



Rechtswissenschaftliche
Fakultät

Institut für
Verfahrensrecht

Institut für Internationales
und Europäisches
Insolvenzrecht

Direktor:
Prof. Dr.
Christoph Thole

Köln, 1.11.2016

Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln

Telefon: +49 221 470-5704
Telefax: +49 221 470-5949
e-mail: christoph.thole@uni-koeln.de
<http://jura.uni-koeln.de/instverf>

**Stellungnahme von Prof. Dr. Christoph Thole als Sachverständiger zu
dem Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Dritten Gesetzes zur Änderung der In-
solvenzordnung
(BT-Drucks. 18/9983)**

I. Vorbemerkung

In seiner Zielsetzung, Rechtsunklarheiten zu beseitigen und insbesondere für die deutsche Kreditwirtschaft nachteilige aufsichtsrechtliche Implikationen zu vermeiden, ist dem Entwurf *im Grundsatz* zuzustimmen. Zwar war das BGH-Urteil vom 9.6.2016 in der Sache konsequent, weil es den Berechnungszeitpunkt in § 104 Abs. 3 InsO als zwingend angesehen hat, wie es ja § 119 InsO auch ausspricht. Insofern ist das Urteil keinesfalls so überraschend, wie bisweilen getan wurde; der BGH hat das ausgesprochen, was auf der Hand liegt. Dennoch scheint es plausibel, wenn nunmehr mit der Einführung des § 104 Abs. 4 InsO-E und der darin liegenden Erweiterung der vertraglichen Konkretisierungsmöglichkeiten die Anpassung an die im internationalen Finanzmarkt geltenden Usancen ermöglicht wird und gesamtwirtschaftlich nachteilige bankaufsichtsrechtliche sowie Marktreaktionen vermieden werden.

Damit ist bereits ausgesprochen, dass ein weitergehender Schutz von anderen Branchen, die nicht in gleicher Weise international und aufsichtsrechtlich beeinflusst sind, nur unter sorgfältiger Folgenabschätzung erfolgen sollte. Man muss sich verdeutlichen, dass das gesetzliche

Netting und § 104 InsO eine wesentliche Einschränkung und Ausnahme zu dem grundsätzlich geltenden Verwalterwahlrecht des § 103 InsO darstellen, weil der Insolvenzverwalter oder der eigenverwaltende Schuldner nicht mehr entscheiden kann, ob er den für die Masse günstigen Vertrag fortführt. Dieses Verwalterwahlrecht ist aber für die Funktionsfähigkeit eines Insolvenzverfahrens von zentraler Bedeutung, und damit für den Schutz aller Gläubiger in ihrer Gesamtheit, für Sanierungschancen und in letzter Konsequenz damit auch für die Ordnungs- und Marktausscheidungsfunktion, die das Insolvenzrecht als Ordnungsrecht wahrnimmt. Denn mit der Privilegierung des Netting verbindet sich zugleich eine Einschränkung des zentralen Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung, weil der Vertragspartner des insolventen Schuldners dessen Insolvenzrisiko nur in Höhe des etwaigen Saldos tragen muss, während andere Gläubiger wie insbesondere gewöhnliche Lieferanten im Anwendungsbereich des § 103 InsO grundsätzlich voll im Risiko sind.

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass dem Netting und der Umwandlung in eine Nichterfüllungsforderung nicht nur positive Auswirkungen zugeschrieben werden, indem das systemische Risiko verringert wird, sondern dass in bestimmten Situationen gerade die Gefahr des Nettings dazu führen kann, dass sich die Vertragspartner bereits im Vorfeld der Verfahrenseröffnung von dem Vertrag lösen und damit den Insolvenzeintritt eher noch beschleunigen (so jedenfalls Zimmer/Fuchs ZGR 2010, 597, 634 m.w.Nachw.). Daher bedarf es einer sorgfältigen Analyse, ob der Anwendungsbereich des § 104 InsO ausgeweitet werden soll.

II. Einzelne Verbesserungsvorschläge und Kritik

Mehrere Gesichtspunkte sind m.E. zu überdenken.

1. Erweiterung des Netting (§ 104 Abs. 3 InsO-E) auf Fixgeschäfte im Sinne des bisherigen § 104 Abs. 1 InsO problematisch

Die Einbeziehung von Warentermin- bzw. -handelsgeschäften in die Möglichkeit eines Netting nach § 104 Abs. 3 InsO-E und die damit verbundene Gesamtbereinigung des Rahmenvertrags sind wegen ihrer unsicheren Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des Insolvenzverfahrens und die Sanierungsmöglichkeiten kritisch zu hinterfragen. Nach bisherigem Recht waren nur Geschäfte über Finanzleistungen in § 104 Abs. 2 S. 3 InsO tauglich, über einen Rahmenvertrag zum Gegenstand der Gesamtsaldierung gemacht zu werden. Das konnten auch Warentermingeschäfte sein, aber nur dann, wenn sie als Differenzgeschäfte ohne Lieferpflicht ausgestaltet sind.

Die Privilegierung von Finanzleistungen ist durch die zugrunde liegenden europäischen Richtlinien über Finanzinstrumente abgesichert und ist in der InsO insoweit auch stimmig umgesetzt, als § 96 Abs. 2 InsO und § 130 Abs. 1 S. 2 InsO gleichlaufende Privilegierungen enthalten.

Wenn nun auch Fixgeschäfte über die Lieferung von Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben und in einen Rahmenvertrag einbezogen sind, den Regeln des Netting unterstellt und dem Anwendungsbereich des § 103 InsO entzogen werden, könnte dies zu Unsicherheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Denn zu den erfassten Fixgeschäften gehören gewöhnliche Handelsgeschäfte, selbst Geschäfte mit Verbrauchern und Geschäfte mit effektiver Lieferung der Waren, und zwar schon dann, wenn es sich um relative Fixgeschäfte handelt, also nach Ablauf der vereinbarten Leistungszeit eine Vertragserfüllung nicht unmöglich ist, sondern aus Sicht der anspruchsberechtigten Vertragspartei noch sinnvoll sein kann.

Die Einbeziehung in § 104 Abs. 3 InsO-E für solche Verträge, die keine eigentlichen Finanzleistungen beinhalten, führt zu der Abgrenzungsfrage, wann jeweils ein relatives Fixgeschäft vorliegt, denn andernfalls sollen ja nach § 104 Abs. 3 S. 2 InsO-E die allgemeinen Bestimmungen gelten, also § 103 InsO.

Bei jedem Rahmenvertrag, der im Handelsverkehr geschlossen wird, muss also für den Insolvenzfall künftig geprüft werden, welches der einbezogenen Geschäfte ein relatives Fixgeschäft war, welches nicht, und die einbezogenen relative Fixgeschäfte und die Geschäfte über Finanzleistungen werden dann zum Gegenstand der Saldierung gemacht.

Der Unterschied zum bisherigen Recht liegt darin, dass damit das Netting offenbar auch dann zum Tragen kommen soll, wenn der Vertrag bereits einseitig voll erfüllt wurde; für den Fall, dass der Schuldner vorgeleistet hat, kann also der Insolvenzverwalter nicht mehr Vertragserfüllung, also z.B. die Lieferung vom anderen Teil verlangen. Das kann u.U. eine Betriebsfortführung erschweren und sich zu Lasten der anderen Gläubiger auswirken. Denn wenn sich der Insolvenzverwalter für die Masse anderweitig eindecken muss, wird es u.U. teurer für die Masse und ggf. ist Ersatz auch nicht in gleicher Weise zu bekommen.

Das rechtliche Problem liegt darin, dass nach bisher wohl herrschender, aber umstrittener Auffassung für § 104 Abs. 1 InsO vorausgesetzt war, dass ein Vertrag i.S.d. § 103 InsO vorliegt; nicht aber wurde dies generell für § 104 Abs. 2 InsO, also Geschäfte über Finanzleistungen verlangt (dazu Graf-Schlicker/Bornemann, § 104 Rdnr. 8 m. Nachw.). Wenn nun der Gesetzgeber sowohl die Fixgeschäfte als auch die Finanzgeschäfte einheitlich behandelt, wird unklar bleiben, ob nun ein Vertrag i.S.d. § 103 InsO Grundvoraussetzung ist. Bei Geschäften über Finanzleistungen mag es sinnvoll sein, darauf zu verzichten (Graf-Schlicker/Bornemann, § 104 Rdnr. 8), nicht aber bei Fixgeschäften.

Das scheint aber nicht der Plan des RegE zu sein. Die ganz zentrale, in der Gesetzesbegründung kaum thematisierte Neuerung liegt nämlich darin, dass bei § 104 Abs. 3 InsO-E die in den Rahmenvertrag einbezogenen Geschäfte nicht mehr als „gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 103, 104 InsO“ angesehen werden, sondern als Geschäfte „im Sinne des Absatzes 1“, d.h. es kann in einem solchen Fall keine Vertragserfüllung vom Insolvenzverwalter verlangt werden. Nach bisherigen Recht war es nach str. Ansicht möglich, dass der Insolvenzverwalter in den Fällen des § 104 Abs. 2 S. 3 InsO noch das Wahlrecht ausübt, allerdings dann eben nur einheitlich bezogen auf den gesamten Rahmenvertrag (HK-Marotzke, InsO, § 104 Rdnr. 8). Daraus folgt zugleich, dass es jetzt offenbar nicht mehr darauf ankommen soll, ob die einbezogenen Geschäfte Verträge im Sinne des § 103 InsO sind, also beiderseits nicht erfüllt waren; der Verweis auf § 103 InsO ist weggefallen. Deutlich wird das in § 104-E InsO nicht. Das ist aber für die Fixgeschäfte, die bisher in § 104 Abs. 1 InsO geregelt waren, möglicherweise misslich, weil die Masse einen neuen Vertrag abschließen muss.

Ein lehrbuchartiges Beispiel möge dies verdeutlichen: Angenommen etwa, der spätere Insolvenzschuldner, ein Einzelhändler, kauft aufgrund eines Rahmenvertrags verschiedene Gegenstände von einem Großhändler, darunter 500 Liter Milch, Lieferung zum 10.10. fix vereinbart. Am 8.10. wird über das Vermögen des Bestellers das Insolvenzverfahren eröffnet. Das ist ein Fall für den bisherigen § 104 Abs. 1 InsO und es ist schon als solches rechtfertigungsbedürftig, warum die Masse nach dem 8.10. und selbst nach Verstreichen des 10.10. nicht noch Lieferung verlangen dürfen soll. Vielleicht ist der Verkauf der Milch entscheidend, um das Geschäft am Leben zu erhalten, und kann nicht in gleicher Weise durch die Ersatzforderung bedient werden. Vor allem muss erst einmal Liquidität bereitgestellt werden, um sich anderweitig einzudecken. Besonders problematisch ist aber nun, wenn alle in den mit dem Großhändler geschlossenen Rahmenvertrag einbezogenen Fixgeschäfte automatisch bereinigt werden, auch solche, bei denen der Insolvenzschuldner schon voll bezahlt hat. Das kann für die Betriebsfortführung und Sanierung nachteilig sein. Es bedarf daher genauer Prüfung im empirisch-tatsächlicher Hinsicht, ob die Folgen einer solchen Einbeziehung von Warengeschäften hinreichend abgeschätzt sind. In vielen Fällen mag eine Bereitschaft der Beteiligten bestehen, sich auf einen Neuvertrag zu den bisherigen Konditionen zu einigen, aber das Gesetz sollte gerade auch die Fälle im Blick haben, in denen das nicht gelingt, oder in denen das Ersatzgeschäft für die Masse aus praktischen oder anderen Gründen problematisch ist. Wie häufig insoweit Schwierigkeiten bestehen, ist schwer abzuschätzen.

Letztlich ist jedenfalls keine zwingende Notwendigkeit gegeben, Warengeschäfte in das Netting einzubeziehen. Teilweise können sie nämlich, wie bereits ausgeführt, als Warentermingeschäfte schon bisher als Finanzgeschäfte im Sinne des bisherigen § 104 Abs. 2 InsO angesehen werden (Begr. RegE, S. 21). Das ist auch sachgerecht. Nicht sachgerecht erscheint es

aber, auch Verträge, die mit einer effektiven Lieferpflicht verbunden sind, in den Anwendungsbereich des Netting einzubeziehen.

Daher wird hier angeregt, § 104 Abs. 3 InsO-E, in Anlehnung an das bisherige Recht wie folgt zu fassen:

„Werden Geschäfte über Finanzleistungen nach Absatz 1 Satz 2.....“

Zumindest wird angeregt, für die Fixgeschäfte im Sinne des § 104 Abs. 1 S. 1 InsO-E klarzustellen, dass es Geschäfte i.S.d. § 103 InsO sein müssen. Die Regelung könnte beispielsweise in § 104 Abs. 3 InsO-E wie folgt lauten:

„Werden Geschäfte nach Absatz 1 durch einen Rahmenvertrag....., gilt die Gesamtheit der einbezogenen Geschäfte als ein Geschäft im Sinne des Absatzes 1; Geschäfte im Sinne des Absatz 1 Satz 1 gelten nur insoweit als einbezogen, als jeweils die Voraussetzungen des § 103 vorliegen. ...“

2. § 104 Abs. 4 InsO-E teilweise unklar und hinsichtlich der vorinsolvenzlichen Vertragsbeendigung problematisch

Die vorgesehene Vorschrift in § 104 Abs. 4 InsO-E ist im Kern sinnvoll, aber teilweise unklar formuliert.

Für Abgrenzungsschwierigkeiten könnte die Regelung in § 104 Abs. 4 S. 1 InsO-E sorgen, nach der die Parteien abweichende Bestimmungen treffen können, sofern diese mit den wesentlichen Grundgedanken der jeweiligen gesetzlichen Regelung vereinbar sind, von der abgewichen wird. Das ist unklar aus zwei Gründen.

Erstens ist ja die Regelung, von der abgewichen wird, jene des § 104 Abs. 1 bis 3 InsO-E, was in Abs. 4 nicht deutlich wird.

Zweitens ist die Formulierung aus dem AGB-Recht entlehnt. Dort sorgt die Prüfung des § 307 BGB bekanntlich für viel Unklarheit. Insbesondere ist der Grundgedanke der § 104 Abs. 1 bis 3 InsO seinerseits nicht ganz klar. Teils wird er allein im Schutz des Vertragspartners des insolventen Schuldners gesehen (K. Schmidt/Ringstmeier, InsO, § 104 Rdnr. 1), teils wird auf die schnelle Klärung der Rechtslage, aber auch auf den Schutz vor Spekulation des Verwalters abgestellt (Graf-Schlicker/Bornemann, InsO, § 104 Rdnr. 4), teils auch auf den Schutz der Masse, wie dies der BGH in seinem Urteil vom 9.6.2016 ebenfalls anspricht (BGH, Urteil vom 9.6.2016, IX ZR 314/14, Rdnr. 59 f.). Auch in der Begründung des Regierungsentwurfs sind die Unsicherheiten spürbar, wenn es dort heißt, der Schutz der Insolvenzmasse gehöre nicht zu den „primären“ Zwecken des § 104 InsO, womit er eben dort irgendwie dazugehört (Begr. RegE, S. 14).

M.E. sollte § 104 Abs. 4 S. 1 InsO-E daher nicht in das Gesetz aufgenommen werden. Es wäre mit dem Ziel des RegE, Rechtssicherheit zu schaffen, besser vereinbar, sich auf einen abschließenden Katalog zulässiger Abweichungen festzulegen.

Dabei sollte am besten zugleich auf die Regelung in § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 InsO-E verzichtet werden. Diese Nummer betrifft eine Beendigung des Vertrags vor Verfahrenseröffnung und ist daher im Dritten Teil der InsO, zu dem § 104 InsO gehört, ohnehin eher fehlplatziert, weil es dort um die Wirkungen der Verfahrenseröffnung geht. Gleiches gilt für § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 InsO-E.

Vor allem besteht die Gefahr, dass die in § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 InsO-E vorgesehene Möglichkeit der vertraglichen Beendigung bei Vorliegen eines Eröffnungsgrundes vom BGH künftig als Argument e contrario genommen wird, um in Fortführung der zuletzt im BGH-Urteil von 2012 (IX ZR 169/11) vertretenen Unzulässigkeit antragsabhängiger Klauseln auch allgemeine Lösungsklauseln, die an das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes anknüpfen, für unzulässig zu erklären. Diese allgemeine Diskussion zur Zulässigkeit von Lösungsklauseln und zur Reichweite von § 119 InsO sollte das Gesetz aber nicht präjudizieren, weil die Frage der Zulässigkeit von Lösungsklauseln im Allgemeinen eine schwierige Frage ist, die in der Literatur und Rechtsprechung noch nicht ausdiskutiert ist; insbesondere die vom BGH vertretene „Vorwirkung“ auf die Unzulässigkeit antragsabhängiger Klauseln ist dogmatisch höchst problematisch. Diese Diskussion sollte die Änderung des § 104 InsO nicht beeinflussen.

Denkbar erschiene allenfalls ein Hinweis, dass abweichende Bestimmungen, die an einen Zeitpunkt vor Verfahrenseröffnung anknüpfen, von § 104 InsO nicht erfasst werden, so dass sie auch nicht gegen § 119 InsO verstoßen können; die Insolvenzfestigkeit wäre damit gleichermaßen vorbehaltlich allgemeiner Regeln klargestellt, ohne dass eine ungewisse Prüfung anhand der „wesentlichen Grundgedanken“ erfolgen müsste.

Daher wird hier angeregt, § 104 Abs. 4 InsO-E unter Streichung von § 104 Abs. 4 S. 1 InsO-E wie folgt zu fassen:

„Für von den Vertragsparteien getroffene Bestimmungen, die vorsehen, dass die in Absatz 1 genannten Wirkungen vor der Verfahrenseröffnung eintreten (vertragliche Beendigung), gilt § 104 nicht. Im Übrigen können die Parteien für Geschäfte im Sinne von Absatz 1 abweichend von Absätzen 1 bis 2 vereinbaren, dass

[Abs. 4 S. 2 Nr. 3 a) bis c) wie vorgesehen]“

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass eine schlankere Norm mit dem eben vorgeschlagenen Inhalt auch anschlussfähig wäre, falls in Deutschland auf der Grundlage des zu erwartenden Vorschlags der EU-Kommission für eine dahingehende Richtlinie ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren eingeführt werden sollte. Denn es ist ja zu erwarten, dass künftige Klausel-

werke das Netting auch für die Beantragung oder Einleitung eines solchen Sanierungsverfahrens vorsehen würden. Die noch zu erwartende Diskussion über die Zulässigkeit solcher Klauseln im Falle eines solchen vorinsolvenzlichen Verfahrens würde daher nicht, wie nun durch § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 InsO-E, beeinflusst.

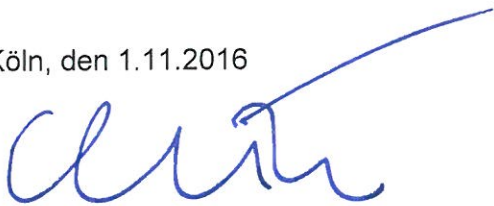
Darüber hinaus ist noch auf eine Besonderheit einzugehen, die wiederum dafür spricht, in § 104 Abs. 4 InsO-E keine Regelung über eine Vertragsbeendigung vor Verfahrenseröffnung zu treffen und darüber hinaus das Netting nach Maßgabe des § 104 Abs. 3 InsO-E nicht auf andere Geschäfte als Geschäfte über Finanzleistungen auszudehnen.

Denn wenn § 104 Abs. 4 S. 1 InsO-E die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer vertraglichen Beendigung vor Verfahrenseröffnung ausspricht, ist im Ausgangspunkt unklar, ob diese Regelung Teil des Forderungsstatuts oder des Insolvenzstatuts ist, ob also die Regelung nur anwendbar ist, wenn deutsches Recht das anwendbare Vertragsrecht ist, oder dann, wenn der Schuldner seinen Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen (COMI) in Deutschland hat. Welches das Insolvenzstatut ist, steht aber nicht fest, bis der Insolvenzantrag gestellt ist, weil der COMI noch veränderlich ist. Anders formuliert wirft eine Regelung der Unwirksamkeit oder Wirksamkeit einer vertraglichen Beendigung vor Verfahrenseröffnung oder jedenfalls vor Antragstellung Schwierigkeiten auf, wenn man sie als Teil des Insolvenzstatuts qualifiziert, weil dann die Anwendbarkeit möglicherweise noch veränderlich ist. Das Problem besteht insbesondere für Verträge, die keine Finanzdienstleistungen betreffen, weil dann die EulnsVO gilt und nicht § 340 Abs. 2 InsO, also nicht das gewählte Vertragsrecht (wie im BGH-Urteil vom 9.6.2016, siehe dort Rdnr. 51 f.). Geht es um ein Netting etwa im Energiegroßhandel und für Lieferungsgeschäfte über Waren, würde die EulnsVO gelten, sofern die insolvente Person kein Kreditinstitut oder keine Wertpapierfirma i.S.d. Art. 1 Abs. 2 EulnsVO ist. Solche Netting-Vereinbarungen unterliegen mangels Anwendbarkeit des Art. 6 EulnsVO der *lex fori concursus* (Art. 4 EulnsVO, künftig: Art. 7 EulnsVO). Art. 9 EulnsVO (künftig: Art. 12 EulnsVO) gilt nur für Rechte und Pflichten der Mitglieder eines Zahlungs- oder Abwicklungssystems oder eines Finanzmarktes. Bis zur Stellung des Insolvenzantrags ist ganz offen, ob § 104 InsO überhaupt zur Anwendung kommt. Das hängt eben auch davon ab, welche Vertragspartei insolvent wird und ob sie dann zu diesem Zeitpunkt der Antragstellung ihren COMI in Deutschland hat. Die Rechtsunsicherheit würde daher noch erhöht, wenn nunmehr eine entsprechende Regelung in die InsO eingeführt wird, die auch bei anderen als Finanzleistungen eine vertragliche Gesamtbeendigung vor Verfahrenseröffnung ermöglicht. Auch das spricht tendenziell dafür, auf Regelungen zur vorinsolvenzlichen Vertragsbeendigung in § 104 InsO-E für Verträge außerhalb der Finanzleistungen zu verzichten.

III. Fazit

1. Der Gesetzentwurf ist im Grundsatz sinnvoll.
2. Das Netting nach § 104 Abs. 3 InsO-E sollte auf Verträge über Finanzleistungen beschränkt bleiben oder es sollten jedenfalls nur solche Fixgeschäfte einbezogen werden, die Verträge i.S.d. § 103 sind (Formulierungsvorschlag s.o.).
3. § 104 Abs. 4 S. 1 InsO-E sollte gestrichen und § 104 Abs. 4 InsO-E insgesamt umformuliert werden (Formulierungsvorschlag s.o.).

Köln, den 1.11.2016



(Prof. Dr. Christoph Thole)