



Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

Prof. (em.) Dr. Johannes Köndgen

53113 Bonn
Adenauerallee 24-42
Tel.: (0228) 24 25 503
Email:
johannes.koendgen@jura.uni-bonn.de

Bonn, 08.11.2016

Stellungnahme zum **Regierungsentwurf für ein Drittes Gesetz zur Änderung der InsolvenzO (Reform des § 104 InsO)** **BR-Drucks. 548/16**

1. Die Vorgeschichte: Verfassungskonflikt zwischen Exekutive und Dritter Gewalt

Unmittelbarer Anlass für das zu kommentierende Gesetzgebungsverfahren ist ein historisch nahezu einmaliger Verfassungskonflikt zwischen Exekutive und Dritter Gewalt: Die Exekutive – repräsentiert durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) - erklärt durch behördliche Allgemeinverfügung das Urteil eines Obersten Bundesgerichts für unbeachtlich und maßt sich damit die Position eines „Superrevisionsgerichts“ an. Als Begründung für diese **Kompetenzanmaßung** werden - tatsächliche oder angebliche – Unklarheiten in dem für irrelevant erklärten Urteil des Bundesgerichtshofs ins Feld geführt. Unterstellt, diese Mängel des BGH-Urteils existierten tatsächlich: dann wäre es die Rechtspflicht der Behörde gewesen, die offengebliebenen Rechtsfragen im BGH-Urteil entweder durch eingehendere Auslegung des geltenden Rechts (§ 104 InsO idF von 2004) im Rahmen der Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu lösen oder den Gesetzgeber um dessen Präzisierung oder ggf. Korrektur zu ersuchen (so zutreffend schon *Frank Schäfer*, BKR 2016, 321, 324).

Niemand anders als der Gesetzgeber konnte diese Kompetenzanmaßung zurückweisen. Selten ist nach alledem die übliche allgemeine Floskel am Ende eines Gesetzentwurfs von größerer Überzeugungskraft gewesen: „Alternativen: keine“.

2. Die rechtspolitischen Optionen im Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit der Gläubiger, Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger und Bankaufsichtsrecht

Der hochtechnische Charakter des Rechts der Finanzderivate und deren insolvenzrechtlicher Behandlung lässt allzu schnell vergessen, dass es im vorliegenden Regierungsentwurf um geradezu fundamentale Fragen des Insolvenzrechts geht: um das mehrdimensionale Spannungsverhältnis zwischen vertraglicher Insolvenzvorsorge seitens der Gläubiger des späteren Insolvenzschuldners, Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger nach Verfahrenseröffnung, Maximierung der Insolvenzmasse und Kapitalanforderungen an Finanzinstitute. Dieses Spannungsverhältnis und die Priorität der einzelnen Regelungsziele können nur politisch entschieden werden.

a) § 104 InsO als gesetzliches und/oder vertragliches Insolvenzprivileg

Bereits in seiner Urfassung von 1994 verschafft § 104 InsO anerkanntermaßen den Gläubigern von Derivatkontrakten ein **Insolvenzprivileg gegenüber den anderen, „einfachen“ Insolvenzgläubigern**. Das Privileg basiert auf zwei Regelungen: (1) Das gesetzlich zwingende (§ 119 InsO) und zum Vorteil der Masse (dh des Gläubigerkollektivs) auszuübende **Wahlrecht des Insolvenzverwalters** gem. § 103 InsO wird **suspendiert**. (2) Suspendiert werden ferner die – ebenfalls „massefreundlichen“ **Aufrechnungsregeln** in §§ 95, 96 InsO. Der RegE erweitert das bestehende Insolvenzprivileg noch, indem er den Kontrahenten von Derivatkontrakten für den Insolvenzfall über § 104 InsO (in der noch geltenden Fassung) hinausgehende Gestaltungsspielräume eröffnet (dazu nachstehend c) und d)).

Jedes Insolvenzprivileg verkürzt einen seit jeher geradezu fundamentalen Grundsatz des Insolvenzrechts: die **Gleichbehandlung der Gläubiger** (*par conditio*-Prinzip). Dieser Grundsatz verkörpert ein evidentes Gerechtigkeitspostulat; darum bedarf jede Ausnahme hiervon einer tragfähigen Rechtfertigung.

b) Ist das Nettingprivileg der Derivategläubiger grundsätzlich gerechtfertigt?

Die rechtspolitische und ebenso die wissenschaftliche Diskussion um Grund und Grenzen des Nettingprivilegs ist bislang erstaunlich unergiebig. Dem InsO-Gesetzgeber von 1994 ging es primär um die Anpassung und Anschlussfähigkeit des deutschen Insolvenzrechts an die transnationalen Usancen auf den Derivatmärkten, repräsentiert durch grenzüberschreitend harmonisierte sog. **Rahmenverträge**. § 104 InsO war und ist damit im Wesentlichen kodifizierte transnationale Vertragspraxis. Politisches Programm war ein (vor 20 Jahren überaus populäres) Mantra in der deutschen Finanzmarktgesetzgebung: die „Stärkung des Finanzplatzes Deutschland“.

Die wissenschaftliche Diskussion hat dem wenig Substanzielles hinzuzufügen gewusst. Allenfalls eine Scheinbegründung ist der - sogar in der Begründung des RegE wiederholte – Einwand, dem Insolvenzverwalter dürfe in Gestalt eines Wahlrechts bezüglich der Derivatkontrakte nicht gestattet werden, auf Rechnung der Masse zu spekulieren. Ich habe noch keinen Verwalter gesehen, der Freude daran hat, unter Inkaufnahme von Haftungsrisiken leichtfertig zulasten der Masse zu spekulieren. Vordergründig ist auch ein weiteres Argument, nämlich, dass das Nettingprivileg vor allem dem Schutz des Kontrahenten des Insolvenzschuldners diene (vgl. zuletzt wiederum Begründung RegE, S. 13). Bei diesen Kontrahenten handelt es sich typischer Weise um hochprofessionelle Marktakteure. Warum gerade ihnen – und nicht auch den anderen Vertragsgläubigern des Schuldners – dieses Privileg eingeräumt werden soll, erschließt sich nicht ohne Weiteres.

Die gegenwärtige und unbefriedigende Diskussionslage könnte nach alledem den Verdacht nähren, dass das Nettingprivileg letztlich nichts anderes ist als ein großzügiges gesetzgeberisches Geschenk an die Turbokapitalisten angelsächsischer Provenienz. Dieser Verdacht scheint in der Tat der Stellungnahme von Prof. Paulus zum vorliegenden RegE (Stellungnahme vom 8.10.2016, sub Ziff. III; ähnlich schon *Paulus*, ZIP 2016, 1233) zugrunde zu liegen.

Der Verdacht erweist sich als gegenstandslos, wenn man das Nettingprivileg nicht auf „individualrechtliche“ Schutzerwägungen stützt, sondern auf den gebotenen **Institutions- und Funktionsschutz für Finanzmärkte**. Dem InsO-Gesetzgeber von 1994 war die Vorstellung von systemischen Risiken auf grenzüberschreitend vernetzten Derivatmärkten noch kaum geläufig. Dieses Bewusstsein hat sich bekanntlich im Gefolge der Finanzkrise dramatisch gewandelt. Im Funktionsschutz vor systemischen Risiken ist heute die grundsätzliche Rechtfertigung des Nettingprivilegs zu finden. Zusammengefasst: Die zu erwartenden volkswirtschaftlichen Schäden infolge systemischer Risiken übersteigen die den „einfachen“ Insolvenzgläubigern zugemuteten Einbußen.

c) Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Insolvenzrecht

Im jetzigen RegE geht es nicht mehr primär um eine grundsätzliche Rechtfertigung des Nettingprivilegs; diese ist bereits im geltenden Recht vorausgesetzt. Der RegE will das Privileg maßvoll erweitern, indem er den Parteien von Derivatekontrakten privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten für den Insolvenzfall eröffnet. Dies stellt die Grundsatzfrage nach dem **Verhältnis zwischen privatautonomer Insolvenzvorsorge und der prinzipiell zwingenden Geltung des Insolvenzrechts**.

Insolvenzrecht ist grundsätzlich zwingendes Recht, weil das Eigeninteresse der einzelnen Gläubiger sowohl im Vorfeld der Insolvenz als auch nach Eröffnung des Verfahrens einem kollektiven Akkord der Gläubiger im Wege steht (sog. Marktversagen). Diesen zwingenden Charakter – und damit die Unzulässigkeit privatautonomer Gestaltungen – bestätigt für die

insolvenzrechtliche Abwicklung schwebender gegenseitiger Verträge ausdrücklich nochmals § 119 InsO.

Andererseits sind dem Insolvenzrecht privatautonome Vereinbarungen zur Insolvenzvorsorge und zur Begründung individueller Insolvenzprivilegien keineswegs fremd. Bekanntestes Beispiel sind die „insolvenzfesten“ Kreditsicherheiten, die sich professionelle Gläubiger von ihren Schuldnern vorsorglich bestellen lassen und die als Aus- oder Absonderungsrechte verhindern, dass diese Gläubiger am vergemeinschafteten Insolvenzrisiko der nicht privilegierten Gläubiger teilnehmen. Die Verkürzung der Insolvenzmasse durch solche Vorrechte ist im Insolvenzrecht seit jeher grundsätzlich akzeptiert. Freilich sind auch dieser privaten Insolvenzvorsorge Grenzen gesetzt. Bereits das materielle Recht verhindert durch das Verbot der Übersicherung missbräuchliche Gestaltungen. Gleichfalls unterwirft das Insolvenzrecht die vertragliche Begründung von Insolvenzprivilegien im Vorfeld der Verfahrenseröffnung der Insolvenzanfechtung.

Parallelen zwischen der Privatvorsorge durch Bestellung von Kreditsicherheiten und der Ausgestaltung des Nettingprivilegs durch die privaten „Rahmenverträge“ sind unübersehbar. Hier wie dort kommt es mithin darauf an, die Balance zwischen privater Insolvenzvorsorge und dem Schutz der Masse (als Platzhalter für das kollektive Interesse der Insolvenzgläubiger) sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu finden. Entgegen Andeutungen in der Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft vom 11.10.2016 geht es also nicht darum, die gegenwärtige Vertragspraxis unangetastet zu lassen (nach der allgemeinen Devise „Weitermachen wie bisher“).

d) Die Konzeption des Regierungsentwurfs: § 104 Abs. 1 und 2 InsO-E als gesetzliches „Leitbild“ der Vertragspraxis

Der RegE versucht, die gebotene Balance in Gestalt einer ebenso originellen wie intelligenten Konzeption zu finden: § 104 Abs. 4 S. 1 InsO-E lässt privaten Gestaltungen Raum, „sofern diese mit den wesentlichen Grundgedanken der jeweiligen gesetzlichen Regelung vereinbar sind“. In etwas ungenauer Formulierung (dazu noch nachstehend unter Ziff. 3) besagt die Vorschrift damit: Die Rahmenverträge der Marktpraxis müssen sich an dem in § 104 Abs. 1 und 2 InsO-E statuierten **gesetzlichen Leitbild orientieren**.

Das Vorbild für diese Abgrenzung zwischen Vertragsfreiheit und objektivem Gesetzesrecht ist unverkennbar. Auch im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen schafft der Gesetzgeber durch § 307 Abs. 1 und 2 BGB **halbzwingendes Recht**, indem er privatautonome Gestaltungen zwar prinzipiell freigibt, diese aber an das gesetzliche Leitbild bindet (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Die Parallele zum AGB-Recht liegt keineswegs fern. Auch die Rahmenverträge sind als AGB formuliert.

Allerdings geht der RegE und seine Begründung nicht auf einige Folgefragen dieser Konzeption ein. Für die AGB-Kontrolle stellt das BGB ein ausgeklügeltes Verfahren zur Verfügung, insbesondere in Gestalt der Verbandsklage zum Zwecke einer „abstrakten“ bzw. präventiven Klauselkontrolle. Als Alternative könnte diese Aufgabe der BaFin übertragen werden. Andernfalls wäre mit einer Flut von Individualprozessen zu rechnen, und zwar jeweils erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens. Ebenfalls ungeklärt bleibt, ob nach § 104 Abs. 4 InsO-E – wie nach ganz herrschender Interpretation des § 307 Abs. 2 BGB -. die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild eines sachlichen Grundes bedarf.

3. Schlusswürdigung und Einzelkritik

(1) Der neue § 104 InsO-E ist zwar keine einfache Lektüre, aber beseitigt empfindliche Lücken des geltenden Rechts und überzeugt durch eine gelungene Aufbau-logik. Für die Balance zwischen dem prinzipiell zwingenden Charakter des Insolvenzrechts und privater Insolvenzvorsorge hat der RegE mit der Leitbildfunktion des § 104 Abs. 1 und 2 InsO-E eine intelligente Konzeption gefunden.

(2) Einige wenige Detailkritiken aus Gesetzesredaktioneller Sicht bleiben.

a) In § 104 Abs. 4 S.1 InsO-E ist die Beschreibung des gesetzlichen Leitbildes als „Grundgedanken der jeweiligen gesetzlichen Regelung“ unnötig ungenau. Evident ist gemeint ist m.E. das in § 104 Abs. 1 und 2 InsO-E formulierte Leitbild. Dies sollte entsprechend klargestellt werden.

b) In Abs. 4 S. 2 Nr. 3 könnte die Passage „Zeitpunkt der vertraglichen Beendigung“ auch als Bezugnahme auf den ursprünglichen Leistungstermin missverstanden werden. Dies könnte durch die Formulierung „Zeitpunkt der insolvenzbedingten vertraglichen Beendigung“ klargestellt werden.

c) In Übereinstimmung mit der Stellungnahme von Prof. Paulus plädiere ich dafür, den Beispielskatalog in § 104 Abs. 4 S. 2 InsO-E nicht als Beispielskatalog, sondern als abschließende Ausnahmen zu formulieren. Andernfalls könnte das Fehlen eines effektiven Klauselkontrollverfahrens (oben 2 d) zu einer Flut von individuellen Kontrollverfahren führen.

Bonn, den 8. November 2016

Prof. Dr. Johannes Köndgen