen in den einheitlichen Ausgleichsanspruch

Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, sollte in § 104 Abs. 2 noch eine Klarstellung dahingehend erwogen werden, dass auch die bei Beendigung noch ausstehenden Leistungen, Lieferungen, Zahlungen sowie fälligen Zinsen in die Berechnung des einheitlichen Ausgleichsanspruchs wegen Nichterfüllung einbezogen werden. Eine solche Einbeziehung der noch ausstehenden Zahlungen, Lieferungen und Leistungen (sowie der gestellten Sicherheiten und fälligen Zinsen) entspricht dem

Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, 11. Oktober 2016

bisherigen Verständnis und der Praxis. Nur so reflektiert auch die ermittelte Ausgleichsforderung den tatsächlichen Marktwert der beendeten Positionen. Es war bislang auch nicht strittig, dass diese in den einheitlichen Ausgleichsanspruch mit einfließen. In dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2016 (Az. IX ZR 314/14, vgl. Rz. 96) wird dies aber jedenfalls im Hinblick auf fällige Zinsen – unter Verweis auf ein Abweichen vom gesetzlichen Leitbild – angezweifelt. Vor diesem Hintergrund ist eine entsprechende gesetzliche Klarstellung geboten.

Vorschlag:

Hierzu könnte in Absatz 2 nach Satz 1 ein weiterer Halbsatz oder neuer Satz 2 eingefügt werden, der klarstellt, dass die Forderung auch die zum Zeitpunkt der Beendigung ausstehenden Leistungen, Lieferungen, Zahlungen und fälligen Zinsen mit umfasst.

Die Einbeziehung gestellter Sicherheiten muss hier nicht gesondert angesprochen werden, da diese jedenfalls über Absatz 1 Satz 3 Nr. 6 erfasst wären.

- § 104 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und 2 InsO-E – verfügbarer Zeitraum für abzuschließende Ersatzgeschäfte

Absatz 2 enthält die gesetzliche Regelung mit den Rahmenvorgaben zur Ermittlung des Ausgleichsanspruchs nach automatischer Beendigung der Geschäfte wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Insbesondere werden die Zeiträume festgelegt, innerhalb derer die Wertermittlung zu erfolgen hat. Die Regelung definiert aber im Ergebnis zu weiten Teilen auch den Handlungsspielraum im Fall einer vertraglichen und zeitlich vorgezogenen Beendigung. Denn von den hier aufgestellten gesetzlichen Vorgaben können die Vertragsparteien nur dann abweichen, wenn sie eine vertragliche Regelung treffen, die noch von dem neu einzufügenden Absatz 4 gedeckt ist. Ermessensspielräume, die bereits im Rahmen dieser gesetzlichen Regelung eingeräumt werden, müssen folglich damit nicht zwingend noch einmal gesondert vertraglich vereinbart werden.

Die gesetzliche Regelung unterscheidet bei den Zeitvorgaben zwischen tatsächlich abgeschlossenen und hypothetischen Ersatzgeschäften. Erstere sind unverzüglich, spätestens innerhalb von fünf Werktagen abzuschließen. Für letztere wird als maßgeblicher Stichtag für die Berechnung der zweite Werktag nach Beendigung vorgegeben.

Der durch Art. 2 des Gesetzentwurfs neu gefasste Absatz 4 Nr. 3 Buchstabe b) erlaubt im Hinblick auf die in Absatz 2 aufgestellten Vorgaben zu den maßgeblichen Zeiträumen und Stichtagen für die Wertermittlung zwei mögliche Abweichungen durch vertragliche Vereinbarungen: Bei tatsächlichen Ersatzgeschäften kann durch entsprechende Vereinbarung der Zeitraum für den Abschluss von Ersatzgeschäften von fünf auf bis zu zwanzig Werktage verlängert werden. Bei hypothetischen Ersatzgeschäften kann – wiederum nur nach entsprechender Vereinbarung – als maßgeblicher Stichtag oder Bezugszeitraum für die Ermittlung der Werte der Ersatzgeschäfte statt des zweiten Werktages nach Beendigung ein Zeitpunkt oder Zeitraum innerhalb von fünf Werktagen nach Beendigung bestimmt werden. Diese Abweichungsmöglichkeiten sind von sehr großer praktischer Bedeutung. So ist es in Sondersituationen – wie etwa im Fall der Abwicklung größerer Portfolien oder außergewöhnlicher Marktentwicklungen im Interesse beider Vertragsparteien, die Abwicklung über einen längeren Zeitraum durchzuführen, der auch mehr als fünf Werktage in Anspruch

Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, 11. Oktober 2016

nehmen kann. Auch bei hypothetischen Ersatzgeschäften wird es nicht sinnvoll sein, die Bewertung zwingend zu einem festgelegten und unverrückbaren Zeitpunkt durchzuführen.

Nach dem bisherigen Regelungsvorschlag können sich Vertragsparteien allerdings nur dann auf die Verlängerungsmöglichkeit stützen, wenn sie diese auch ausdrücklich vereinbart haben. Viele der marktüblichen Rahmenverträge, beispielsweise auch der deutsche Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte, enthalten aber derzeit keine solche ausdrückliche vertragliche Regelung. Im deutschen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte spricht die maßgebliche Vertragsbestimmung (Nr. 8) etwa davon, dass Ersatzgeschäfte „unverzüglich“ abzuschließen sind. Es könnte damit fraglich sein, ob die Vertragsparteien auf dieser Grundlage die in Absatz 2 geregelten Fristen überschreiten können, selbst wenn die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer der Verlängerungsmöglichkeiten nach dem neu gefassten Absatz 4 Nr. 3 Buchstaben b) und c) an sich gegeben wären. Um diese Zweifel und Rechtsrisiken vollständig auszuschließen, müssten sämtliche bestehenden Verträge in diesem Punkt angepasst werden. Wenn man allein die deutschen Rahmenverträge betrachtet, wären weit über 50.000 Vertragsbeziehungen betroffen. Vor allem für die betroffenen Vertragspartner – von mittelständischen Unternehmen, Industrieunternehmen bis hin zur öffentlichen Hand, wäre dieser Änderungsbedarf mit großem Aufwand verbunden.

Die genannten Rechtsrisiken oder aber erhebliche Mehrbelastungen für alle Marktteilnehmer könnten vermieden werden, wenn die in Absatz 4 Nr. 3 Buchstabe b) und c) gewährten Abweichungsmöglichkeiten bereits in der gesetzlichen Regelung in Absatz 2 aufgenommen würden. Die materielle Rechtslage bliebe hierdurch unverändert.

Vorschlag:

Wenn die bisherige Differenzierung zwischen tatsächlichen und hypothetischen Ersatzgeschäften beibehalten werden soll, könnten hierzu

- in Absatz 2 Nr. 1 (Zeitraum für den Abschluss tatsächlicher Ersatzgeschäfte) nach den Worten „am fünften Werktag“ die Worte „und soweit dies für eine wertschonende Abwicklung erforderlich ist, bis zum Ablauf des zwanzigsten Werktags“, eingefügt und
- in Absatz 2 Nr. 2 (Bezugspunkt für die hypothetischen Ersatzgeschäfte) die Worte „*das am zweiten Werktag*“ durch die Worte „*zu einem Zeitpunkt oder in einem Zeitraum innerhalb von fünf Werktagen*“ ersetzt werden.

In Absatz 4 Nr. 3 könnten dafür dann der Buchstabe b) entfallen. In Buchstabe c) müsste ergänzend zu der fünf-Werktag-Frist die zwanzig-Werktag-Frist aufgenommen werden.

Alternativvorschlag:

Die Vorschrift könnte alternativ auch dadurch noch weiter vereinfacht werden, in dem nur noch eine einheitliche Fristvorgabe sowohl für den Zeitraum für den Abschluss tatsächlicher Ersatzgeschäfte als auch den Bezugspunkt für hypothetische Ersatzgeschäfte vorgesehen wird. Zu diesem Zweck könnten Satz 2 Nummern 1 und 2 beispielsweise wie folgt zusammengefasst werden:

„Als Markt- oder Börsenwert gilt der Markt- oder Börsenpreis für Ersatzgeschäfte, welche unverzüglich, spätestens jedoch bis zum fünften, oder soweit dies für eine wertschonende Abwicklung erforderlich ist, bis zum Ablauf des zwanzigsten Werktags nach Verfahrenseröffnung abgeschlossen werden oder hätten abgeschlossen werden können“.

Hierdurch würde die zwanzig-Werktage-Frist ebenfalls für hypothetische Ersatzgeschäfte gelten. Dies wäre aber sogar sinnvoll, da es auch im Fall der Ermittlung von Werten anhand hypothetischer Ersatzgeschäfte zu den vorgenannten Sondersituationen kommen kann. In der Praxis würde man in solchen Sondersituationen auch bei Ermittlung der Werte für hypothetische Ersatzgeschäfte entsprechend längere Abwicklungszeiträume einberechnen, um zu realistischen und interessengerechten Werten zu gelangen.

2. Änderungen anderer im Sachzusammenhang stehender insolvenzrechtlicher Vorschriften

- § 131 InsO – entsprechende Geltung des § 130 Abs. 1 InsO im Hinblick auf Initial Margin

Angesichts der seit langem bestehenden Rechtsunsicherheiten sollte die Gelegenheit genutzt werden, in § 131 InsO eine Klarstellung dahingehend vorzunehmen, dass § 130 Abs. 1 Satz 2 InsO entsprechend gilt. Hierdurch würde insbesondere sichergestellt, dass 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 nicht angefochten werden kann. Eine solche Anfechtungsmöglichkeit würde nicht nur die aufsichtsrechtlichen Pflichten zur Besicherung konterkarieren. Sie stände auch im Widerspruch zur Finanzsicherheiten-Richtlinie.

- § 340 InsO – Klarstellungen hinsichtlich der erfassten Verträge und zu Mitgliedern zentraler Gegenparteien

Zudem sollte die Gelegenheit genutzt werden, § 340 Abs. 3 InsO dahingehend zu ergänzen, dass die Regelung zum maßgeblichen Recht sich auch auf zentrale Gegenparteien im Sinne des § 1 Abs. 31 des Kreditwesengesetzes und deren Mitglieder erstreckt. In diesem Zusammenhang könnte in § 340 Abs. 2 InsO neben den dort bereits genannten „Schuldumwandlungsverträge“ und „Aufrechnungsvereinbarungen“ klarstellend zusätzlich „Rahmenverträge im Sinne des § 104 Abs. 3 InsO-E“ aufgenommen werden.

Anlage 1 - Hintergrundinformationen

1. Funktion und praktische Bedeutung vertraglicher Nettingvereinbarungen und der Rahmenverträge für Finanzgeschäfte

- Arten von Nettingvereinbarungen und Verwender

Vertragliche Nettingvereinbarungen werden insbesondere für Finanztermingeschäfte (Derivate), und Wertpapierfinanzierungsgeschäfte (z.B. Wertpapierdarlehens- und Wertpapierpensionsgeschäfte) verwendet. Sie sind zudem in der Energiewirtschaft und im Rohstoffhandel üblich. Sie werden von den Vertragsparteien sowohl bei bilateral abgeschlossenen Geschäften (hier in Form marktüblicher Musterverträge) als auch bei börslichen bzw. über zentrale Gegenparteien abgewickelten Geschäften eingesetzt. Bei über zentrale Gegenparteien abgewickelten (geclearten) Geschäften sind die Nettingvereinbarungen im Verhältnis zwischen zentraler Gegenpartei und den unmittelbaren Mitgliedern Bestandteil der Regelwerke der zentralen Gegenpartei. Im Verhältnis zwischen den Mitgliedern und anderen Marktteilnehmern, die keinen unmittelbaren Zugang zu zentralen Gegenparteien haben (Kunden), werden wiederum marktübliche Musterverträge eingesetzt.

Zu den wichtigsten marktüblichen Musterverträgen zählen:

- der deutsche Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte (auch als DRV bekannt),
- der deutsche Rahmenvertrag für Wertpapierdarlehen,
- der deutsche Rahmenvertrag für Wertpapierpensionsgeschäfte,
- die Clearing-Rahmenvereinbarung (auch als CRV bekannt) für das Kundenclearing von OTC-Derivaten und Börsentermingeschäften (also die Rechtsbeziehung zwischen Mitgliedern einer zentralen Gegenpartei und den Kunden),
- das 1992 und das 2002 ISDA Master Agreement (auch als ISDA bekannt, unterliegt entweder englischem oder New Yorker Recht) und das ISDA/FOA Client Cleared OTC Derivatives Addendum für das Kundenclearing,
- das Global Master Repurchase Agreement (auch als GMRA bekannt, unterliegt englischem Recht),
- das Global Master Securities Lending Agreement (auch als GMSLA bekannt, unterliegt englischem Recht),
- das EFET Master Agreement (vor allem für Energiegeschäfte, erlaubt freie Rechtswahl) und
- der Europäische Rahmenvertrag (freie Rechtswahl)

Weltweit wird der ganz überwiegende Teil der Geschäfte auf Grundlage der englischsprachigen und dem englischen Recht (in manchen Fällen auch dem Recht New Yorks) unterliegenden Muster-Rahmenverträge abgeschlossen. Gerade in Deutschland bei Geschäften mit Vertragsparteien aus Deutschland und den angrenzenden Nachbarstaaten werden die deutschen Rahmenverträge eingesetzt. Alternativ wird gerade für Wertpapierfinanzierungsgeschäfte mit Notenbanken der Europäische Rahmenvertrag eingesetzt. Insbesondere Kapitalverwaltungsgesellschaften und Industrie- wie mittelständische Unternehmen nutzen die deutschen Rahmenverträge wegen der deutschen Sprache und der Anwendbarkeit des deutschen Rechts. Aktuell dürfte es – auch bei vorsichtiger Schätzung – deutlich mehr als 50.000 abgeschlossene deutsche Rahmenverträge geben.

- Wesentliche Regelungen

Kernbestandteil aller vertraglichen Nettingvereinbarungen sind zwei Bestimmungen:

- Eine Regelung, die alle Geschäfte (Einzelabschlüsse) unter dem Rahmenvertrag zu einem einheitlichen Vertragsverhältnis zusammenfasst.
- Die Nettingbestimmungen im engeren Sinne: Sie regeln die vorzeitige Beendigung der Geschäfte bei Ausfall der Gegenpartei sowie die Bewertung und Verrechnung dieser Geschäfte zu einer einheitlichen Ausgleichsforderung. In allen marktüblichen Musterverträgen ist dabei die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder das Vorliegen eines Grundes, der die Eröffnung eines solchen Verfahrens rechtfertigt, ein Ereignis, das zur vorzeitigen Beendigung des Rahmenvertrages durch Kündigung berechtigt oder zu dessen automatischer Beendigung führt (eine solche automatische Beendigung sehen bislang etwa die deutschen Rahmenverträge vor). Zudem enthalten die Nettingbestimmungen auch Vorgaben für die Ermittlung der einheitlichen Ausgleichsforderung und die hierbei für die Bewertungen maßgeblichen Zeitpunkte, Stichtage oder Zeiträume und Methoden.

Im deutschen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte ergeben sich die Nettingbestimmungen aus Nr. 1 Abs. 2 (einheitlicher Vertrag) in Verbindung mit Nrn. 7, 8 und 9. Die Nettingbestimmungen in den Bedingungswerken von zentralen Gegenparteien enthalten regelmäßig vergleichbare Regelungen (siehe z.B. Nr. 7.2.1 (5) (a) und 7.3 der Clearing-Bedingungen der EUREX Clearing AG).

- Zweck

Vertragliche Nettingvereinbarungen dienen zur Steuerung und Minderung des Risikos aus den ihnen unterliegenden Geschäften bei einem Ausfall der Gegenpartei. Durch Nettingvereinbarungen werden die hierunter abgeschlossen Geschäfte zu einem einheitlichen Vertrag zusammengefasst. Bei einem Ausfall der Gegenpartei wird dieser vorzeitig und einheitlich beendet, und es entsteht ein einheitlicher Ausgleichsanspruch. Vertragliche Nettingvereinbarungen stellen auf diese Weise sicher, dass bei drohendem Ausfall einer Partei die andere Partei nicht unkalkulierbaren Risiken aufgrund künftiger Wertschwankungen ausgesetzt ist.

Für Kreditinstitute sind vertragliche Nettingvereinbarungen ein wesentlicher Bestandteil der aufsichtsrechtlichen Kreditrisikominderungstechniken und werden bei der Berechnung der anzusetzenden Eigenmittel zugrunde gelegt. Bei Verwendung aufsichtsrechtlich anerkannter Nettingvereinbarungen erfolgt die Eigenmittelunterlegung statt auf Brutto- auf Nettobasis (also im Hinblick auf das bei Beendigung der Nettingvereinbarung gegebenenfalls verbleibende Ausfallrisiko). Auch die Besicherung von Finanztermin- oder Wertpapierfinanzierungsgeschäften erfolgt auf dieser Nettobasis. Vertragliche Nettingvereinbarungen werden jedoch nicht nur von Kreditinstituten, sondern auch von allen anderen Marktteilnehmern standardmäßig zur Risikosteuerung eingesetzt, beispielsweise von Versicherungen, Kapitalverwaltungsgesellschaften, Pensionsfonds, Energie- und Industrieunternehmen, mittelständischen Unternehmen (etwa im Zusammenhang mit Währungs- oder Zinsabsicherungsgeschäften oder Geschäften zur Absicherung von Rohstoffpreisen) und auch der öffentlichen Hand.

2. Aufsichtsrechtliche Anforderungen an Nettingvereinbarungen

Die aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen für Nettingvereinbarungen ergeben sich insbesondere aus folgenden europäischen Vorgaben und Bestimmungen:

- Finanzsicherheiten-Richtlinie:

Nettingvereinbarungen sind Gegenstand der Richtlinie 2002/47/EG (Finanzsicherheiten-Richtlinie). Die Finanzsicherheiten-Richtlinie fordert in Art. 7 die Sicherstellung der Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit vertraglicher Nettingvereinbarungen im Insolvenzfall, zumindest im Zusammenhang mit der Stellung von Finanzsicherheiten.

- Eigenkapitalregime:

Die Voraussetzungen für die Anerkennung von Nettingvereinbarungen für die Zwecke der Eigenmittelunterlegung ergeben sich insbesondere aus Art. 206 und Art. 295ff. der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (Kapitaladäquanzverordnung/CRR). Weitere in diesem Zusammenhang maßgebliche Vorgaben ergeben sich unter anderem aus Art. 178 Abs. 3 Buchstaben e) und f) CRR (Vorliegen eines Ausfalls einer Gegenpartei bereits bei Stellung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens) und Art. 221 Abs. 7 Buchstabe c) CRR (zugrunde zu legende Verwertungszeiträume für die Bewertung der Ausfallrisiken unter Nettingvereinbarungen). Werden die Voraussetzungen nicht erfüllt, entfällt die Anerkennungsfähigkeit des regulatorischen Nettings und zwar ungeachtet der Tatsache, dass die Regelungen zum gesetzlichen Netting in § 104 InsO greifen. Mit Verlust der Anerkennungsfähigkeit entfallen die Nettingeffekte, und die Eigenkapitallast ist ab diesem Zeitpunkt auf Bruttobasis zu berechnen. Auch die Berechnung der Nachschuss-Risikoperiode („margin period of risk“ oder „MPOR“) erfolgt dann auf neuer Basis, was für sich gesehen schon zu einer erheblichen Erhöhung der Eigenkapitallast führen wird.

- Europäisches Sanierungs- und Abwicklungsregime für Banken (Richtlinie 2014/59/EU (BRRD) und Verordnung (EU) Nr. 806/2014), umgesetzt durch das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG):

Das Abwicklungsregime setzt internationalen Standard und aufsichtsrechtlichen Anforderungen entsprechende vertragliche Nettingvereinbarungen voraus, vgl. etwa §§ 93 SAG. Ein regulatorischer technischer Standard wird für den Fall der Gläubigerbeteiligung („bail-in“) im Hinblick auf Verbindlichkeiten aus Derivaten spezifische Vorgaben für deren vorzeitige Beendigung und Abrechnung aufstellen. Diskrepanzen zwischen den gesetzlichen Nettingbestimmungen des § 104 InsO und den BRRD/SAG Vorgaben werden Verletzungen des „no creditor worse off“-Prinzips sehr wahrscheinlich machen bzw. die Möglichkeit eines bail-in erheblich einschränken und zudem auch zu Unsicherheiten bei einer Übertragung führen.

- Verordnung (EU) Nr. 648/2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (EMIR):

Der neue Regulierungsrahmen für OTC-Derivate, hier insbesondere die neuen Anforderungen an die Besicherung von nicht über zentrale Gegenparteien abgewickelten Geschäfte, setzt ebenfalls

wirksame vertragliche Nettingvereinbarungen als Grundlage für die Besicherung von Transaktionen voraus. Der hierzu noch zu erlassende regulatorische technische Standard wird etwa die Berechnungsmethoden für die zu stellenden Sicherheiten festlegen und in diesem Zusammenhang die Verwendung und Wirksamkeit vertraglicher Nettingvereinbarungen unterstellen. Gleiches gilt im Ergebnis auch für die der Clearingpflicht unterfallenden Geschäfte. Jedenfalls setzen die Risikomanagementsysteme der zentralen Gegenpartien und deren Besicherungsmechanik wirksame und internationalen Standards entsprechende vertragliche Nettingvereinbarungen voraus. Für die Einbindung der Marktteilnehmer, die nicht selbst Mitglieder zentraler Gegenparteien sind (und auch nicht werden können) müssen ohnehin vertragliche Nettingvereinbarungen eingesetzt werden (beispielsweise in Form der deutschen Clearing-Rahmenvereinbarung).

3. Ursprüngliches Regelungskonzept des § 104 InsO und BGH-Rechtsprechung

Zum Verständnis des dem § 104 InsO zugrunde liegenden Regelungskonzeptes ist der enge Zusammenhang mit § 119 InsO und das bei Einführung dieser Regelung (ursprünglich als § 137 InsO-E) mit der Insolvenzordnung vom historischen Gesetzgeber geäußerte Verständnis zu berücksichtigen, dass an den Insolvenzfall anknüpfende, vertragliche Beendigungsregelungen (so genannten Lösungsklauseln) zulässig sein sollten. Aus der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zu § 137 InsO-E (BT-Drucks. 12/7302, S. 170) ergibt sich, dass der Gesetzgeber seinerzeit nicht einmal Lösungsklauseln, die eine Beendigung des Vertragsverhältnisses bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorsahen, von der Unwirksamkeitsfolge des § 137 bzw. 119 InsO erfasst sehen wollte. Dies galt erst recht für die in vertraglichen Nettingvereinbarungen vorgesehene Beendigung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, etwa mit Antragstellung. Vor diesem Hintergrund bedurfte es seinerzeit keiner näheren gesetzlichen Regelungen über die inhaltliche Ausgestaltung vertraglicher Nettingvereinbarungen, insbesondere nicht zur Zulässigkeit von Vereinbarungen über Beendigungszeitpunkte, die Ermittlung des dann anfallenden einheitlichen Ausgleichsanspruchs und der hierbei maßgeblichen Zeitpunkte und Methoden, die gegebenenfalls von gesetzlichen Beendigungs- und Abrechnungsregeln des § 104 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 InsO (gesetzliche Nettingregelung) abweichen. Nur so erklärt sich im Übrigen auch, warum § 104 InsO vor allem Regelungen für die auch ohne vertragliche Vereinbarungen eintretenden Folgen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bei Finanzleistungen und Fixgeschäften enthält und vertragliche Nettingvereinbarungen bzw. die in der Praxis üblichen Rahmenverträge nur punktuell anspricht.

Das dargestellte Verständnis wurde bei Umsetzung der Finanzsicherheiten-Richtlinie in deutsches Recht noch einmal bestätigt: Die Finanzsicherheiten-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten unter anderem dazu, die Vereinbarkeit vertraglicher Nettingvereinbarungen mit dem jeweiligen nationalen Insolvenzrecht sicher zu stellen. Lediglich bei Annahme einer entsprechend eingeschränkten Reichweite des § 119 InsO und der im Umkehrschluss zu unterstellenden insolvenzrechtlichen Zulässigkeit auch von den gesetzlichen Nettingregelungen in § 104 InsO abweichenden vertraglichen Nettingvereinbarungen konnte auf eine weitergehende Anpassung des § 104 (oder des § 119 InsO) verzichtet werden. Dies gilt umso mehr, als die gesetzliche Nettingregelung in § 104 InsO zu keinem Zeitpunkt mit den geltenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Nettingvereinbarungen oder dem der Finanzsicherheiten-Richtlinie zugrunde liegenden Verständnis vertraglicher Nettingvereinbarungen vereinbar war. Die praktische Bedeutung der gesetzlichen Nettingregelung in § 104 InsO war

demzufolge immer gering und beschränkte sich auf die einer Auffangregelung für Fälle, in denen keine vertraglichen Vereinbarungen getroffen worden waren.

Erst mit dem Ende 2012 ergangenen der Urteil des IX. Zivilsenats vom 15. November 2012 (Az. IX ZR 169/11) wurde dieses – immerhin auf dem eindeutig geäußerten Willen des Gesetzgebers fußende - Verständnis grundlegend in Frage gestellt. In dieser Entscheidung hat das Gericht die betreffenden Erwägungen des Rechtsausschusses des Bundestages für unbeachtlich erklärt und Lösungsklauseln auch in dem Fall gemäß § 119 InsO für unwirksam erachtet, dass diese an ein vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegendes Ereignis anknüpfen (der VII. Zivilsenat geht übrigens auch heute noch von der Zulässigkeit vertraglicher Lösungsklauseln aus – vgl. Urteil vom 7. April 2016, Az. VII ZR 56/15).

Aufgrund des Sinns und Zwecks des § 104 InsO und vor allem unter Berücksichtigung der Vorgaben der Finanzsicherheiten-Richtlinie sind die Marktteilnehmer im Anschluss an diese Entscheidung davon ausgegangen, dass die Folgen des betreffenden Urteils auf Nettingvereinbarungen begrenzt waren, die nicht in den Anwendungsbereich des § 104 InsO fallen, also nicht Finanzleistungen im Sinne des § 104 InsO zum Gegenstand haben.

In seiner Entscheidung vom 9. Juni 2016 hat der IX. Zivilsenat nunmehr die Regelungen des deutschen Rahmenvertrages für Finanztermingeschäfte über die Berechnung des Ausgleichsanspruchs nach Beendigung des Rahmenvertrages insoweit gemäß § 119 InsO für unwirksam erklärt, wie sie von den gesetzlichen Beendigungs- und Abrechnungsregelung für Finanzleistungen gemäß § 104 Abs. 2 Satz 1 und 3 InsO abweichen. Auf die aufsichtsrechtlichen Hintergründe der Vorschrift oder die Finanzsicherheiten-Richtlinie wurde nicht eingegangen.

Die dem Urteil zugrunde liegenden Erwägungen lassen sich auf alle marktüblichen Rahmenverträge übertragen. Denn die in allen marktüblichen Rahmenverträgen enthaltenen Kernbestimmungen zum vertraglichen Netting entsprechen funktional und auch inhaltlich den in dem Urteil in Frage gestellten Regelungen des deutschen Rahmenvertrages für Finanztermingeschäfte. Nicht betroffen von dem Urteil sind lediglich solche Vertragsbeziehungen, die nicht in den Geltungsbereich des deutschen Insolvenzrechts fallen. Dies ist etwa der Fall, wenn der betreffende Rahmenvertrag nicht deutschem Recht untersteht und die Vertragsparteien zudem Kreditinstitute oder andere regulierte finanzielle Gegenparteien sind (beispielsweise bei Geschäften zwischen ausländischen und deutschen Kreditinstituten auf Grundlage eines dem englischen Recht unterfallenden ISDA Master Agreements, nicht aber bei Geschäften zwischen einem deutschen Kreditinstitut und einem deutschen Industrieunternehmen).

4. Auswirkungen auf sonstige Marktteilnehmer (Industrie, Energiewirtschaft und mittelständische Unternehmen)

Nichtfinanzielle Gegenparteien werden von dem Urteil, mit Ausnahme der bankaufsichtsrechtlichen Aspekte, grundsätzlich in gleicher Weise betroffen sein, wie die Kreditwirtschaft und andere finanzielle Gegenparteien, da sie Nettingvereinbarungen in gleicher Weise zur Risikosteuerung einsetzen. Kapitalgesellschaften sind über § 20 WpHG in Verbindung mit Art. 11 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (EMIR) im Ergebnis hierzu sogar gesetzlich aufgefordert. In Folge des Urteils werden deutsche Unternehmen künftig ihre Absicherungsgeschäfte nicht mehr auf Grundlage deutscher Rahmenverträge und unter deutschem Recht abschließen können.

Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte

Zwischen

Name und Anschrift des Vertragspartners

(nachstehend „Vertragspartner“ genannt)

und

Name und Anschrift der Bank

(nachstehend „Bank“ genannt)

wird Folgendes vereinbart:

1. Zweck und Gegenstand des Vertrages

(1) Die Parteien beabsichtigen, zur Gestaltung von Zinsänderungs-, Währungskurs- und sonstigen Kursrisiken im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit Finanztermingeschäfte abzuschließen; die

- a) den Austausch von Geldbeträgen in verschiedenen Währungen oder von Geldbeträgen, die auf der Grundlage von variablen oder festen Zinssätzen, Kursen, Preisen oder sonstigen Wertmessern, einschließlich diesbezüglicher Durchschnittswerte (Indices), ermittelt werden, oder
- b) die Lieferung oder Übertragung von Wertpapieren, anderen Finanzinstrumenten oder Edelmetallen oder ähnliche Leistungen

zum Gegenstand haben. Zu den Finanztermingeschäften gehören auch Options-, Zinsbegrenzung- und ähnliche Geschäfte, die vorsehen, dass eine Partei ihre Leistung in Wertlos erbringt oder dass Leistungen von einer Bewertung abhängig sind.

(2) Für jedes Geschäft, das unter der Anleitung dieses Rahmenvertrages abgeschlossen wird (nachstehend „Einzelabschluss“ genannt), gelten die nachfolgenden Bestimmungen. Alle Einzelabschlüsse bilden untereinander und zusammen mit diesem Rahmenvertrag einen einheitlichen Vertrag (nachstehend der „Vertrag“ genannt); sie werden im Sinne einer einheitlichen Risikobetrachtung auf dieser Grundlage und im Vertrauen darauf getätigt.

2. Einzelabschlüsse

(1) Haben sich die Parteien über einen Einzelabschluss geeinigt, so wird die Bank dem Vertragspartner schriftlich, fernschriftlich, telegraphisch, durch Telefax oder in ähnlicher Weise dessen Inhalt bestätigen.

(2) Jede Partei ist berechtigt, eine unterzeichnete Ausfertigung des Einzelabschlusses zu verlangen, die jedoch keine Voraussetzung für dessen Rechtswirksamkeit ist.

(3) Die Bestimmungen des Einzelabschlusses gehen den Bestimmungen dieses Rahmenvertrages vor.

3. Zahlungen und sonstige Leistungen

(1) Jede Partei wird die von ihr geschuldeten Zahlungen und sonstigen Leistungen spätestens an den im Einzelabschluss genannten Fälligkeitstagen an die andere Partei erbringen.

(2) Sämtliche Zahlungen sind in der aufgrund des Einzelabschlusses geschuldeten Vertragswährung kostenfrei und in der für Zahlungen in dieser Währung handelsüblichen Weise auf das im Einzelabschluss genannte Konto des Zahlungsempfängers in am Fälligkeitstag frei verfügbaren Mitteln zu leisten.

(3) Haben beide Parteien an demselben Tag aufgrund des Vertrages Zahlungen in der gleichen Währung zu leisten, zahlt die Partei, die den höheren Betrag schuldet, die Differenz zwischen den geschuldeten Beträgen. Die Bank wird dem Vertragspartner den zu zahlenden Differenzbetrag rechtzeitig vor dessen Fälligkeit mitteilen.

(4) Zahlt eine Partei nicht rechtzeitig, so werden bis zum Zeitpunkt des Eingangs der Zahlung des fälligen Betrages Zinsen hierauf zu dem Satz berechnet, der um den in Nr. 12 Abs. 3 festgelegten Zinszuschlag über dem Zinssatz liegt, den erstklassige Banken für jeden Tag, für den diese Zinsen zu berechnen sind, untereinander für täglich fällige Einlagen am Zahlungsort in der Währung des fälligen Betrages berechnen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

(5) Ist ein Fälligkeitstag kein Bankarbeitstag, so sind die Zahlungen und sonstigen Leistungen nach Maßgabe des Einzelabschlusses wie folgt zu erbringen:

- a) am unmittelbar vorhergehenden Bankarbeitstag oder
- b) am unmittelbar folgenden Bankarbeitstag oder
- c) am unmittelbar folgenden Bankarbeitstag; sofern dieser jedoch in den nächsten Kalendermonat fällt, am unmittelbar vorhergehenden Bankarbeitstag.

4. Bankarbeitstag

„Bankarbeitstag“ im Sinne dieses Vertrages ist jeder Tag, an dem die Banken an dem/den im Einzelabschluss genannten Finanzplatz/Finanzplätzen für Geschäfte, einschließlich des Handels in Fremdwährungen und der Entgegennahme von Fremdwährungseinlagen, geöffnet sind (mit Ausnahme des Samstags und des Sonntags).

5. Bezugsgröße

(1) Ist in einem Einzelabschluss ein variabler Zinssatz, Kurs, Preis oder sonstiger Wertmesser („variable Größe“) vereinbart, so wird die Bank dem Vertragspartner an dem Tag, an dem diese variable Größe zu bestimmen ist („Feststellungstag“), oder unverzüglich danach die zugrunde liegende Bezugsgröße mitteilen.

(2) Sollte die im jeweiligen Einzelabschluss vereinbarte Bezugsgröße an einem Feststellungstag nicht ermittelt werden können, werden die Parteien diese unter Rückgriff auf Berechnungsgrundlagen festlegen, die den im Einzelabschluss vereinbarten möglichst nahe kommen. Falls die Bezugsgröße ein Interbanken-Zinssatz ist und innerhalb von 20 Tagen nicht einvernehmlich festgelegt worden ist, gilt als Bezugsgröße das arithmetische Mittel der Zinssätze, zu denen zwei von der Bank zu benennende, international angesehene Banken auf dem Interbankenmarkt erstklassigen Banken Termingelder mit entsprechender Laufzeit in der Vertragswährung in ungefährrer Höhe des Bezugsbetrages gegen 11:00 Uhr (Ortszeit am betreffenden Interbankenmarkt) am Feststellungstag angeboten haben.

(3) Ein als Bezugsgröße dienender Zinssatz („Basis-Satz“) ist gegebenenfalls auf den nächsten $\frac{1}{100000}$ Prozentpunkt aufzurunden.

6. Berechnungsweise bei zinssatzbezogenen Geschäften

(1) Der aufgrund eines Einzelabschlusses jeweils zu zahlende variable Betrag ist das Produkt aus (a) dem dafür vereinbarten Bezugsbetrag, (b) dem nach Nr. 5 und dem Einzelabschluss errechneten variablen Zinssatz („variabler Satz“), als Dezimalzahl ausgedrückt, sowie (c) dem Quotienten im Sinne des Abs. 5.

(2) Der aufgrund eines Einzelabschlusses jeweils zu zahlende Festbetrag ist, falls er im Einzelabschluss betragsmäßig festgelegt wird, der dort genannte Betrag. Anderenfalls ist er das Produkt aus (a) dem dafür vereinbarten Bezugsbetrag, (b) dem im Einzelabschluss vereinbarten festen Zinssatz („Festsatz“), als Dezimalzahl ausgedrückt, sowie (c) dem Quotienten im Sinne des Abs. 5.

(3) Im Fall von Zinsbegrenzungsgeschäften ist der variable Satz nach Maßgabe des Einzelabschlusses vorbehaltlich Absatz 4 jeweils

a) für Zahlungen durch die als Überschuss-Zahler (oder Cap bzw. FRA-Verkäufer) bezeichnete Partei der vereinbarte Basis-Satz abzüglich des Satzes, der im Einzelabschluss als Höchstsatz (oder Cap-Rate) bzw. Terminsatz festgelegt wird, und

b) für Zahlungen durch die als Minderbetrags-Zahler (oder Floor-Verkäufer bzw. FRA-Käufer) bezeichnete Partei der Satz, der im Einzelabschluss als Mindestsatz (oder Floor-Rate) bzw. Terminsatz festgelegt wird, abzüglich des vereinbarten Basis-Satzes.

(4) Wird eine Zahlung nicht nach Ablauf, sondern zu Beginn des betreffenden Berechnungszeitraums geleistet, so wird der nach Abs. 1 oder 2 zu ermittelnde Betrag diskontiert, indem er durch einen Betrag dividiert wird, der sich bei einem Berechnungszeitraum von einem Jahr oder weniger nach der Formel

$$1 + \frac{L \times D}{B}$$

und bei einem Berechnungszeitraum von mehr als einem Jahr nach der Formel

$$\frac{D}{(1 + L)^B}$$

errechnet.

Dabei ist

L der für den betreffenden Berechnungszeitraum ermittelte Basis-Satz oder sonstige vereinbarte Diskontsatz, als Dezimalzahl ausgedrückt, also z. B. 0,07 im Fall eines Basis- oder Diskontsatzes von 7%;

D die Anzahl der Tage des Berechnungszeitraums;

B 360, es sei denn, die vereinbarte Vertragswährung ist eine Währung, für die der Basis- oder sonstige vereinbarte Diskontsatz nach Markusage auf der Grundlage von 365 bzw. im Falle eines Schaltjahres 366 Tagen berechnet wird; in diesem Fall ist B = 365 bzw. 366.

Diese Regelung gilt, sofern nichts anderes vereinbart ist, stets für Terminsatzvereinbarungen (Forward Rate Agreements). Bei

sonstigen Geschäften gilt sie nur dann, wenn im Einzelabschluss eine Diskontierung vereinbart ist.

(5) „Quotient“ ist nach Maßgabe des Einzelabschlusses

a) die Anzahl der tatsächlich abgelaufenen Tage des Berechnungszeitraums, für den der Betrag zu berechnen ist, dividiert durch die Zahl 360 („365/360“), oder

b) die Anzahl der abgelaufenen Tage dieses Berechnungszeitraums, berechnet auf der Basis eines 360-Tage-Jahres mit 12 Monaten zu je 30 Tagen, dividiert durch die Zahl 360 („360/360“), oder

c) die Anzahl der tatsächlich abgelaufenen Tage dieses Berechnungszeitraums, dividiert durch die Zahl 365 bzw. im Fall von Schaltjahren 366 („365/365“), oder

d) die Anzahl der tatsächlich abgelaufenen Tage dieses Berechnungszeitraums, dividiert durch die Zahl 365 („366/365“).

(6) „Berechnungszeitraum“ ist der Zeitraum, der mit dem Anfangsdatum des Einzelabschlusses oder einem Zahlungstermin (einschließlich) beginnt und mit dem nächstfolgenden Zahlungstermin oder dem Enddatum (ausschließlich) endet, oder, sofern die Parteien im Einzelabschluss in Bezug auf variable Beträge „Fälligkeitstag/Fälligkeitstag“ vereinbart haben, der Zeitraum, der mit dem Anfangsdatum des Einzelabschlusses oder einem Fälligkeitstag (einschließlich) beginnt und mit dem nächstfolgenden Fälligkeitstag oder dem Enddatum (ausschließlich) endet. „Zahlungstermin“ im Sinne dieses Vertrages ist der Tag, an dem, gegebenenfalls auf Grundlage einer Anpassung gemäß Nr. 3 Abs. 5, die Zahlung tatsächlich zu leisten ist; „Fälligkeitstag“ ist der vertraglich vorgesehene Zahlungstag ohne Berücksichtigung einer solchen Anpassung.

(7) Ist ein variabler Betrag oder ein nach Abs. 2 Satz 2 zu berechnender Festbetrag zu zahlen, so wird die Bank diesen, im ersten Fall zusammen mit der jeweils anwendbaren Bezugsgröße, dem Vertragspartner mitteilen.

7. Beendigung

(1) Sofern Einzelabschlüsse getätigt und noch nicht vollständig abgewickelt sind, ist der Vertrag nur aus wichtigem Grund kündbar. Ein solcher liegt auch dann vor, wenn eine fällige Zahlung oder sonstige Leistung – aus welchem Grund auch immer – nicht innerhalb von fünf Bankarbeitstagen nach Benachrichtigung des Zahlungs- oder Leistungspflichtigen vom Ausbleiben des Eingangs der Zahlung oder sonstigen Leistung beim Empfänger eingegangen ist. Die Benachrichtigung und die Kündigung müssen schriftlich, festschriftlich, telegraphisch, durch Telefax oder in ähnlicher Weise erfolgen. Eine Teilkündigung, insbesondere die Kündigung einzelner und nicht aller Einzelabschlüsse, ist ausgeschlossen. Nr. 12 Abs. 5 (B) bleibt unberührt.

(2) Der Vertrag endet ohne Kündigung im Insolvenzfall. Dieser ist gegeben, wenn das Konkurs- oder ein sonstiges Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Partei beantragt wird und diese Partei entweder den Antrag selbst gestellt hat oder zahlungsunfähig oder sonst in einer Lage ist, die die Eröffnung eines solchen Verfahrens rechtfertigt.

(3) Im Fall der Beendigung durch Kündigung oder Insolvenz (nachstehend „Beendigung“ genannt) ist keine Partei mehr zu Zahlungen oder sonstigen Leistungen nach Nr. 3 Abs. 1 verpflichtet, die gleichzeitig oder später fällig geworden wären; an die Stelle dieser Verpflichtungen treten Ausgleichsforderungen nach Nrn. 8 und 9.

8. Schadensersatz und Vorteilsausgleich

(1) Im Fall der Beendigung steht der kündigenden bzw. der solventen Partei (nachstehend „ersatzberechtigte Partei“ genannt) ein Anspruch auf Schadensersatz zu. Der Schaden wird auf der Grundlage von unverzüglich abzuschließenden Ersatzgeschäften ermittelt, die dazu führen, dass die ersatzberechtigte Partei alle Zahlungen und sonstigen Leistungen erhält, die ihr bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung zugestanden hätten. Sie ist berechtigt, nach ihrer Auffassung dazu geeignete Verträge abzuschließen. Wenn sie von dem Abschluss derartiger Ersatzgeschäfte absieht, kann sie denjenigen Betrag der Schadensberechnung zugrunde legen, den sie für solche Ersatzgeschäfte auf

der Grundlage von Zinssätzen, Terminalsätzen, Kursen, Marktpreisen, Indices und sonstigen Wertmessern sowie Kosten und Auslagen zum Zeitpunkt der Kündigung bzw. der Kenntniserlangung von dem Insolvenzfall hätte aufwenden müssen. Der Schaden wird unter Berücksichtigung aller Einzelabschlüsse berechnet; ein finanzieller Vorteil, der sich aus der Beendigung von Einzelabschlüssen (einschließlich solcher, aus denen die ersatzberechtigte Partei bereits alle Zahlungen oder sonstigen Leistungen der anderen Partei erhalten hat) ergibt, wird als Minderung des im übrigen ermittelten Schadens berücksichtigt.

(2) Erlangt die ersatzberechtigte Partei aus der Beendigung von Einzelabschlüssen insgesamt einen finanziellen Vorteil, so schuldete sie vorbehaltlich Nr. 9 Abs. 2 und, falls vereinbart, Nr. 12 Abs. 4 der anderen Partei einen Betrag in Höhe dieses ihres Vorteils, höchstens jedoch in Höhe des Schadens der anderen Partei. Bei der Berechnung des finanziellen Vorteils finden die Grundsätze des Absatzes 1 über die Schadensberechnung entsprechende Anwendung.

9. Abschlusszahlung

(1) Rückständige Beträge und sonstige Leistungen und der zu leistende Schadensersatz werden von der ersatzberechtigten Partei zu einer einheitlichen Ausgleichsforderung in Euro zusammengefasst, wobei für rückständige sonstige Leistungen entsprechend Nr. 8 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 ein Gegenwert in Euro ermittelt wird.

(2) Eine Ausgleichsforderung gegen die ersatzberechtigte Partei wird nur fällig, soweit diese keine Ansprüche aus irgendeinem rechtlichen Grund gegen die andere Partei („Gegenansprüche“) hat. Bestehen Gegenansprüche, so ist deren Wert zur Ermittlung des fälligen Teils der Ausgleichsforderung vom Gesamtbetrag der Ausgleichsforderung abzuziehen. Zur Berechnung des Werts der Gegenansprüche hat die ersatzberechtigte Partei diese, (i) soweit sie sich nicht auf Euro beziehen, zu einem nach Möglichkeit auf der Grundlage des am Berechnungstag geltenden amtlichen Devisenkurses zu bestimmenden Brief-Kurs in Euro umzurechnen, (ii) soweit sie sich nicht auf Geldzahlungen beziehen, in eine in Euro ausgedrückte Schadensersatzforderung umzuwandeln und (iii) soweit sie nicht fällig sind, mit ihrem Barwert (unter Berücksichtigung auch der Zinsansprüche) zu berücksichtigen. Die ersatzberechtigte Partei kann die Ausgleichsforderung der anderen Partei gegen die nach Satz 3 errechneten Gegenansprüche aufheben. Soweit sie dies unterlässt, wird die Ausgleichsforderung fällig, sobald und soweit ihr keine Gegenansprüche mehr gegenüberstehen.

10. Übertragung

Die Übertragung von Rechten oder Verpflichtungen aus dem Vertrag bedarf der vorherigen schriftlichen, mündlichen, telegraphischen, durch Telefax oder elektronischer Weise mitgeteilten Zustimmung der jeweils anderen Partei. Nr. 2 Abs. 2 gilt entsprechend.

11. Verschiedenes

(1) Sind Bestimmungen des Vertrages unwirksam oder undurchführbar, so bleiben die übrigen Vorschriften hiervon unberührt. Gegebenenfalls hierdurch entstehende Vertragslücken werden durch ergänzende Vertragsauslegung unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der Parteien geschlossen.

(2) Der Vertrag unterliegt dem Recht der Bundesrepublik Deutschland.

(3) Nicht ausschließlicher Gerichtsstand ist der Ort der Niederlassung der Bank, durch die der Vertrag abgeschlossen wird.

(4) Der Rahmenvertrag in der hiermit vereinbarten Fassung gilt auch für alle etwaigen Einzelabschlüsse der Parteien unter dem Rahmenvertrag in einer früheren Fassung. Diese gelten als Einzelabschlüsse unter dem Rahmenvertrag in dieser neuen Fassung. Für diese Einzelabschlüsse bleibt die bisherige Fassung jedoch insoweit maßgeblich, als dies zum Verständnis der in ihnen getroffenen Regelungen erforderlich ist.

12. Besondere Vereinbarungen

(1) Die folgenden Absätze 2 bis 5 gelten nur, soweit die dazu bestimmten Felder angekreuzt oder ausgefüllt sind.

(2) In Nr. 3 Abs. 3 werden die Worte „des Vertrages“ durch „desselben Einzelabschlusses“ ersetzt.

(3) Der Zinszuschlag gemäß Nr. 3 Abs. 4 beträgt

% p. a.

(4) Nach Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

entweder

Dies gilt vorbehaltlich Nr. 12 Abs. 5 (C) a) nur, falls die ersatzberechtigte Partei aus mindestens einem Einzelabschluss (I) alle von der anderen Partei geschuldeten Zahlungen oder sonstigen Leistungen endgültig und unanfechtbar erhalten hat und (II) bei Fortführung des Vertrages selbst noch unbedingte oder bedingte Zahlungs- oder sonstige Leistungsverpflichtungen hätte.

oder

Dies gilt vorbehaltlich Nr. 12 Abs. 5 (C) a) nur, falls die ersatzberechtigte Partei (I) aus sämtlichen Einzelabschlüssen alle von der anderen Partei geschuldeten Zahlungen oder sonstigen Leistungen endgültig und unanfechtbar erhalten hat und (II) bei Fortführung des Vertrages selbst noch unbedingte oder bedingte Zahlungs- oder sonstige Leistungsverpflichtungen hätte.

(5) Internationale Geschäfte

(A) Falls eine Partei verpflichtet ist oder verpflichtet sein wird, von einer durch sie zu leistenden Zahlung einen Steuer- oder Abgabenbetrag abzuführen oder einzubehalten, wird sie die zusätzlichen Beträge an die andere Partei zahlen, die erforderlich sind, damit die andere Partei den vollen Betrag erhält, der ihr im Zeitpunkt einer solchen Zahlung zustehen würde, wenn kein Abzug oder Einbehalt erforderlich wäre. Dies gilt nicht, wenn die betreffende Steuer oder Abgabe vom Heimatstaat des Zahlungsempfängers oder einer in diesem Staat ansässigen Steuerbehörde auferlegt oder erhoben wird. Heimatstaat ist der Staat, in dem der Zahlungsempfänger seinen Sitz hat bzw. als ansässig angesehen wird oder in dem sich die Niederlassung des Zahlungsempfängers befindet, die unter dem betreffenden Einzelabschluss handelt.

(B) Falls aufgrund einer nach dem Abschlussdatum eines Einzelabschlusses erfolgenden Änderung von Rechtsvorschriften oder von deren Anwendung oder amtlichen Auslegung

a) zu erwarten ist, dass eine Partei am nächsten Fälligkeitstag in Bezug auf eine durch sie zu leistende Zahlung zusätzliche Beträge gemäß vorstehendem Unterabsatz (A) zu zahlen hat außer auf Zinsen gemäß Nr. 3 Abs. 4 oder

b) eine Partei den Vertrag nicht mehr erfüllen darf,

so kann diese Partei (nachstehend die „betroffene Partei“ genannt) und im Falle b) auch die andere Partei (nachstehend die „Gegenpartei“ genannt) den von der Änderung betroffenen Einzelabschluss unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen auf einen von ihr zu bestimmenden Termin kündigen; dieser Termin darf nicht mehr als einen Monat vor dem Zeitpunkt liegen, an dem die Änderung wirksam wird. Nr. 7 Abs. 3 bezieht sich im Fall einer solchen Kündigung nur auf den oder die betroffenen Einzelabschlüsse. Die Gegenpartei bzw. im Falle einer Kündigung durch die Gegenpartei die betroffene Partei kann jedoch innerhalb einer Woche nach Zugang der Kündigungserklärung durch Erklärung an die kündigende Partei bestimmen, dass die Kündigung für den Vertrag insgesamt gilt. Für die Form der Kündigung und der Erklärung nach Satz 3 gilt Nr. 7 Abs. 1 Satz 3.

(C) Im Falle einer Kündigung aufgrund eines der in Unterabsatz (B) genannten Kündigungsgründe gilt Nr. 8 mit folgender Maßgabe:

- a) Ersatzberechtigte Partei ist die Gegenpartei. Nr. 12 Abs. 4, falls vereinbart, findet keine Anwendung.
- b) Sind beide Parteien betroffene Parteien und erleidet eine von ihnen einen Schaden, so hat die Partei, die insgesamt einen Vorteil aus der Beendigung erlangt oder den kleineren Schaden erleidet, der anderen Partei einen Betrag in Höhe der Hälfte der Differenz zwischen Vorteil und Schaden bzw. zwischen dem größeren und kleineren Schaden zu zahlen. Diese Rechtsfolge tritt auch dann ein, wenn die Kündigung nach Unterabsatz (B) Satz 1 Buchstabe b) oder die Erklärung nach Unterabsatz (B) Satz 3 durch die Gegenpartei abgegeben wird.
- c) Für Zwecke der Berechnung des eigenen Vorteils oder Schadens gilt in vorstehendem Fall b) jede Partei als ersatzberechtigte Partei.

(D) Für etwaige Rechtsstreitigkeiten oder sonstige Verfahren vor deutschen Gerichten bestellt der Vertragspartner hiermit die unter (F) oder gegebenenfalls in mindestens einem Einzelabschluss zu diesem Zweck benannte Person zum Zustellungsbevollmächtigten.

(E) Jede Partei verzichtet hiermit unwiderruflich darauf, in Verfahren betreffend sie selbst oder ihr Vermögen aufgrund etwaiger Souveränitäts- oder ähnlicher Rechte Immunität vor Klage, Urteil, Vollstreckung, Pfändung (sei es vor oder nach Urteilserlass) oder anderen Verfahren zu genießen oder geltend zu machen.

(F) Anschrift des Zustellungsbevollmächtigten in der Bundesrepublik Deutschland:

(6) Sonstige Vereinbarungen:

Unterschrift(en)
der Bank

Unterschrift(en) des
Vertragspartners