



Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
Mittwoch, den 9. November 2016, 18.30 Uhr
Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung

Stellungnahme von EFET Deutschland

Frage 1:

Welche Bedeutung hat Close-Out Netting für die Realwirtschaft?

Antwort 1:

Für die Realwirtschaft ist Close-Out-Netting ein wichtiges Instrument, um Kreditrisiken zu begrenzen. Dies ermöglicht die Beschaffung und den Handel mit Waren auf Basis von Rahmenverträgen, bei den nur das Kreditrisiko nach Verrechnung aller Einzelrisiken besichert werden muss.

Frage 2:

Welche Auswirkung hätte es, wenn die Marktteilnehmer keine Vertrauen mehr haben in wirksames Close-Out-Netting gegenüber deutschen Unternehmen der Realwirtschaft?

Antwort 2:

Dies würde bedeuten, dass jede Marktpreisschwankung für jede Einzeltransaktion ein eigenständiges Risiko bedeuten würde. Bei der Vielzahl von Einzeltransaktionen unter einem Rahmenvertrag würde so ein Bruttoisiko entstehen, welches ein Vielfaches des Nettoisikos bei Nutzung des Close-Out-Netting ausmachen kann. Dieses viel höhere Bruttoisiko müsste dann besichert werden, oder deutsche Marktteilnehmer wären in erheblichen Umfang vom Zugang zu den Märkten abgeschnitten, da ihre Handelslimite schneller erschöpft wären.

Zudem werden Waren grenzüberschreitend gehandelt und da in anderen Rechtsordnungen (zB Großbritannien) Close-Out-Netting unzweifelhaft wirksam ist, würde zudem ein Wettbewerbsnachteil für deutsche Unternehmen entstehen. Ein Ausweichen in andere Rechtsordnungen ist ihnen durch Rechtswahl nicht möglich, da sie der deutschen Insolvenzordnung gemäß dem centre of main interest unterliegen (COMI). Letztlich würde dann nur ein Verlagerung des Unternehmenssitzes helfen.

Frage 3:

Sehen sie Energielieferungen vom Warenbegriff des § 104 Absatz 1 umfasst?

Antwort 3:

Ja. Die Regelung in § 104 InsO-E erfasst alle in der Praxis relevanten Energiehandelsprodukte. Die Gesetzesbegründung macht deutlich, dass auf die Nennung von Beispielen verzichtet wird, weil die in § 104 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 bis 4 InsO genannten Geschäftstypen auch in der Definition des Finanzinstruments der neugefassten Finanzmarktrichtlinie aufgeführt werden. Daher werden Energiehandelsprodukte wie andere Waren und Finanzinstrumente im Gesetzestext nicht ausdrücklich genannt. Es ist jedoch der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers, dass auch Energiehandelsprodukte in den Anwendungsbereich des § 104 InsO fallen.

Diese Einschätzung ergibt sich aus folgender Verweiskette: Der Gesetzesentwurf zur Änderung der Insolvenzordnung verweist in Art. 2 zu § 104 Abs. 1 Nr. 2 auf Finanzinstrumente. Für die Definition der Finanzinstrumente verweist Absatz 1 schließlich auf Anhang I Abschnitt C der neuen Finanzmarktrichtlinie. Darin sind als Teil der Finanzinstrumente-Definition insbesondere in C5 bis C7 Geschäfte in Bezug auf Waren mit aufgezählt.

Gerade in Bezug auf Energiegroßhandelsprodukte wird in C6 eine Unterscheidung gemacht, wonach solche die auf geregelten Märkten oder MTFs gehandelt werden Finanzinstrumente sind, dagegen solche die auf OTFs gehandelt werden und die effektiv geliefert werden müssen, keine Finanzinstrumente sind und damit schlichte Warenlieferungen.

Dies steht auch im Einklang mit dem Warenbegriff der schon in Art. 2(1) der Verordnung (EG) Nr. 1287/2006 der Kommission zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG [MiFID I] verwendet wird und der wie folgt lautet:

„Ware“ bezeichnet Güter fungibler Art, die geliefert werden können; dazu zählen auch Metalle sowie ihre Erze und Legierungen, landwirtschaftliche Produkte und Energien wie Strom.

Dieser Warenbegriff wird jeweils im Art. 2 (6) die entworfenen Delegierten Verordnungen der Kommission zur Ergänzung (i) der Richtlinie 2014/65 (MiFID II) sowie (ii) der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 (MiFIR) exakt so fortgeführt.

Ebenso hatte der EUGH bereits mit seinem Urteil vom 27.04.1994 zu C-392-92 entschieden, dass Elektrizität eine Ware im Sinn der Europäischen Verträge ist.

Genauso hat der BGH in seinem Beschluss vom 18.03.2009 festgehalten, dass es sich bei Strom und Gas um Waren im Sinn des § 312b Satz 1 BGB handelt und Elektrizität ist Ware im Sinn des § 241a des BGB (siehe Stresemann in Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage 2015, § 90 Rdnr. 24).

Energielieferungen selbst sind daher als Warenlieferungen im Sinne des § 104 InsO anzusehen (siehe auch Kroth in Braun, Insolvenzordnung 6. Auflage 2014, § 104 Rdnr. 3).

Wir würden begrüßen wenn dies auch in der Gesetzesbegründung festgehalten werden könnte.

Frage 4:

Könnte es aus Ihrer Sicht Sinn machen Close-Out-Netting auf diejenigen Marktteilnehmer zu begrenzen, die unter der Finanzmarktregulierung regulierte Einheiten sind?

Antwort 4:

Dies macht praktisch keinen Sinn. Der Warenhandel findet zwischen regulierten Einheiten wie Banken und Investmentfirmen sowie sogenannten non-financial-counterparties (NFCs) statt, also Unternehmen der Realwirtschaft statt. Wenn nun gerade gegenüber diesen Unternehmen der Realwirtschaft kein wirksames Close-Out-Netting stattfinden könnte, würde dies zu Verwerfungen führen.

Entweder müssten die regulierten Einheiten in größerem Umfang Eigenkapital vorhalten, da wirksames Close-Out-Netting gegenüber Ihren Geschäftspartnern eine Anforderung der CRD IV und CRR ist, oder sie würden realwirtschaftliche Unternehmen vom Handel schneller ausschließen. Zudem sind auch NFCs unter der EMIR verpflichtet tägliche Besicherung der Kreditrisiken durch margining agreements zu betreiben, wenn die im größeren Umfang am Markt tätig sind, was sich jederzeit ändern kann. Diese margining agreements setzen aber wirksames Close-Out Netting voraus. Close-Out-Netting sollte daher wie auch bisher im § 104 InsO vom Produkt abhängen und nicht von regulatorischen Status des Marktteilnehmers.

Deutsches Aktieninstitut
● ● ●



Verband Deutscher
Metallhändler e. V.



WVMETALLE



bdew

Bundesverband der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.



VKI

VERBAND KOMMUNALER
UNTERNEHMEN e.V.

Berlin, den 10.10.2016

Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neufassung § 104 InsO

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir wollen die Gelegenheit nutzen, gemeinsam im Namen von den hier zeichnenden Verbänden zum Regierungsentwurf zur Neufassung des § 104 InsO vom 23.09.2016 [Drucksache 548/16] Stellung zu nehmen.

In letzter Zeit ist durch höchstrichterliche Rechtsprechung die Durchsetzbarkeit der Liquidationsnettingklauseln zumindest teilweise in Frage gestellt worden.

Der o.g. Regierungsentwurf findet in der uns vorliegenden Fassung vom 23.09.2016 unsere Unterstützung, da er eine erhebliche Rechtsunsicherheit bei den praxisüblichen Rahmenverträgen beseitigt.

Durch die jetzt gewählte Ausgestaltung wird nunmehr, die schon bei Erlassen der zurzeit gültigen Fassung beabsichtigte insolvenzrechtliche Gleichbehandlung von Fixgeschäften und

Finanzleistungen klar zum Ausdruck gebracht und die Möglichkeiten der vertraglichen Ausgestaltung des Liquidationsnetting dogmatisch wie systematisch klar und durchgängig geregelt.

Damit folgt die Neuregelung der bereits üblichen Praxis. Beispielsweise sehen bereits heute die von EFET herausgegeben und international als Marktstandard gebrauchten Rahmenverträge für den Energiehandel und andere branchenüblichen Rahmenverträge als wesentlichen Vertragsbestandteil außerordentliche Kündigungsmöglichkeiten vor, welche die vertragschließenden Parteien frei verhandeln können. So kann z.B. bei einer Verschlechterung der Bonität eines Vertragspartners, oder einer drohenden Insolvenz, ein außerordentliches Kündigungsrecht im Rahmenvertrag vereinbart werden. Typischerweise werden bei der Abwicklung des Dauerschuldverhältnisses die Forderungen aus einer Vielzahl von Einzelverträgen zusammen betrachtet und durch Verrechnung glattgestellt.

Die jetzt vorgesehene Klarstellung in der InsO ist nach unserer gemeinsamen Auffassung geeignet, die Verunsicherung des Marktes, vor allem im EU-Ausland, zu beseitigen.

Da Liquidationsnetting in den wesentlichen Märkten der EU anerkannt ist, ist hier im Bezug auf deutsche Handelsunternehmen eine kompetitive Schieflage im europäischen Vergleich entstanden. Besonders in Deutschland ansässige Handelsunternehmen drohen, mit erheblich erhöhten Besicherungsanfragen konfrontiert zu werden. Dies bedarf einer schnellen Lösung, die durch den Vorschlag erreicht wird.

Gerne möchten wir Ihnen in einem persönlichen Gespräch unsere Argumente für den neuen Regierungsvorschlag erläutern.

Wir werden uns daher in den kommenden Tagen mit der Bitte um einen Gesprächstermin an Sie wenden und würden uns über die Gelegenheit zu einem persönlichen Austausch mit Ihnen freuen.

Sehr gerne stehen wir Ihnen für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Stefan Kapferer, Hauptgeschäftsführer, BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.



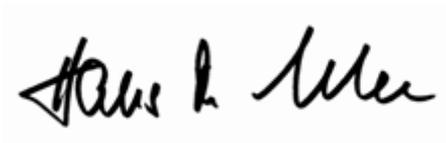
Gerhard Handke, Hauptgeschäftsführer, BGA Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V.



Dr. Franz-Josef Leven, Stellvertretender Geschäftsführer, Deutsches Aktieninstitut e.V.



Dr. Jan Haizmann, Mitglied des Vorstands, EFET Deutschland - Verband Deutscher Energiehändler e.V.



Hans Hermann Nacke, Geschäftsführer, VCI Verband der Chemischen Industrie e.V.



Ralf Schmitz, Hauptgeschäftsführer, VDM Verband Deutscher Metallhändler e.V.



Katherina Reiche, Hauptgeschäftsführerin, VKU Verband kommunaler Unternehmen e.V.



Nikolai Malanowski, Geschäftsführer, WGM Wirtschaftsverband Großhandel Metallhalbzeug e.V.



Franziska Erdle, Hauptgeschäftsführerin, WVMetalle Wirtschaftsvereinigung Metalle e.V.

Deutsches Aktieninstitut



Verband Deutscher
Metallhändler e. V.



WVMETALLE



bdew

Bundesverband der Energie- und
Wasserwirtschaft e. V.



V&U

VERBAND KOMMUNALER
UNTERNEHMEN e.V.

Berlin, den 13.07.2016

Sehr geehrte Damen und Herren,

die **Urteile des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2016** zur Wirksamkeit von Abrechnungsvereinbarungen für den Fall der Insolvenz (BGH IX ZR 314/14) und **vom 15.11.2012** zur Wirksamkeit insolvenzrechtlicher Lösungsklauseln (BGH IX ZR 169/11) drohen das internationale Finanz- und Handelsgeschäft und die Rohstoffbeschaffung für die deutsche Realwirtschaft durch milliardenschwere Belastungen stark zu beeinträchtigen.

Schon durch sein Urteil vom 15.11.2012 hatte der BGH – ungewollt – eine erhebliche rechtliche Unsicherheit unter den Marktteilnehmern darüber hervorgerufen, unter welchen Voraussetzungen die aktuelle Insolvenzordnung die Vertragskündigung bzw. automatische Vertragsbeendigung und die damit verbundene Aufrechnung (**sog. Close-Out Netting**) bei Insolvenz der Vertragspartei noch zulässt. Diese Unsicherheit wurde durch das jüngste BGH-Urteil noch weiter verstärkt und auf Verträge über Finanzleistungen und die Verrechnung der Rest-Erfüllungsrisiken ausgedehnt. Negativ betroffen hiervon ist unmittelbar das Risikomanagement bei der Nutzung von Muster-Rahmenverträgen. Diese Rahmenverträge werden vor allem auf der Großhandelsstufe genutzt, zum Beispiel zwischen

Erzeugern, Weiterverteilern, großen Industriekunden oder Händlern, um Einzelabschlüsse für Bezug und Verkauf von Rohstoffen zu erleichtern.

Es bedarf daher einer zeitnahen gesetzgeberischen Maßnahme, um diese Unsicherheiten und daraus folgende finanzielle Belastungen der Realwirtschaft zu vermeiden.

Dazu nachfolgend im Einzelnen:

1. Risiken durch Close-Out Netting begrenzen

Ein wichtiger Teil der vertraglichen Regelungen zielt darauf ab, das Kreditrisiko zu minimieren, d.h. Vermeidung von Verlusten aus offenen Forderungen durch Bonitätsverschlechterungen oder sogar Insolvenz des Vertragspartners. Dafür werden über rahmenvertragliche Vereinbarungen möglichst alle Einzeltransaktionen zwischen den Vertragspartnern gebündelt. Durch Saldierung der Marktwerte aller Einzelabschlüsse der noch ausstehenden Forderungen und Verbindlichkeiten kann jederzeit das Rest-Erfüllungsrisiko berechnet werden. Idealerweise ist bereits bei Vorliegen eines Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens eines Geschäftspartners aufgrund dieser Vereinbarung dann nur der saldierte Betrag an den insolventen Geschäftspartner zu zahlen oder – je nachdem ob der Saldo positiv oder negativ ist - von ihm zu fordern. Im Fall der Forderung gegen das insolvente Unternehmen unterliegt nur der saldierte Betrag dem Risiko, nicht oder nur in Höhe der Insolvenzquote erfüllt zu werden.

Voraussetzung für die Anwendung des Close-Out Netting ist aber die insolvenzrechtliche Anerkennung beider Komponenten dieser Risikobegrenzung, also:

- (i) die außerordentliche sowie automatische Vertragsbeendigung im Insolvenzfall des Geschäftspartners und
- (ii) die Verrechnung der Marktwerte aus allen Einzelabschlüssen.

Allerdings ist die Durchsetzbarkeit dieser beiden Komponenten im deutschen Insolvenzrecht nicht ausreichend klargestellt. Wesentlicher Anlass für die jüngsten Unsicherheiten in Bezug auf in Deutschland ansässige Unternehmen sind unklare Regelungen in der Insolvenzordnung, die bei der Bewertung der Auswirkungen der oben genannten BGH-Urteile erneut zu Tage getreten sind. Die Insolvenzordnung erkennt einerseits Rahmenverträge im Sinne eines einheitlichen gegenseitigen Vertrages bzgl. Finanzleistungen eindeutig an, aber nicht ausdrücklich für Waren. Zudem gibt sie den Parteien nicht eindeutig die Möglichkeit, bei Verträgen, bei denen der Insolvenzverwalter keine Erfüllung verlangen kann (§ 104 InsO), die Forderung wegen Nichterfüllung auf Basis der vertraglichen Close-Out-Netting-Regeln zu berechnen.

2. Zeitpunkt der Saldierung beim Close-Out Netting klären

Auch der Stichtag für die Saldierung beim Close-Out Netting ist derzeit zweifelhaft. Regelmäßig wird die nicht insolvente Vertragspartei bereits bei Insolvenzantrag der Gegenpartei geeignete Ersatzgeschäfte vornehmen. Bereits zu diesem Zeitpunkt muss ein sorgfältiger Kaufmann normalerweise davon ausgehen, dass sein abgesichertes Risiko wieder offen ist. Dementsprechend sollte der Tag der Insolvenzantragstellung maßgebend für das Close-Out Netting sein dürfen und nicht erst der zweite Tag nach Insolvenzeröffnung, wie es § 104 InsO vorsieht.

3. Folgen der Rechtsunsicherheit vermeiden

In Anbetracht dieser Rechtsunsicherheiten drohen deutschen Marktteilnehmern **erhebliche Wettbewerbsnachteile in Form eingeschränkter Handelsmöglichkeiten**. Selbst bei bloßen Unsicherheiten über die Wirksamkeit oder die Berechnungsmodalitäten des Close-Out Netting besteht die Gefahr, dass insbesondere ausländische Geschäftspartner das sich aus der Handelsbeziehung mit ihren deutschen Geschäftspartnern ergebende Wiedereindeckungsrisiko einer Bruttobewertung unterziehen. Dabei gehen die Marktteilnehmer davon aus, dass die Einzeltransaktionen unter dem Rahmenvertrag – entgegen der Absicht der Parteien – im Insolvenzfall nicht einheitlich beendet und nicht saldiert werden können. Marktteilnehmer, die sich auf die Wirksamkeit von Nettingvereinbarungen mit deutschen Vertragspartnern nicht verlassen können, werden alle Einzeltransaktionen für den Schadensausgleich separat betrachten und unterstellen, dass sie etwaige Verbindlichkeiten aus diesen Einzeltransaktionen zu erfüllen hätten. Sie könnten ihre Forderungen dagegen aber maximal in Höhe der Insolvenzquote befriedigen und eine Verrechnung der Positionen wäre ausgeschlossen.

Die Folge ist, dass der Wert jeder Transaktion einzeln und eben nicht nur die Nettoposition aus dem Saldo aller Transaktionen abzusichern ist, was die von dem jeweiligen Geschäftspartner einzubringenden Sicherheiten (bspw. in Form von Barmitteln oder Bankbürgschaften) betragsmäßig deutlich erhöht.

Der erhöhte Besicherungsbedarf bei der Brutto-Betrachtungsweise verursacht zusätzliche Kosten und entzieht dem Unternehmen und gegebenenfalls auch dem Sicherheitengeber Liquidität, die bei einer Netto-Betrachtung für operative Investitionen in Wachstum und Beschäftigung zur Verfügung stünde. Grundsätzlich könnte die Bereitschaft ausländischer Firmen sinken, mit deutschen Unternehmen in Vertragsbeziehungen im Großhandelsmarkt zu treten. Bei gleichem Geschäftsumfang besteht bei größeren Unternehmen ein größeres Kreditrisiko als bei Vertragsparteien aus Rechtsräumen, in denen Close-out Netting nach klaren Regeln möglich ist.

Nach der 2012 erlassenen **EU-Verordnung EMIR** (Verordnung über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister) ist grundsätzlich eine Besicherung von Handelsgeschäften über einen täglichen Austausch in Geld vorgesehen. Müsste die Besicherung bei deutschen Unternehmen auf Basis der Brutto-Position erfolgen, wären die Handelsgeschäfte für deutsche Unternehmen unverhältnismäßig verteuert. EMIR erkennt auch ausdrücklich Close-Out-Vereinbarungen als Mittel der Risikominderung an. Dieser ganzheitlichen Betrachtung von Handelsbeziehungen sollte das deutsche Insolvenzrecht unmissverständlich folgen.

Schließlich ist es auch **gesamtwirtschaftlich** nicht von Interesse, dass in einer Rahmenvertragsbeziehung über die Lieferung von Waren eine Einzelgeschäftsbetrachtung entgegen dem Parteiwillen erfolgen muss. Zwar wirkt sich diese Betrachtung im Insolvenzfall für das insolvente Unternehmen oft vorteilhaft aus. Dieser Vorteil ist aber nicht schützenswert.

Für die Anerkennung des Close-Out Netting im Großhandel spricht der gesamtwirtschaftliche Vorteil der rechtssicheren Reduzierung des Ausfallrisikos bei beiden Vertragspartnern. Die Verwirklichung von erhöhten Bruttoausfallrisiken kann unerwünschte Kettenreaktionen auslösen, deren Vermeidung schon nach dem erkennbaren Willen des früheren Gesetzgebers gegenüber dem Schutz der Insolvenzmasse höherrangig ist (BT-Drs. 12/7302 S. 168, Bericht des Rechtsausschusses zum Regierungsentwurf der InsO zum damaligen § 118 Abs. 2, jetzt § 104 Abs. 2). Dies gilt für Warengeschäfte der Realwirtschaft ebenso wie bei entsprechenden Vereinbarungen über Finanzleistungen, weshalb eine gesetzgeberische Klarstellung diesbezüglich längst überfällig ist.

4. Unsicherheiten im Gesetz klarstellen

Damit der Wirtschaftsstandort Deutschland attraktiv bleibt, muss die „**Netting-Freundlichkeit**“ des deutschen Rechts sichergestellt werden. Die Aufnahme einer ausdrücklichen Anerkennung von vertraglichen Close-Out-Netting-Regelungen auch für Rahmenverträge über Waren ist daher zur Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit der Großhandels- und Finanzmärkte in Deutschland dringend notwendig.

Wir würden uns sehr freuen, wenn Sie sich für eine diesbezügliche Gesetzesklarstellung einsetzen würden. Deren Notwendigkeit ist daran zu erkennen, dass die BaFin als Reaktion auf das jüngste BGH-Urteil eine Allgemeinverfügung erlassen hat, um die Stabilität der Finanzmärkte nicht zu gefährden. Zudem haben in einer Pressemitteilung das Bundesministerium der Finanzen und das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz klargestellt, dass sie gesetzgeberische Maßnahmen für eine kurzfristige Klarstellung oder Präzisierung der Insolvenzordnung prüfen, um zu gewährleisten, dass die gängigen Rahmenverträge auch weiterhin im Markt anerkannt werden. Eine Klarstellung halten wir für die deutsche Realwirtschaft im Hinblick auf Rahmenverträge für Warenlieferungen wie auf Finanztermingeschäfte dringend geboten.

Sehr gerne stehen wir Ihnen für Rückfragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Stefan Kapferer, Hauptgeschäftsführer, BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.



Gerhard Handke, Hauptgeschäftsführer, BGA Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V.



Dr. Franz-Josef Leven, Stellvertretender Geschäftsführer, Deutsches Aktieninstitut e.V.



Barbara Lempp, Geschäftsführerin, EFET Deutschland - Verband Deutscher Energiehändler e.V.



Hans Hermann Nacke, Geschäftsführer, VCI Verband der Chemischen Industrie e.V.



Ralf Schmitz, Hauptgeschäftsführer, VDM Verband Deutscher Metallhändler e.V.



Katherina Reiche, Hauptgeschäftsführerin, VKU Verband kommunaler Unternehmen e.V.



Nikolai Malanowski, Geschäftsführer, WGM Wirtschaftsverband Großhandel Metallhalbzeug e.V.



Franziska Erdle, Hauptgeschäftsführerin, WVMetalle Wirtschaftsvereinigung Metalle e.V.