



**Juristische Fakultät**

Bürgerliches Recht,  
Zivilprozess- und Insolvenzrecht  
sowie Römisches Recht

**Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M.**

---

**Stellungnahme anlässlich der Anhörung zu dem  
Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Än-  
derung des § 104 InsO**

**Datum:**

08.10.2013

---

Ich fasse in Thesen zusammen, was meine Einschätzung des o.a.  
Änderungsvorschlags ist:

I. Der Vorgang ist meines Wissens einzigartig, dass am Tag der Verkündung eines Urteils sowohl die BaFin als auch das BMJV und BMWi der betroffenen Wirtschaftscommunity öffentlich verkündet, dass man ihnen helfend zur Seite treten werde. Es müssen gewaltige Kräfte am Werk sein, dass derartige Hilfestellungen in dieser Geschwindigkeit angeboten und dargereicht werden.

II. Die Berufung darauf, dass es gar keine Alternative dazu gibt, mag nicht einmal völlig falsch sein, ist aber ein bedauernswertes Zeugnis für pfadabhängiges Fortschreiten eines zuvor einmal eingeschlagenen Weges. Im Jahr 1994 trat der kurz zuvor in den Gesetzgebungsarbeiten zur Insolvenzordnung drastisch erweiterte § 104 InsO in Kraft – 5 Jahre bevor die Rest-InsO in Kraft getreten ist! Auch hier waren offenbar gewaltige Kräfte am Werk.

III. Der § 104 InsO stellt eine Ausnahme vom § 103 InsO dar, in dem ein Wahlrecht für den Insolvenzverwalter eingeräumt ist. Diese – ansonsten jedem Gläubiger eines insolventen Schuldners

**Postanschrift:**

Humboldt-Universität zu Berlin  
Unter den Linden 6  
10099 Berlin  
Telefon +49 [30] 2093-3434  
Telefax +49 [30] 2093-3432

sekretariat.paulus@rewi.hu-berlin.de  
[www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/pls](http://www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/pls)

**Sitz:**

Unter den Linden 9  
Raum 434  
10117 Berlin

**Verkehrsverbindungen:**

S- und U-Bahnhof Friedrichstraße  
Bus: Linien 100, 200 und TXL,  
Haltestelle Staatsoper

zugemutete – Abhängigkeit von der Verwalterentscheidung sollte aufgehoben werden, weil anderenfalls systemische Risiken für die Finanzindustrie entstünden und die Schnelligkeit der Finanzmärkte ein Cherry-picking des Insolvenzverwalters nicht erlaube.

§ 103 InsO ist – das darf man mit allem Nachdruck und auch mit Blick auf die Insolvenzrechte praktisch auf dem ganzen Globus sagen – eine Fundamentalnorm des Insolvenzrechts. Sie wurde durch den § 104 InsO eingeschränkt, was zur Folge hat, dass das Insolvenzrisiko der an einem Close-Out-Netting beteiligten Unternehmen drastisch gesenkt wurde: bei einem Gesamtvolumen an OTC-Derivaten von 605 Bill. USD von 25 Bill. USD auf 3,7 USD! Damit ist das Insolvenzrisiko bei diesen Geschäften so gut wie eliminiert.

Die dadurch geradezu provozierte Sorglosigkeit (*moral hazard*) kam in dem dann tatsächlich systemisch gefährdenden Zusammenbruch von Bear Sterns, Lehman und (beinahe) AIG im Jahre 2007/2008 zum Ausdruck. Die an die Wand gemalte Gefahr der systemischen Krise, die zu befürchten sei, wenn der Gesetzgeber die Finanzindustrie nicht schütze, hat sich also tatsächlich realisiert – nur eben in der Weise, dass es diese Industrie selber war, die diese Krise herbeigeführt hatte!

Deutlicher lässt sich kaum beschreiben, dass § 104 InsO in seiner seit 1994 geltenden Form dazu dient, ein Geschäftsmodell einer bestimmten Industrie zu schützen und zu fördern. Das ist meines Wissens ein einzigartiger Vorgang (s. allerdings noch sogleich), der vernünftigerweise nicht allzu publik gemacht werden sollte!

Hierauf wird gern erwidert, dass es europäisches Recht sei, das einen derartigen Schutz gebiete. Das ist bestenfalls eingeschränkt zutreffend: Ja, europäische Normen gebieten den Schutz der Finanzindustrie – die betreffende Lobby (allen voran ISDA) hat flächendeckend gearbeitet und hat den o.g. Pfad ganz kräftig zu einer breiten Autobahn ausgearbeitet (gegenwärtig haben ca. 80 Jurisdiktionen eine dem § 104 InsO entsprechende Regelung). Aber Nein: Die Ausdehnung des Schutzes, wie er seit ca. 2003 erfolgt ist, ist durch die europäischen Vorgaben gerade nicht geboten.

IV. Die Pfad- bzw. Autobahn-Abhängigkeit lässt sich nicht ohne einen massiven Einschnitt in die globale Gesamtwirtschaft verändern. Insofern wird man der vorgeschlagenen Änderung des § 104 InsO, wenn auch sehr zähneknirschend, zustimmen müssen. Was aber nicht notwendig ist, ist die immer weitere Öffnung der Tatbestandselemente der Vorschrift. Sie führt dazu – ich beziehe mich dabei auf die Gegebenheiten in den USA, wo es eine dem § 104 InsO entsprechende Vorschrift (dort *safe harbor* genannt) natürlich auch gibt, dass Anwaltskanzleien ganze Abteilungen(!) (also nicht etwa nur einen einzigen Anwalt) eingerichtet haben, die jeden von dieser Kanzlei entworfenen oder zu begutachtenden Vertrag daraufhin überprüfen, ob er nicht so gefasst werden kann, dass er in dem Schutzbereich des sicheren Hafens kommt.

V. Es ist evident, dass auf diese Weise das auf Gleichbehandlung ausgelegte Insolvenzrecht unterminiert wird. Genau das ist freilich das Ziel von Lobbyarbeit nicht nur in diesem Bereich (vgl. dazu ZIP 2014, 2378 ff.). Wenn man hier ernsthaft gegensteuern und deeskalierend wirken will, dann sollte der Text des § 104 InsO deutlich gestrafft werden. Es sollten beispielsweise

se die Regelbeispiele in Abs. 1 und insbesondere Abs. 4 des vorliegenden Entwurfs nicht erweiterbar sein – gegenwärtig lädt das „insbesondere“ zu solchen Weiterungen geradezu ein, und besagte Abteilungen in den Anwaltskanzleien nehmen diese Einladung natürlich dankend an!

Es sollte aber auch darüber hinaus die gesamte Vorschrift ganz gezielt auf bestimmte als schützenswert erklärte Industrien bzw. Wirtschaftstransaktionen ausgerichtet werden – und nur auf sie. Der Gesetzgeber sollte hier ganz eindeutig Stellung beziehen, welche Finanzleistungen bzw. Wirtschaftstransaktionen er für schützenswert hält und welche nicht. Denn nochmals: Die auf Gleichheit im Verlustfall angelegte Insolvenzordnung wird unterminiert, wenn sich Privilegien wie Wildwuchs ausdehnen können, weil findige Juristen weiche Formulierungen zu Gunsten ihrer Mandanten ausnutzen.

---

Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M. (Berkeley)