18. Wahlperiode

Deutscher Bundestag

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Wortprotokoll
der 119. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Berlin, den 9. November 2016, 18:30 Uhr
Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Dr. Heribert Hirte, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziger Tagesordnungspunkt **Seite 12**

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung

BT-Drucksache 18/9983

Federführend:
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:
Finanzausschuss

Gutachtlich:
Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:
Abg. Dr. Volker Ullrich [CDU/CSU]
Abg. Dirk Wiese [SPD]
Abg. Richard Pitterle [DIE LINKE.]
Abg. Katja Keul [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

Anwesenheitslisten **Seite 3**

Anwesenheitsliste Sachverständige **Seite 9**

Sprechregister Abgeordnete **Seite 10**

Sprechregister Sachverständige **Seite 11**

Zusammenstellung der Stellungnahmen **Seite 28**

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Mittwoch, 9. November 2016, 18:30 Uhr

CDU/CSU

Ordentliche Mitglieder	Unterschrift
Brandt, Helmut	
Heck Dr., Stefan	
Heil, Mechthild	
Hirte Dr., Heribert	
Hoffmann, Alexander	
Hoppenstedt Dr., Hendrik	
Launert Dr., Silke	
Luczak Dr., Jan-Marco	
Monstadt, Dietrich	
Ripsam, Iris	
Rösel, Kathrin	
Seif, Detlef	
Sensburg Dr., Patrick	
Steineke, Sebastian	
Sütterlin-Waack Dr., Sabine	
Ullrich Dr., Volker	
Wanderwitz, Marco	
Wellenreuther, Ingo	

18. Wahlperiode

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Mittwoch, 9. November 2016, 18:30 Uhr

CDU/CSU

Stellvertretende Mitglieder	Unterschrift
Weisgerber Dr., Anja	
Woltmann, Barbara	
Hörb, Margaret	

SPD

Ordentliche Mitglieder	Unterschrift
Bähr-Losse, Bettina	
Bartke Dr., Matthias	
Brunner Dr., Karl-Heinz	
Drobinski-Weiß, Elvira	
Fechner Dr., Johannes	
Flisek, Christian	
Groß, Michael	
Hakverdi, Metin	
Jantz-Herrmann, Christina	
Rode-Bosse, Petra	
Steffen, Sonja	
Wiese, Dirk	

7. November 2016

Anwesenheitsliste gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes
Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste, Tagungsbüro
Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659 Fax: +49 30 227-36339

Seite 3 von 6

18. Wahlperiode

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Mittwoch, 9. November 2016, 18:30 Uhr

DIE LINKE.

Ordentliche Mitglieder	Unterschrift
Wunderlich, Jörn	

Stellvertretende Mitglieder	Unterschrift
Jelpke, Ulla	
Lay, Caren	
Pitterle, Richard	
Renner, Martina	

BÜ90/GR

Ordentliche Mitglieder	Unterschrift
Keul, Katja	
Künast, Renate	
Maisch, Nicole	
Ströbele, Hans-Christian	
Gambke, Thomas	

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Mittwoch, 9. November 2016, 18:30 Uhr

	Fraktionsvorsitz	Vertreter
CDU/CSU		
SPD		
DIE LINKE.		
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN		

Fraktionsmitarbeiter

Name (Bitte in Druckschrift)	Fraktion	Unterschrift
Marmann, Petra	SPD	Marm
Ottmann, Juliane	B90/Grü	[illegible]
von Plettenberg, Hanno	CDU/CSU	v. Plettenberg

Stand: 23. Februar 2015
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339

Tagungsbüro | **Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)** Mittwoch, 9. November 2016, 18:30 Uhr | Seite 3

Bundesrat

Land	**Name** (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	Amts-bezeichnung
Baden-Württemberg	VON TROTHA		St
Bayern			
Berlin			
Brandenburg			
Bremen			
Hamburg			
Hessen			
Mecklenburg-Vorpommern			
Niedersachsen			
Nordrhein-Westfalen			
Rheinland-Pfalz			
Saarland			
Sachsen			
Sachsen-Anhalt			
Schleswig-Holstein			
Thüringen			

Stand: 23. Februar 2015
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339

Tagungsbüro

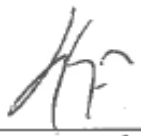
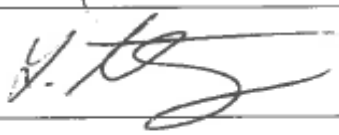
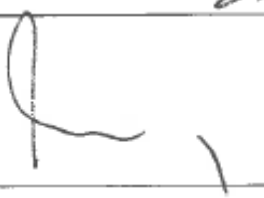
Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Mittwoch, 9. November 2016, 18:30 Uhr

Ministerium bzw. Dienststelle (bitte in Druckschrift)	**Name** (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	**Amts-bezeichnung**
BMJV	BORNEMANN		RD
BMJV	LANGE		PR
BMJV	CZERWENKA		RDn
BMJV	STEGMAIR		Referentin

Stand: 23. Februar 2015
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339

Anwesenheitsliste der Sachverständigen

zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
am Mittwoch, 9. November 2016,18.30 Uhr

Name	Unterschrift
Elisabeth Roegele Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), Bonn	
Dr. Lucas Flöther Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter	
Dr. Lambert Köhling, LL.M. Die Deutsche Kreditwirtschaft, Berlin	
Prof. em. Dr. Johannes Köndgen Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn Fachbereich Rechtswissenschaft Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung	
Max Liesenhoff EFET Deutschland – Verband Deutscher Gas- und Stromhändler e. V., Berlin	
Dr. Christoph Niering Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. (VID), Berlin Vorsitzender	
Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M. Humboldt-Universität zu Berlin Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Insolvenzrecht sowie Römisches Recht	
Prof. Dr. Christoph Thole Universität zu Köln Institut für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht Geschäftsführender Direktor	

Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Dr. Karl-Heinz Brunner (SPD)	**20**
Dr. Johannes Fechner (SPD)	**24**
Dr. Thomas Gambke (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	**20, 24**
Vorsitz Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)	**12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27**
Alexander Hoffmann (CDU/CSU)	**20**
Richard Pitterle (DIE LINKE.)	**20, 24**

Sprechregister Sachverständige

	Seite
Dr. Lucas Flöther Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter	**14, 23**
Dr. Lambert Köhling, LL.M. Die Deutsche Kreditwirtschaft, Berlin	**14, 24**
Prof. em. Dr. Johannes Köndgen Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn Fachbereich Rechtswissenschaft Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung	**15, 23, 25**
Max Liesenhoff EFET Deutschland – Verband Deutscher Gas- und Stromhändler e. V., Berlin	**16, 22**
Dr. Christoph Niering Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e. V. (VID), Berlin Vorsitzender	**17, 22, 25**
Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M. Humboldt-Universität zu Berlin Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Insolvenzrecht sowie Römisches Recht	**18, 21, 26**
Elisabeth Roegele Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), Bonn Exekutivdirektor Bankenaufsicht	**12**
Prof. Dr. Christoph Thole Universität zu Köln Institut für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht Geschäftsführender Direktor	**19, 20, 26**

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Meine Damen und Herren, guten Abend. Ich begrüße die Abgeordneten, die Kolleginnen und Kollegen aus dem Rechtsausschuss und auch aus den mitberatenden Ausschüssen sowie die acht Sachverständigen. Ferner grüße ich die Vertreterinnen und die Vertreter der Bundesregierung und die zahlreichen Besucher auf der Tribüne. Es zeigt sich, dass das Thema jedenfalls für die Fachöffentlichkeit von großem Interesse ist.

In der heutigen Anhörung beschäftigen wir uns mit dem sogenannten Liquidationsnetting. Die im Finanzmarkt üblichen Rahmenvertragsmuster für die Zusammenfassung und Abwicklung von Finanzmarktkontrakten beinhalten sogenannte Liquidationsnettingklauseln, nach denen die Erfüllungsansprüche der einbezogenen Geschäfte bereits bei bestimmten Ereignissen vor Verfahrenseröffnung beendet werden. Dies kann insbesondere die Stellung eines Insolvenzantrages sein. Die hieraus resultierenden Nichterfüllungsansprüche sind zu einer einheitlichen Gesamtforderung zu saldieren. Ähnliches findet sich über die Finanzmarktkontrakte hinaus bei bestimmten Warentermingeschäften. Auch dies wird sicher thematisiert werden. Mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung sollen die gesetzlichen Grundlagen für die Abwicklung von Finanzmarktkontrakten in der Insolvenz einer Vertragspartei klargestellt und präzisiert werden. Anlass für den hier vorliegenden und zu diskutierenden Gesetzentwurf ist ein Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 9. Juni 2016, nach dem Nettingklauseln unwirksam sind, soweit sie für den Fall der Insolvenz einer Vertragspartei Rechtsfolgen vorsehen, die von § 104 Insolvenzordnung (InsO) abweichen. Im Urteil sind aufgrund der verwendeten Rahmenvertragsmuster nahezu alle derzeit bestehenden Finanzmarktkontrakte betroffen, auf die im Insolvenzfall deutsches Insolvenzrecht anwendbar wäre. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat zur vorübergehenden Herstellung von Rechtssicherheit noch am Tage der Urteilsverkündung eine Allgemeinverfügung erlassen, aufgrund derer die Parteien von Rahmenverträgen diese ungeachtet des Urteils des BGH abzuwickeln hätten. Da diese Allgemeinverfügung jedoch nur bis zum 31. Dezember 2016 befristet ist, kann sie die Gefahren für die internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Institute und Marktteilnehmer und für die Stabilität des deutschen Finanzsystems nicht dauerhaft abwehren. Es bedarf daher gesetzlicher Regelungen zur Klarstellung der Insolvenzfestigkeit von Liquidationsnettingklauseln. Durch die angestrebte, teilweise rückwirkende Änderung und Ergänzung von § 104 InsO soll der gesetzgeberische Wille hinsichtlich des Grundes sowie der Trag- und Reichweite der Zulässigkeit des vertraglichen Liquidationsnettings klargestellt werden. Die Änderung der Vorschrift des § 104 InsO, als privilegierendes Sonderrecht für einzelne Gläubiger, ist dabei außerordentlich umstritten. Wir sind auch unter diesem Gesichtspunkt sehr gespannt auf Ihre Ausführungen.

Zum Ablauf der Anhörung gibt es eine kleine Besonderheit: Wir haben eine Sachverständige im Einvernehmen der Fraktionen untereinander, nämlich die Vertreterin der BaFin, außerhalb unseres Kontingents eingeladen und begrüßen Sie, Frau Roegele, deshalb ganz besonders. Sie haben vor den anderen Sachverständigen die Gelegenheit zu einem fünfminütigen Eingangsstatement, das aber an die Person gebunden ist. Danach fahren wir wie üblich fort. Das bedeutet, die Sachverständigen bekommen – beginnend mit Herrn Flöther und dann in alphabethischer Reihenfolge – die Gelegenheit zu einem fünfminütigen Eingangsstatement, um Ihre wesentlichen Gedanken auszuführen. Anschließend haben die Abgeordneten Gelegenheit, Fragen zu stellen. Jeder von Ihnen kann eine Frage an zwei Sachverständige oder zwei Fragen an einen Sachverständigen stellen. Dann beginnen wir in umgekehrter Reihenfolge mit der Antwortrunde. Das heißt Herr Thole wird dann als erster das Wort haben, um kurz und präzise zu antworten. Diese Anhörung ist öffentlich. Es wird eine Tonaufzeichnung angefertigt und ein Wortprotokoll durch das Sekretariat erstellt. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne sind nicht gestattet. Soviel zur Einführung. Frau Roegele, Sie haben das Wort.

SVe **Elisabeth Roegele**: Vielen Dank, Herr Dr. Hirte. Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, sehr geehrte Damen und Herren. Zunächst möchte ich mich ganz herzlich für die kurzfristige Einladung zur heutigen Anhörung bedanken. Es ist für die integrierte Finanzmarktaufsicht ein sehr wichtiger Gesetzentwurf. Die von Ihnen angesprochene Allgemeinverfügung hat die

integrierte Finanzmarktaufsicht erlassen. Insofern bitte ich, ein bisschen Erwartungsmanagement machen zu dürfen. Ich bin die Exekutivdirektorin Wertpapieraufsicht. Das Bankaufsichtsrecht gehört hingegen nicht zu meiner Expertise.

Wir begrüßen den aktuellen Gesetzentwurf sehr, denn er wird die erforderliche Rechtssicherheit wiederherstellen, die durch das Urteil vom 9. Juni 2016 erheblich gefährdet wurde. Mit relativ kurzem Vorlauf zur Verkündung dieses Nettingurteils des 9. Zivilsenats hat die BaFin erfahren, dass eine Entscheidung bevorsteht, die möglicherweise Teile des in Deutschland seit Jahren gebräuchlichen Rahmenvertrags für Finanztermingeschäfte für unwirksam erklären könnte. Die möglichen Auswirkungen einer solchen Entscheidung erschienen uns, damals wie heute, sehr gefährlich für das Vertrauen und die Funktionsfähigkeit des Finanzmarkts. So widmet sich zum Beispiel die Europäische Bankenaufsichtsverordnung Capital Requirements Regulation (CRR) der aufsichtsrechtlichen Behandlung von vertraglichen Nettingabreden in den Art. 295 ff. CRR und damit in einem eigenen Abschnitt. Wenn die vertraglichen Vereinbarungen den Anforderungen an die CRR genügen, muss das Institut – vereinfacht gesagt – nur noch die Nettoforderung mit Eigenkapital unterlegen. Anderenfalls droht bei der Berechnung der erforderlichen Eigenmittel eine Betrachtung auf Basis aller Einzelgeschäfte. Dies würde, je nach Institut und Portfolio, zu deutlich höheren Eigenkapitalanforderungen führen. Neben den – ohnehin schwierig zu quantifizierenden – Auswirkungen auf die Eigenmittelforderungen, befürchten wir erhebliche Dominoeffekte. Zum Beispiel finden sich die Klauseln des deutschen Rahmenvertrages, die vom BGH für unwirksam erklärt wurden, so oder zumindest ähnlich, auch in anderen internationalen Verträgen, was die Breitenwirkung der Entscheidung erheblich verstärkt hätte. Institute hätten durch eine nominell sinkende Eigenkapitalquote mögliche sogenannte Covenants mit der Folge verletzt, dass deren Vertragspartner Kündigungsrechte erlangt hätten oder zumindest Kreditlinien hätten senken können. Bei grenzüberschreitend tätigen Instituten wäre die Reaktion der ausländischen Kontrahenten und der betroffenen ausländischen Aufsichtsbehörden auf die mit der Urteilsverkündung eingetretene Situation nicht vorhersehbar gewesen. Eventuell hätten deutsche Institute mit ausländischen Vertragspartnern keine Geschäfte mehr abschließen können. Schließlich hätten wir erhebliche Turbulenzen am deutschen Finanzmarkt zu befürchten gehabt, wenn infolge des BGH-Urteils die meisten Marktteilnehmer ihre Portfolios an Finanzmarktkontrakten ad hoc reduziert hätten. Nicht wenige hätten zudem versucht, ihr Neugeschäft weitgehend in ausländische Rechtsordnungen oder auf ausländische Tochtergesellschaften zu verlagern. Die vor diesem Hintergrund erlassene und bis zum 31. Dezember 2016 befristete Allgemeinverfügung hat – begleitet durch die Ankündigung einer gesetzlichen Neuregelung durch die beteiligten Ministerien – gewährleistet, dass diese Situation nicht eingetreten ist.

Wir begrüßen die heute zur Diskussion stehende Neufassung des § 104 InsO, mit der dauerhaft die Rechtssicherheit im Hinblick auf die Zulässigkeit und Insolvenzfestigkeit von vertraglichen Liquidationsnettingklauseln bei Anwendbarkeit deutschen Insolvenzrechts wiederhergestellt wird, sehr. Der Gesetzentwurf stellt sicher, dass sich die deutschen Vorgaben wieder im Einklang mit europäischen Regelungen befinden. Konkret sorgt die Neuregelung dafür, dass die Verträge bereits mit Stellung des Insolvenzantrags beendet werden können. Diese Möglichkeit ist gemäß der CRR Voraussetzung dafür, dass die Nettingvereinbarung bankaufsichtlich anerkannt wird. Art. 7 der Europäischen Finanzsicherheitenrichtlinie verpflichtet die Mitgliedsstaaten, in Zusammenhang mit der Stellung von Finanzsicherheiten, sicherzustellen, dass die Aufrechnung von offenen Positionen infolge Vertragsbeendigung – das sogenannte Close-out Netting – vereinbarungsgemäß wirksam werden. Die Begriffsdefinition in Art. 2 Abs. 1 lit. l dieser Richtlinie bezeichnet zudem als Verwertungs- bzw. Beendigungsfall „eine Vertragsverletzung oder jedes Ereignis, das die Vertragsparteien kraft Vereinbarung einer Vertragsverletzung gleichstellen, bei deren/dessen Eintreten der Sicherungsnehmer vertraglich oder kraft Gesetzes zur Verwertung bzw. zur Aufrechnung infolge Beendigung berechtigt ist“. All diese Punkte werden mit der neuen Gesetzesvorlage wiederhergestellt und damit die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Institute und die Finanzmarktstabilität gewährleistet.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Vielen Dank, Frau Roegele. Herr Dr. Flöther.

SV **Dr. Lucas Flöther**: Vielen Dank für die Einladung. Anlässlich der Entscheidung des BGH vom 9. Juni 2016 hat der vorliegende Gesetzentwurf zu § 104 InsO einige Auswirkungen. Zunächst gehe ich auf die Kernnorm, nämlich § 103 InsO, ein. Denn § 104 InsO ist eine Ausnahmevorschrift zu § 103 InsO. Dieser sieht das Wahlrecht eines Verwalters für Verträge, die beiderseits nicht vollständig erfüllt sind, vor. Der Verwalter wird also in die Position versetzt, bestmöglich für die Masse zu wirtschaften, aber auch ein Unternehmen fortzuführen. Denn er kann einseitig erklären, ob er den Vertrag erfüllen möchte. Wenn er ihn erfüllt, muss er natürlich aus den Mitteln der Masse die Forderungen der Gegenseite bezahlen. Wenn er nicht erfüllt, sind das reine Tabellenforderungen, die zur Tabelle angemeldet werden müssen. Festzuhalten ist insoweit zu § 103 InsO, dass der Verwalter durch diese Regelung in die Lage versetzt wird, einerseits rentable Verträge zu erfüllen, auf der anderen Seite unrentable Verträge abzulehnen. Er ist daran nicht gebunden. Die Ausnahmevorschrift des § 104 InsO dient der Legalisierung einer in der Finanzbranche gängigen Praxis: der vorzeitigen Beendigung von Fix- oder Finanzgeschäften unter auflösender Bedingung des Insolvenzfalles, Lösungsklauseln sowie dispositive Berechnungen für die Schadensersatzforderungen wegen Nichterfüllung. Der Entwurf zu § 104 InsO beinhaltet folgende Probleme: Der erste Punkt ist der erweiterte Anwendungsbereich, der zukünftig etwa auch Energiegroßmärkte und Fixgeschäfte erfassen soll. Diese Erweiterung wird daran festgemacht, dass weitere Geschäftstypen allgemeinen Marktrisiken, wie Klimavariablen, Frachtsätzen oder Inflationsraten, unterliegen. Es ist aber nicht zwingend Aufgabe der Insolvenzmasse, diese typischen Spekulationsrisiken auszugleichen. Das gilt erst recht, wenn man bedenkt, dass § 104 InsO eben die Ausnahmevorschrift zu § 103 InsO ist. Vielmehr ist die besondere Regulierung des Marktes als Anknüpfungspunkt für die besondere Schutzbedürftigkeit des Marktes akzeptabel und vernünftig. Deswegen ist sehr fraglich, ob zumindest der Energiehandel, aber auch Fixgeschäfte allgemein in den Anwendungsbereich aufgenommen werden sollten und müssen. Auch vor dem Hintergrund, dass solche Lösungsklauseln oder auch das Netting sanierungsfeindliche Wirkungen haben können. Dem Verwalter wird eine Unternehmensfortführung, die er im Sinne der Sanierung zu gewährleisten hat, in der Regel erschwert, wenn er nicht die auf die Erfüllung vorinsolvenzlich geschlossener betriebsnotwendiger Verträge bestehen kann. Deswegen sollte § 104 InsO, durch Beibehaltung des engen Anwendungsbereichs, in seiner Eigenschaft tatsächlich spezieller sein und die wirkliche Ausnahmevorschrift darstellen.

Der Wortlaut des § 104 Abs. 4 InsO ist relativ unbestimmt. Wir haben dort die Regelung, dass Lösungsklauseln zulässig sind. Das ist grundsätzlich überzeugend. Auch die Gesamtsaldierung ist als Rechtsfolge des Nettings überzeugend. Die „Vereinbarkeit mit wesentlichen Rechtsgedanken“ sowie die „Zulässigkeit weiterer Berechnungsmethoden für eine angemessene Bewertung“ sind jedoch unbestimmte Rechtsbegriffe, die zu Rechtsunsicherheit führen können, da sich deren Bedeutung nicht aus dem allgemeinen Insolvenzrecht erschließen lässt, sondern aus den regulierten Märkten kommt. Das könnte zu einer Auslegungsschwierigkeit führen und damit Rechtsunsicherheit nicht schaffen, sondern eher verhindern. Vielen Dank.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich gebe weiter an Herrn Dr. Köhling.

SV **Dr. Lambert Köhling**: Sehr geehrter Herr Professor, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete. Vielen Dank für die Einladung. Ich vertrete die Deutsche Kreditwirtschaft und die Arbeitsgruppe, die diese Rahmenverträge betreut. Seit zwanzig Jahren vertrauen die Marktteilnehmer auf diese Rahmenverträge und sind auch davon ausgegangen, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen diese stützen. Dieses Vertrauen beruht letztlich auf den Aussagen des Rechtsausschusses bei der Einführung der betreffenden Regelung. Es gibt in der Europäischen Union keinen einzigen Finanzplatz, wo diese Regelungen nicht geschützt sind, in der Form wie sie jetzt auch das Gesetz vorsieht. Wir begrüßen deshalb diesen Gesetzentwurf nachdrücklich, weil er den bisherigen Vertrauensbestand normiert. Die gegenteiligen Auffassungen des aufsichtsrechtlichen und des insolvenzrechtlichen Regimes wurden beschrieben. Dieser Meinungsstreit führt dazu, dass alle Marktteilnehmer vor dem Problem

stehen, keinen Vertrag schließen zu können, der die Anforderungen der Auslegung des BGH erfüllt und gleichzeitig auch die aufsichtsrechtlichen. Es gibt keine Möglichkeit, einen Vertrag so zu gestalten, dass er gleichzeitig das Aufsichtsrecht und die Auffassung des BGH zu § 104 InsO erfüllt. Daher ist diese Gesetzesänderung die einzige Möglichkeit diesen Konflikt zu lösen. Alle Marktteilnehmer nutzen diese Verträge. Das sind natürlich die finanziellen, aber auch die nichtfinanziellen Gegenparteien untereinander sowie als Vertragspartner der finanziellen Gegenparteien. Also es ist der gesamte Markt betroffen und alle vertrauen darauf. Die Auswirkungen treffen entsprechend auch alle Marktteilnehmer, so dass diese gesetzliche Klarstellung sehr bedeutsam ist.

Wir finden den Gesetzentwurf sehr gelungen, weil er alle wesentlichen Punkte aufgreift, aber auch erkennt, dass man nicht alles im Detail regeln kann. Daher die angegriffenen, etwas unbestimmten Rechtsbegriffe, die allerdings nicht unbestimmter sind, als das, was es vorher schon gab. Sie sind unter Zuhilfenahme der Begründung und auch des aufsichtsrechtlichen Regimes erklärbar. Das geht hin bis zu den Berechnungsmethoden, die zurückzuführen sind auf das Aufsichtsregime – beispielsweise European Market Infrastructure Regulation – oder etwa auch die europäischen Abwicklungsmaßnahmen, die alle Vorgaben zur Berechnung und Bewertung der Kontrakte haben und nicht nur für die Finanzbranche gelten, sondern für alle Marktteilnehmer. Insofern kann man die Begriffe auslegen. Die entscheidenden Punkte sind tatsächlich in dem neuen § 104 Abs. 4 InsO, also die Abweichungsmöglichkeiten von den strengen gesetzlichen Regelungen, geregelt. Die sind zwingend erforderlich, damit man vertragliche Regelungen schaffen kann. Wir sehen an zwei, drei Punkten die Möglichkeit für weitere Klarstellungen, die sehr helfen würden, kritische Unsicherheiten zu beseitigen. Diese Vorschläge sind getragen von dem Willen, das gesetzliche Verständnis zu stützen. Es geht nicht um eine Erweiterung, sondern nur um eine Klarstellung dessen. Das eine ist die Frage der Zinsleistungen und weiterer unerfüllter Leistungen, die im Zusammenhang mit der Beendigung und der Berechnung des Ausgleichsanspruchs einbezogen werden. Das ist der Bestandteil der Marktbewertung dieser Produkte, zu der eine Klarstellung sehr hilfreich wäre. Dies ist besonders wichtig, weil einer dieser Punkte in dem BGH-Urteil angesprochen wurde und dadurch eine Rechtsunsicherheit über die weitere Auslegung bestehen könnte. Eine diesbezügliche Klarstellung ist vom Bundesrat aufgegriffen worden. Insofern begrüßen wir diesen Vorschlag sehr.

Unser zweites Anliegen betrifft die Verlängerungsmöglichkeiten der Abwicklungszeiträume, also die Vornahme der Ersatzgeschäfte. Vorgesehen sind zwei und fünf Tage und eine Verlängerungsmöglichkeit auf zwanzig Tage in § 104 Abs. 4 des Entwurfs, der vertragliche Änderungen verlangt. Es würde der Vertragspraxis sehr helfen, wenn diese Regelung nicht vertraglich gesondert vereinbart werden würde, sondern schon im gesetzlichen Teil stünde. Hintergrund ist, dass etwa der deutsche Rahmenvertrag, der seit 1993 von allen Marktteilnehmern eingesetzt ist, eine unverzügliche Abwicklung verlangt und keine spezifischen Zeitvorgaben macht. Solche gibt es in englischrechtlichen Verträgen, aber in deutschen Verträgen nicht. Das wäre also auch eine nützliche Änderung, die materiell nicht zu Benachteiligung führen würde, da es sich nur um eine Verschiebung aus dem vertraglichen in den gesetzlichen Teil handeln würde. Schließlich fänden wir es sehr nützlich, wenn – zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten – auch die Wertpapierfinanzierungsgeschäfte ausdrücklich genannt würden. Der Katalog benennt bisher nur Produkte von derivativen Finanzinstrumenten. Vielen Dank.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich gebe weiter an Herrn Professor Dr. Köndgen.

SV **Prof. em. Dr. Johannes Köndgen**: Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordneten. Wir sitzen hier heute, weil sich ein, in der deutschen Verfassungsgeschichte ziemlich einmaliger, Verfassungskonflikt ereignet hat. Die Exekutive, repräsentiert durch die BaFin, hat versucht, ein höchstrichterliches Urteil des BGH zumindest teilweise außer Kraft zu setzen. Das war eine Kompetenzanmaßung der Behörde, die in der politischen Öffentlichkeit nur deshalb untergangen ist, weil diese insolvenzrechtliche Materie viel zu technisch ist, um journalistisches Interesse zu wecken. Ich habe mich bewusst nicht auf die technischen Fragen konzentriert. Dazu können die Finanzingenieure besser Stellung nehmen, als ich.

Auch ob die Nachfrist für Deckungsgeschäfte zehn, fünfzehn oder zwanzig Tage betragen soll, lässt sich nicht nach wissenschaftlichen Maßstäben quantifizieren.

Stattdessen möchte ich Ihnen das Wertungsviereck und die daraus resultierenden rechtspolitischen Optionen verdeutlichen, die hinter dieser scheinbar sehr technischen Regelung und deren Novellierung von § 104 InsO stecken. Es geht hier bekanntlich um ein Insolvenzprivileg. Jedes Insolvenzprivileg – sei es vom Gesetzgeber, sei es vertraglich eingeräumt – ist eine Verteilungsentscheidung zu Lasten der einfachen Insolvenzgläubiger und bedeutet eine erhebliche Verkürzung des Fundamentalprinzips der Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger. Daher muss man sich fragen, ob ein sachlicher Grund für dieses Privileg besteht. Gibt es einen Zweck der dieses Nettingprivileg rechtfertigt? Man könnte sich allein darauf berufen, dass es schon nach der alten Fassung in § 104 InsO enthalten war. Allerdings besteht Diskussionsbedarf. Erstens sollte man vorsichtig sein, das Privileg bei einer schwachen Rechtfertigung auszudehnen. Zweitens: Wenn der Entwurf hier bei der Konformität der Vertragspraxis mit dem Gesetzesrecht auf die Grundzüge abstellt, dann muss man sich natürlich über die Zwecke dieses Nettingprivilegs im Klaren sein. Wenn Sie sich die Materialien zur Insolvenzordnung anschauen, werden Sie sehen, dass darüber nicht nachgedacht wurde. Ziel war stattdessen die Stärkung des Finanzplatzes Deutschland und eine Anpassung des objektiven Insolvenzrechts an die Vertragspraxis. Das ist keine besonders starke Rechtfertigung.

Dann liest man in jedem Kommentar, es dürfe der Insolvenzverwalter – in Gestalt des Wahlrechts – keine Gelegenheit zum Spekulieren bekommen. Das ist Unfug. Ich kenne keinen Insolvenzverwalter, der Freude am Spekulieren hat. Denn wenn er das zum Schaden der Masse tut, gewärtigt er Haftungsrisiken. Unfug ist auch, den Schutz der nicht insolventen Vertragspartei als Zweck heranzuziehen. Diese Vertragsparteien sind hochprofessionelle Marktakteure, denen gegenüber den einfachen Insolvenzgläubigern kein Privileg eingeräumt werden sollte.

Dann bleibt nur eine systemische Rechtfertigung, weil das Derivategeschäft erhebliche systemische Risiken erzeugt. Wir haben aber schon eine Vorentscheidung über die Einbeziehung der Stromlieferanten getroffen. Diese sind nicht systemisch. Deshalb will diese Erweiterung mit Bedacht geprüft werden. Wie aus den Kreditsicherungsrechten bekannt, versucht der Entwurf, das Problem der Grenzen zwischen Privatautonomie und objektivem und zwingendem Insolvenzrecht mit einer Parallele zum AGB-Recht zu lösen. Die Grundzüge dürfen demnach auch durch vertragliche oder private Vorsorge nicht angetastet werden. Der Gedanke hat für mich spontan einen gewissen Charme gehabt. Allerdings muss man auch sehen, dass wir hier für die Vertragskontrolle der Rahmenverträge noch nicht die Instrumente haben, die wir im AGB-Recht, wie bei der präventiven Klauselkontrolle, haben. Danke.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Herzlichen Dank. Ich gebe weiter an Herrn Liesenhoff.

SV **Max Liesenhoff**: Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete. Vielen Dank, dass Sie EFET die Möglichkeit einräumen, zu diesem Gesetzentwurf Stellung zu nehmen. EFET ist der Deutsche Verband der Gas- und Stromhändler. Wir vertreten bis zu zweihundert in Europa tätige Energiehändler und sind daher an diesem Entwurf und der Thematik maßgeblich interessiert. Ich kann mich größtenteils den Vorrednern anschließen. EFET unterstützt vollumfänglich den vorliegenden Entwurf. Aus unserer Sicht ist er die erforderliche und notwendige Klarstellung im Hinblick auf verschiedene Aspekte, die der bisherige § 104 InsO nicht so deutlich hervorgebracht hat. Insbesondere die Gleichstellung von Fixgeschäften und Finanzleistungen. Ebenso wie die vertraglichen Gestaltungsspielräume, die jetzt durch den vorliegenden Entwurf deutlicher konkretisiert worden sind. Diese Klarstellungen waren vor dem Hintergrund der letzten BGH-Entscheidung zwingend erforderlich. Sie sind für die Realwirtschaft von enormer Bedeutung, da durch die jüngste Rechtsprechung des BGH eine gewisse Unsicherheit im Markt entstanden ist. Mit diesen Klarstellungen wird endlich Rechtssicherheit für die Bewertung der Risiken im physischen Handel mit Waren – nicht nur bei Finanzleistungen – geschaffen. Risiken beurteilen und entsprechend steuern zu können ist in freien Märkten, in denen auch physisch mit solchen Rohwaren gehandelt

wird, unerlässlich. Gleichzeitig ist die klare und stringente Darstellung der Thematik im neuen § 104 InsO des Entwurfs sehr hilfreich für global-handelnde Unternehmen, da für ausländische Marktteilnehmer erkennbar wird, wie sie ihre Risiken mit ihren deutschen Vertragspartnern einzuschätzen haben. Auch diesbezüglich ist durch die jüngste BGH-Rechtsprechung eine enorme Unsicherheit entstanden.

§ 104 InsO begründet auch in der neuen Form eine Ausnahme zum Wahlrecht nach § 103 InsO. Die Bedeutung dieses Wahlrechts für die Masse ist uns durchaus klar. Aber ich möchte mit dem Mythos aufräumen, dass es sich hier um etwas Modernes handelt, das nur für Finanzleistungen, zockende Banken oder große Player von Bedeutung ist und auch nur in deren Interesse eingeführt wird. Die Vorgängerregel zu § 104 InsO, insbesondere die Regelung zu Fixgeschäften, ist 150 Jahre alt und entstammt der Konkursordnung des Deutschen Reiches. Die anwesenden Wissenschaftler werden das wahrscheinlich bestätigen können. Das Konzept war anders. Aber beim Close-out Netting geht es darum, fix abgeschlossene Verträge in der Insolvenz aufzulösen und zu Marktpreisen zu bewerten. Die Existenz von Marktpreisen ist übrigens eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 104 InsO. Leistungen auf Lieferungen werden umgewandelt in Forderungen und Verbindlichkeiten, die man dann auch in der Insolvenz aufrechnen kann. Auch das war früher schon möglich. Die Asymmetrie ist durch die neue Insolvenzordnung, insbesondere § 104 Abs. 2 InsO, entstanden. Die daraus resultierenden Auslegungsschwierigkeiten werden durch den Gesetzentwurf beseitigt. Ferner stellt er die Gleichbehandlung und den Gleichlauf dieser Geschäfte, die vergleichbare Risiken haben, sicher. Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich gebe weiter an Herrn Niering.

SV **Dr. Christoph Niering**: Sehr geehrte Damen und Herren. Gottlob, wir leben nicht mehr in Zeitalter der Konkursordnung. Wir haben die Insolvenzordnung. Da ist § 104 InsO eingebettet zwischen § 113 und § 119 InsO und zum Glück ist es ein Ausnahmetatbestand. Aber das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO bietet tatsächlich keinen Anlass zu spekulieren, sondern hat den Sinn, Unternehmen zu erhalten. Da, wo ich Unternehmen erhalte, erhalte ich Arbeitsplätze. Ein Beispiel: § 112 InsO verbietet es dem Vermieter einen langfristigen Mietvertrag zu kündigen, nur weil der Mieter in die Insolvenz gegangen ist. Wieso binden Sie den Vermieter an so einen langfristigen Vertrag? Gerade im Handel kann er sagen: „Ein schwacher Mieter mit einem Handelshaus ist für mich wenig wert. An den Vertrag muss ich mich binden lassen.“ In anderen Fällen sagen Sie: § 104 InsO muss gelten. Wahlrecht heißt nicht Spekulationsmöglichkeit für den Verwalter, sondern: Hier wird eingezahlt auf den Arbeitsplatz und den Unternehmenserhalt.

Dass das nichts Abstraktes ist, zeigt die BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2012, die auch für den Gesetzentwurf eine Rolle spielt. Dort ging es um ein Energieliefervertrag, der von dem Versorger gekündigt wurde. Schon die damalige Begründung besagte, dass der Verwalter sich anderweitig eindecken könne. Dies hat er zum dreifachen der Energiekosten getan. Wir haben aber viele Unternehmen in den Bereichen Chemie, kunststoffverarbeitende Industrie, Alu-Schmelzen deren Energiekosten bis zu zehn Prozent der Gesamtkosten ausmachen. Wenn sie sich verdreifachen, brauchen wir als Insolvenzverwalter gar nicht mit der Sanierung beginnen. Die ist vorbei, bevor sie überhaupt angefangen hat, wenn wir uns zu Marktpreisen irgendwo anders eindecken müssen. Die Quintessenz heißt, anders als bei meinem Vorredner: Ja, wenn es denn sein muss und die BaFin das für erforderlich hält. Ja, für die Kreditwirtschaft, für die echten Finanzinstrumente. Ja, den Eingriff so gering wie möglich ausgestalten; aber kein Durchschlüpfen für andere Wirtschaftszweige. Also bitte dann die Klarstellung einfügen, dass andere Industriezweige diese Ausnahme nicht auch für sich in Anspruch nehmen können, da diese ihre Risiken einpreisen können. Die haben keine BaFin. Die haben keine Anforderung an den Eigenkapitalersatz. Die könnten eine andere Absicherung vornehmen. Die könnten dies einpreisen. Ich glaube, sehr deutlich ist das in der Stellungnahme des Deutschen Notarvereins geworden. Eigentlich ein Gremium, das von Berufs wegen schon zur Zurückhaltung verpflichtet ist. Diese Stellungnahme enthielt, was Sie gerade sagten, Herr Professor Köndgen: Wenn ich jemandem ein Privileg gebe, dann muss irgendjemand dieses Privileg zahlen. Und hier zahlen es die nicht gesicherten Gläubiger.

Vielleicht zahlen es am Ende der Zeit auch die Unternehmen, die es zu erhalten gibt und auch die Arbeitnehmer, die dann eben keinen Arbeitsplatz mehr haben. Damit stehe ich übrigens auch nicht allein, sondern es gibt eine Kommentierung, herausgegeben von Frau Graf-Schlicker und kommentiert von Herrn Bornemann. Dort sagt er zu § 104 InsO Rnr. 7: „Die Erfahrungen aus der Finanzkrise haben gezeigt, dass das Liquidations-Netting kosteneffiziente und -effektive Restrukturierungsmaßnahmen gefährden kann." Darum habe ich besondere Befürchtungen, wenn gerade in § 104 Abs. 4 InsO auf den Zweck der Norm reflektiert wird, nämlich den Vertragspartner zu schützen. Nein, die Insolvenzordnung soll die Gläubiger gleichmäßig befriedigen, Unternehmen und Arbeitsplätze erhalten. Das sagt sie ausdrücklich und das haben Sie als Gesetzgeber an vielen Gesetzesvorhaben ganz vorne angestellt. Beim Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) zuletzt. Da ist übrigens der § 104a InsO zur Sprache gekommen. Schon damals sollte § 104 InsO geändert werden. Das ist gestrichen worden, weil es zu kompliziert, zu heikel war. Jetzt soll § 104 InsO wieder reformiert werden. Ich kann nur dringend davor warnen, weitere Privilegien in das Gesetz einzubauen. Wir haben über das Anfechtungsrecht diskutiert. Auch da haben wir Privilegien. Dort für den Fiskus, für Krankenkassen, für den Mittelstand. Hier ist es die Energiewirtschaft, hier sind es die Banken. Sonst heißt es bald nicht mehr: „Sanieren statt liquidieren." Sondern dann heißt es: „Privilegieren statt sanieren." Vielen Dank.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Vielen Dank meinerseits. Ich gebe weiter an Christoph Paulus.

SV **Prof. Dr. Christoph G. Paulus**: Auch ich danke sehr herzlich für die Einladung. Wir beschützen hier – und das ist das bemerkenswerte an § 104 InsO – ein Geschäftsmodell. Das Geschäftsmodell der Banken ist der OTC-Derivatehandel, mit einem Gesamtvolumen von 605 Billionen US-Dollar. Dabei liegt das errechnete Insolvenzrisiko bei 25 Billionen US-Dollar. Dadurch, dass es ein Close-out Netting gibt, ist dieses Insolvenzrisiko reduziert auf 3,7 Billionen US-Dollar. Damit ist das im Grunde genommen beseitigt worden. Insofern ist das, was über das Vertrauen in das Konzept geschrieben worden ist, zutreffend. Das Vertrauen wurde allerdings durch diese Industrie geschaffen, die zwischenzeitlich übrigens flächendeckend – global in 80 Jurisdiktionen – eine Vorschrift entwickelt hat, die dem § 104 InsO entspricht. Wir reden über Pfadabhängigkeiten. Wobei das bei 80 Jurisdiktionen kein Pfad mehr ist, sondern eine ganz breite Autobahn, die da gebaut worden ist. Es ist praktisch unmöglich, davon abzuweichen. Wie sehr und wie heftig die Grundlage für das Vertrauen geschaffen worden ist, sehen Sie meines Erachtens schlaglichtartig an dem Umstand, dass die – Sie erinnern sich vielleicht daran – Insolvenzordnung im Jahr 1999 in Kraft getreten ist. Die einzige Vorschrift, die ausgenommen war, war § 104 InsO. Das ist also massiver Lobbyismus gewesen, der dieses Geschäftsmodell begründet hat. Das ist eine Norm, die von der International Swap and Derivates Association geschaffen worden ist und sich, angetrieben durch die Schlüsseljurisdiktionen, mittlerweile auf 80 Jurisdiktionen erweitert hat. Frau Roegele hat das übliche Argument gebracht, dass es europarechtswidrig sei, wenn man jetzt diesen Erweiterungsschutz nicht gewähre. Das stimmt nicht, weil die von Ihnen zitierte Norm deutlich über zehn Jahre alt ist. Sie normiert nur den Schutz und nicht die Details des Schutzes. Es bleibt das einzigartige Vorgehen, dass am Tage des Erlasses eines BGH-Urteils gesagt wird: Dieses Urteil unterminieren wir. Und zwar nicht nur von Seiten der BaFin, sondern auch von zwei Bundesministerien, die Abhilfe geschaffen haben. Das ist ein doch ziemlich einzigartiger Vorgang zum Schutz eines Geschäftsmodells.

Was kann man tun bei einer Autobahn, wenn man auf der mittleren Spur ist? Plötzlich umzukehren geht natürlich nicht. Das erfordert der Pragmatismus. Aber hier knüpfe ich an die Ausführungen meiner Vorredner an. Die Weite, die Sie jetzt in Absatz 1 und erst recht in Absatz 4 – ausgedrückt durch das „insbesondere" – finden, der findigen Juristen erheblichen Gestaltungsraum gibt, sollte beseitigt werden. Der Gesetzgeber sollte sich klar dazu bekennen, wen er schützen will. An dieser Stelle greife ich ein Argument des Vorsitzenden auf, der völlig zutreffend das Insolvenzrecht von Banken problematisiert hat, weil dieses letztlich Insolvenzen von Staaten betreffe. Diese Verknüpfung sehe ich bei der Energiewirtschaft und anderen Wirtschaftszweigen nicht.

Amerikanische – ich vermute auch deutsche – Kanzleien haben ganze Abteilungen, die dafür zuständig sind, dass man immer irgendeinen Vertrag in dieser Kanzlei der Überprüfung und der Verbesserung unterzieht. Erst recht, wenn sie ihn selbst entwerfen. Jeder Vertrag geht in diese Abteilung. Dort wird er solange hingebogen, bis er in die amerikanische Entsprechungsregelung zu § 104 InsO hineinkommt. Der Vertrag kann in den sogenannten safe harbor hineinsegeln. Vielen Dank.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Vielen Dank. Herr Professor Dr. Thole.

SV **Prof. Dr. Christoph Thole**: Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete. Ich möchte vier Aspekte ansprechen.

Zunächst zum Grundsätzlichen. Ausgangspunkt war das BGH-Urteil vom 9. Juni 2016. Das war in der Sache völlig konsequent und auch keineswegs so überraschend, wie bisweilen getan wurde. Ich verstehe aber gut, wenn dadurch eine gewisse Unsicherheit entstanden ist. Wenn jetzt die politische Einschätzung ist, dass man diese Situation bereinigen will, ist es sicherlich leichter beim Insolvenzrecht anzusetzen, als das international verflochtene Aufsichtsrecht zu ändern. Insofern finde ich den Gesetzentwurf nachvollziehbar. Bei dem genauen Zuschnitt des Anwendungsbereichs des § 104 InsO muss man allerdings vorsichtig sein. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum werden dem Netting nicht nur positive Eigenschaften zugeschrieben, sondern bisweilen auch negative. Das Verwalterwahlrecht ist für die Funktionsfähigkeit des Insolvenzverfahrens, für die Sanierungschancen sowie für die Marktausscheidungsfunktion – die das Insolvenzrecht eben als Ordnungsrecht wahrnimmt – von entscheidender Bedeutung.

Es gibt im Übrigen in der Insolvenzordnung auch schon Aufrechnungsmöglichkeiten für Insolvenzgläubiger. Die beinhalten in gewisser Weise auch schon eine Privilegierung bestimmter Gläubiger. Da es dort aber bereits die klaren Grenzen der §§ 95, 96 InsO gibt, sollte man sie nicht in diese spezielle Regelung des § 104 InsO einfügen.

Überdenken würde ich auch den Absatz 3 des vorgeschlagenen Entwurfs. Der ist zwar handwerklich gut, weil er die Unterscheidung zwischen Geschäften, die einbezogen werden, und sonstigen Geschäften verdeutlicht. Man sollte da aber trotzdem konkretisieren. Bisher waren von Absatz 3 – also dem eigentlichen Netting, der Gesamtsaldierung – nur Finanzdienstleistungen erfasst. Das konnten auch Waren- und Termingeschäfte sein. Dies galt nur wenn sie als Differenzgeschäft ausgestaltet waren, also keine effektive Lieferung erfolgen sollte, sondern ein Barausgleich. Das scheint nun anders bewertet zu werden, wobei der Gesetzentwurf in dieser Hinsicht nicht eindeutig ist. Das hängt damit zusammen, dass jetzt auch die Fixgeschäfte – also das, was bisher Absatz 1 war – in die Möglichkeit der Gesamtsaldierung einbezogen werden, wenn sie durch einen Rahmenvertrag verbunden sind. Das erschließt sich mir nicht. Bisher war jedenfalls auch ganz herrschende Auffassung, dass es sich bei Fixgeschäften nach Absatz 1 um einen beiderseits nicht erfüllten Vertrag handeln muss, also einen Vertrag im Sinne von § 103 InsO. Ich plädiere dafür, dass man diese Regelung in Absatz 3 weiterhin auf Finanzleistungen beschränkt.

Kritisch sehe ich auch den Absatz 4 des Entwurfs hinsichtlich der vertraglichen Beendigungsregelung. Dass abweichende Bestimmungen möglich sein sollen, sofern sie mit wesentlichen Grundgedanken vereinbar sind, sorgt aus zwei Gründen für Unsicherheiten: Von den Regelungen des § 104 Abs. 1 bis 3 InsO wird abgewichen, obgleich der Wortlaut dies nicht deutlich erkennen lässt. Inhaltlich ist diese Formulierung aus dem AGB-Recht entlehnt, in dem es ganz erhebliche Unklarheiten dahingehend gibt, was mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vereinbar ist. An dieser Stelle wird es besonders schwierig, weil der Grundgedanke des § 104 InsO nicht ganz klar ist. Teils wird er im Individualschutz des Vertragspartners gesehen, teils im Institutionenschutz, teils in der schnellen Klärung der Rechtslage, teils im Schutz vor Spekulationen des Verwalters, teils – wie vom BGH in seinem Urteil angesprochen– im Schutz der Masse. In der Begründung des Regierungsentwurfs sind diese Unsicherheiten spürbar. Der Schutz der Masse gehöre demnach nicht zu den primären Zwecken des § 104 InsO. Womit der Schutz der Masse jedenfalls einen Sekundärzweck darstellt. Ich plädiere dafür, den Kreis zulässiger Abweichungen möglichst klar zu definieren und auf diese Generalklausel in Absatz 4 zu verzichten,

um keine weiteren Unsicherheiten zu schaffen. Jedenfalls müsste man, wenn man so eine Generalklausel beibehalten will, klarer definieren, was der Schutzzweck des § 104 InsO ist. Vielen Dank.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Herzlichen Dank. Damit sind die Einführungsstatements abgeschlossen. Wir beginnen die Fragerunde. Zunächst Herr Pitterle, danach Herr Brunner und Herr Gambke.

Abg. **Richard Pitterle** (DIE LINKE): Meine erste Frage geht an Dr. Thole. Sie haben dafür plädiert, § 104 InsO so eng zu fassen, dass er auf Finanzdienstleistungen beschränkt bleibt. Können Sie die Gefahren schildern, die sich ergeben, wenn er auf andere Branchen – wie Energie und Rohstoffmärkte – ausgeweitet würde?

Die zweite Frage geht an Professor Paulus. Ich habe Ihren Ausführungen entnommen, dass Sie dafür sind, den Ausnahmetatbestand eines – wie Sie sagten – Geschäftsmodells als Gesetzgeber abzuschaffen. Aber da Sie sich mit dem Unvermeidlichen abgefunden haben – Sie sagten, es lässt sich nicht mehr umkehren –, plädieren Sie für eine einschränkende Formulierung, damit nicht noch mehr Geschäftsmodelle entstehen. Vielleicht können Sie das näher ausführen.

Abg. **Dr. Karl-Heinz Brunner** (SPD)**:** Auslöser der Diskussion sind das BGH-Urteil vom 9. Juni 2016, die seit Jahren rechtswidrige Anwendung von AGB und der Widerspruch zum EU-Recht. Dazu habe ich eine Frage an Professor Paulus: In welchen Fällen schreibt das EU-Recht uns zwingend vor, entsprechende Regelungen umzusetzen?

Die zweite Frage geht an Professor Köndgen: Welche Wirtschafts- und Rechtsgebiete müssten bei der Eingrenzung des § 104 InsO zwingend genannt werden, um eine Ausuferung zu verhindern?

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Als nächstes Herr Gambke.

Abg. **Dr. Thomas Gambke (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN):** Dr. Flöther, könnten Sie noch einmal eine Bewertung der Gründe vornehmen, die für bzw. gegen eine Erweiterung auf den Rohstoff--handel und Energiemärkte sprechen. Professor Paulus, Sie haben die Reduktion des Risikos von 25 Billionen US-Dollar auf 3,7 angeführt. Wie würde sich dieses Risiko verändern, wenn Ihr Eingrenzungsvorschlag umgesetzt werden würde?

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Herr Hoffmann.

Abg. **Alexander Hoffmann (CDU/CSU):** Professor Paulus, wir haben den § 104 InsO neu überschrieben mit „Fixgeschäfte, Finanzdienstleistungen und vertragliches Liquidationsnetting“. Wird damit Ihrer Auffassung nach ausreichend deutlich, dass § 104 InsO nach der neuen Fassung sowohl eine Abweichung von § 103 InsO, als auch eine Erweiterung von § 94 InsO ist?

Professor Thole, in Ihrer Stellungnahme differenzieren Sie nach Warentermingeschäften mit und ohne effektive Lieferpflicht. Diesbezüglich wäre ich Ihnen für eine Erläuterung dankbar.

Abg. **Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU):** Dr. Niering, Sie hatten in Ihrer Stellungnahme die Bedenken ausgeführt, dass § 104 InsO dazu führen könne, dass der Insolvenzverwalter eines unternehmerischen Endverbrauchers im Rahmen der Insolvenz einen neuen Energieliefervertrag abschließen müsse, also sozusagen die Sanierungsbeeinträchtigung. Mein Verständnis ist, dass nur wenige endverbrauchende Unternehmen am Großhandel teilnehmen. Könnten Sie quantifizieren, wie viele Endverbraucher in dieser Rolle betroffen sein würden?

Herrn Liesenhoff, könnte man die beiden Regelungszwecke des § 103 InsO – also sozusagen das Wahlrecht des Insolvenzverwalters und die alte Aufrechnungslage in die Insolvenz hinein – voneinander abspalten? Wie müsste eine solche Regelung aussehen?

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Die Antwortrunde beginnt mit Herrn Thole zu den Fragen der Kollegen Pitterle und Hoffmann.

SV **Prof. Dr. Christoph Thole:** Zunächst zu der Frage von Herrn Pitterle: Mein Hinweis, dass man das auf Finanzleistungen beschränken sollte, bezog sich auf den jetzigen § 104 Abs. 2 Satz 2 InsO. Da geht es um das eigentliche Netting, die Zusammenfassung zu einer Gesamtsaldierung. Also das, was im Entwurf der Absatz 3 ist: Wenn man durch Rahmenverträge verschiedene Geschäfte bündelt und dann zu einer Gesamtabwicklung des gesamten einheitlichen Vertrages kommt. Bisher fielen diese Fixgeschäfte nicht darunter, also die

ganz klassischen Warengeschäfte, die auch mit effektiver Lieferung verbunden sind. Wenn man sie jetzt im Zuge einer solchen Zusammenfassung zu einem Rahmenvertrag zum Gegenstand einer möglichen Gesamtsaldierung macht oder das – und vertragliche Abweichungen – zulässt, gerät man in die Gefahr, die Betriebsfortführung des Insolvenzverwalters zu erschweren. Jedenfalls, wenn er sich dann nur noch zu höheren Preisen eindecken kann. Das ist ein Effekt, den ich nicht im Einzelnen quantifizieren kann. Jedenfalls kann man aus rechtlicher Sicht noch hinzufügen, dass bisher Fixgeschäfte nach Absatz 1 Verträge sein müssen, die beiderseits nicht vollständig erfüllt sind, also Verträge im Sinne von § 103 InsO, damit man überhaupt in den Anwendungsbereich von § 104 InsO kommt. Bei Finanzleistungen wurde bisher mehrheitlich gesagt, dass es sich auch um bereits erfüllte Verträge handeln könne. Wenn man jetzt aber vom Schuldner einseitig erfüllte Fixgeschäfte zum Gegenstand einer Saldierung macht, schafft man die Gefahr, dass der Insolvenzverwalter auf die Ware nicht mehr zugreifen kann. Im Schrifttum wird zum Teil gesagt, dass dieses Netting im Sinne der Gesamtsaldierung, gerade wenn es noch vor der Insolvenz stattfindet, dazu führen kann, dass die Insolvenz verursacht wird. Das liegt daran, dass ein Unternehmen, das sehr viele Rahmenverträge geschlossen hat, mit einer Vielzahl von Ausgleichsforderungen belastet wird, wenn der Gesamtsaldo jeweils zu Lasten des Unternehmens geht. Gerade die drohende Insolvenz kann dazu führen, dass solche Lösungsklauseln oder auch die Nettingvereinbarungen gezogen werden und das Unternehmen erst recht zahlungsunfähig wird. Man muss also vorsichtig sein, wenn man den Bereich der effektiven Liefergeschäfte berührt.

Zu der zweiten Frage bezüglich der Warentermingeschäfte: Ich habe den einschlägigen Kommentaren entnommen, dass bisher unter dem Begriff der Finanzleistungen nach Absatz 2, die auch über den Rahmenvertrag zum Gegenstand der Gesamtsaldierung gemacht werden können, solche Termingeschäfte fallen, bei denen man sich verpflichtet, nicht zu liefern, wenn das bestimmte Ereignis eintritt, sondern ausgleichend Geld zu zahlen, so dass es letztlich um Geldgeschäfte ginge. Es gibt aber auch Termingeschäfte – letztlich einfache Fixgeschäfte –, bei denen zu einem bestimmten Zeitpunkt die Lieferung in Natur erfolgen muss. Das war bisher jedenfalls nicht vom Begriff der Finanzleistungen in Absatz 2 erfasst.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Dann kommt als nächstes Herr Paulus mit den Antworten auf die Fragen der Kollegen Pitterle, Brunner, Gambke und Hoffmann.

SV **Prof. Dr. Christoph G. Paulus**: Ich beginne mit der Beantwortung Ihrer Frage, Herr Pitterle. Ja, ich plädiere genauso für eine Einschränkung der Regelung und zwar aus dem pragmatischen Grund heraus, dass wir auf einer Autobahn nicht umdrehen können. Wir müssen schauen, das irgendwie in dem konzentrierten Programm hinzubekommen. Es sind im Moment 80 Jurisdiktionen auf diesem Pfad. Insofern ist all das, was wir gehört haben, aus insolvenzrechtlich dogmatischen Gründen nicht tragbar. Aber das ist für Sie als Praktiker nicht umsetzbar. Insofern füge ich mich und sage: Ja wir haben das. Da hat die entsprechende Lobby unglaublich, gründlich und sorgsam gearbeitet, sodass man jetzt mit vollem Fug und Recht sagen kann: Wir vertrauen darauf. Wenn wir jetzt ausscheren würden, würde man nach Singapur oder nach Frankreich oder nach England gehen. Daran ist nicht zu denken.

Herr Gambke, an der Quantifizierung ändert sich gar nichts. Das ist eben das Einsparungspotential, das für die Finanzindustrie – und nur für diese – besteht. Für andere Industrien habe ich keine Zahlen. Ich will zur Verdeutlichung zu diesen Zahlen hinzufügen, dass sich das Insolvenzrisiko jedenfalls drastisch reduziert. Und zwar so, dass es vernachlässigenswert wird. Es ist einigermaßen deutlich nachweisbar, dass dieses reduzierte Risiko zu dem sogenannten *moral hazard* führt. Dazu, dass man sorglos agieren kann. Dies ist tatsächlich eine der Ursachen für die 2007er-Krise gewesen; sowohl für Bear Stearns, als auch für Lehmann.

Herr Brunner, im EU-Recht ist 2003 die eben zitierte Vorschrift im Doppelt- oder sogar im Dreifachpakt eingeführt worden, um sicherzustellen, dass diese Geschäfte geschützt werden. Da steht aber eben: Diese Geschäfte müssen geschützt werden. Es ist keine dynamische Verweisung enthalten. Der Schutz gilt also unabhängig von der Rechts- oder Vertragslage. Insofern ist der Auftrag erfüllt. Das BGH-Urteil ist ja kein Todesurteil über dieses Geschäftsmodell.

Sondern es sagt nur: Dieser § 104 InsO, der seinerseits ein aufgedrängtes Produkt der Finanzindustrie ist, ist für die vertragliche Ausgestaltung zu eng geworden. Dass es regulative Änderungen gewesen sind, die das erforderlich gemacht haben, ändert nichts daran, dass das Ganze eben ein Eigengewächs ist, das erweitert werden muss. Man muss wohl damit leben, aber sich gründlich überlegen, welche Erweiterungen man zulässt. Die Erweiterungen werden in der Praxis massiv genutzt.

Herr Hoffmann, die Überschrift ist ja offizieller Gesetzestext. Insofern, kann man diese Erweiterung so akzeptieren. Sie ist eine Ausnahme zu § 103 InsO. Das ist insofern eindeutig, als wir es mit laufenden Verträgen oder einem Rahmenvertrag, der noch nicht beidseitig erfüllt ist, zu tun haben. Ich habe das in einem Aufsatz einmal nachverfolgt und habe aufgelistet, wie die Evolution, die historische Entwicklung des Ganzen ist. Zunächst wurde das Wahlrecht des Insolvenzverwalters abgelehnt, weil es nicht zu Spekulationen einlädt. Damit hat man das eben unterbunden. Das kam an, ändert aber nichts daran, dass es eben gerade ein Ausdruck des § 103 InsO ist, der dann seinerseits beiseite gedrängt werden soll. Die Erweiterung zu § 94 InsO, die Sie erwähnen, ist wie aus heiterem Himmel in die Insolvenzordnung eingefügt worden. Da steht ja eigentlich drin, dass eine Aufrechnung auch aufgrund einer Aufrechnungsvereinbarung zulässig ist. Und da hatte ich mal einen Aufsatz darüber geschrieben, dass jetzt Äpfel mit Birnen aufgerechnet werden können. Ich habe das auch in der Kommentierung so vertreten. Dann kam ein BGH-Urteil, welches das sofort wieder eingeschränkt hat. Die Einschränkung findet sich also nicht im Wortlaut der Norm. Es ist eine Einschränkung, in dem, wie das Recht heute angewendet wird.

SV **Dr. Christoph Niering**: Herr Professor Hirte, quantifizieren ist schwierig, denn Sie reden von Endverbrauchern. Ich glaube, das darf man sich nicht wie den Handwerksbetrieb oder den Verbraucher vorstellen. Es sind große Unternehmensstrukturen. Es werden zahlenmäßig wenig Unternehmen von der heutigen Regelung des § 104 InsO betroffen sein, dann aber große und sehr große. Vielleicht solche, die in ihrem Markt systemrelevant sind. Vielleicht eine Fluggesellschaft, die sich in der Krise befindet. Oder eine Branche, in der Stahl erzeugt oder hergestellt wird. Es werden sehr große Einheiten betroffen sein und dann mit einer massenhaften Betroffenheit auf der Gläubigerseite. Von den über 20.000 Insolvenzverfahren im Jahr werden es wenige sein, dann aber der große Unternehmen, die sich heute schon in diesem Markt aufhalten. Schauen Sie in der EU-Richtlinie mal danach, welche Geschäfte zukünftig auch dem § 104 InsO unterfallen sollen. Es wird weitaus mehr in der Realwirtschaft ankommen. Für mich ist Realwirtschaft immer noch eine Dienstleistung, die ich nutzen kann. Also Fliegen, oder Stahl, den ich verarbeiten kann, oder Chemieprodukte, die ich herstelle. Das ist für mich Realwirtschaft und das kommt bei den Großen an. Es werden weniger, aber dann sehr große Unternehmen sein.

SV **Max Liesenhoff**: Herr Hoffmann, Sie knüpften auch an die Aufspaltung des Aufrechnungsrechts an. Vielleicht müsste man sich deutlich machen, wie close-out netting funktioniert und an welcher Stelle eigentlich eine Aufrechnung möglich ist, um dann die Unterschiede herauszuarbeiten und einen Grund oder einen Vorteil aus § 104 InsO ableiten zu können. Close-out netting bei Fixgeschäften betrifft normalerweise einen Vertrag, nach dem die Lieferung einer Ware zu einem festen Termin geschuldet ist. Nur diese Verträge fallen unter § 104 InsO. Sie sollen seit 150 Jahren nicht unter das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters fallen, sondern werden in Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung umgewandelt. Diese Ansprüche können auch zu Gunsten der Masse sein. Es sind auch Ansprüche der Masse gegen einen Vertragspartner. Das hängt schlichtweg von den bei Verfahrenseröffnung vorhandenen Marktpreisen ab. Bei Rahmenverträgen sind Käufer und Verkäufer bilateral in einem Rahmenvertrag zusammengefasst. Das heißt: Geht eine Partei insolvent und sind alles Fixgeschäfte, dann entstehen dort verschiedene Ansprüche zu Gunsten und zu Lasten der Masse. Die würden nach § 104 InsO immer entstehen, weil die Lieferpflichten wegfallen. Das heißt: Wir haben eine Aufrechnungslage, aufgrund derer nach § 94 ff. InsO aufgerechnet werden kann. Das war vorher schon so und hat sich nicht geändert. Der Vorteil des vorgeschlagenen § 104 InsO ist eigentlich nur die vertragliche Ausgestaltung des Prozesses. Denn die Eröffnung des Verfahrens findet willkürlich statt. Zu einem Zeitpunkt, über den der Richter

entscheidet, werden die Marktpreise eingeloggt. Wenn ich jetzt die vertragliche Möglichkeit habe, auszusteigen, kann ich diesen Prozess kontrollieren. Wenn ich multiple Transaktionen wieder im Markt eindecken muss, brauche ich dieses Steuerungsinstrument. Da kann ich nicht davon abhängig sein, wann gerade ein Insolvenzgericht über die Verfahrenseröffnung entschieden hat. Das ist der Vorteil von § 104 InsO. Das ist die Rechtsicherheit, die wir brauchen. Denn auf dieser Basis bemessen wir das Risiko, das wir mit einem Vertragspartner haben. Händler müssen sich bei Verlusten wieder eindecken und sind einem Marktpreisrisiko ausgesetzt. Das müssen sie kurzfristig beenden und steuern können.

Wirtschaftlich ist der Unterschied schwer zu quantifizieren, weil er schlichtweg an den Marktpreisen hängt. Aber das ist eben Willkür und man muss aus dieser Willkür heraus. Wenn das Ganze jetzt noch dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters unterstellt werden würde, könnte dieser den Zeitpunkt bestimmen. Er könnte zu günstigen Preisen für die Masse Einzeltransaktionen herausnehmen und sie sich dann erfüllen lassen. Das verstärkt das Risiko. Aus dieser Zwickmühle muss der solvente Vertragspartner heraus. Sonst kippt er um. Er hat immense Risiken, die in einem Handelsmarkt zu einer Kettenreaktion führen würden. Natürlich muss der Schutz der Masse gewährleistet sein. Aber es geht auch um Ansprüche der Masse. An der Aufrechnungsmöglichkeit ändert sich nichts, sondern nur an dem Zeitpunkt. Es verändert sich ansonsten nichts im Hinblick auf die Reduktion der Masse. Es geht nur darum, das operativ steuern zu können und diesen Vorteil zu gewinnen. Deshalb ist § 104 InsO von Bedeutung und anders als der normale Mechanismus, den das materielle Insolvenzrecht an der Stelle gestalten würde.

SV **Prof. em. Dr. Johannes Köndgen**: Herr Dr. Brunner, Sie haben nach den möglichen Ausuferungen der Novellierung gefragt. Ich würde nicht nur von Ausuferung, sondern von Dammbrüchen sprechen. In der Tat drohen hier Dammbrüche. Der einzige belastbare Normzweck des § 104 InsO ist die systemische Qualität von Finanzinstituten. Im Energiehandel haben wir auch Verletzungsphänomene. Aber „systemrelevant“ kann man nicht sagen. Die Schäden, die hier drohen, sind wahrscheinlich, wenn überhaupt, mutmaßlich sehr viel geringer, als bei der Insolvenz eines Kreditinstitutes oder einer Wertpapierfirma. Wenn wir die Energielieferanten oder den Energiehandel mit in das Boot nehmen, dann sind als nächstes die Rohstoffe dran. Gerade unter der Sanierungsperspektive sind die Rohstoffe erforderlich. Sie können jede Menge Strom haben. Aber wenn Sie keine Rohstoffe haben, dann brauchen Sie auch keinen Strom. Das hängt miteinander zusammen. Die Rohstoffe fallen zum Teil begrifflich schon unter die alte Fassung des § 104 InsO, aber jetzt definitiv unter die zu novellierende Fassung. Wenn wir die Rohstoffe noch mit hineinnehmen, wer sind dann die nächsten? Dann sind es die halbfertigen Fabrikate. Da gibt es keine Rahmenverträge und die werden auch nicht zu Markt- und Börsenpreisen gehandelt. Also da ist dann einfach kein Halten mehr. Es besteht ein weiterer Dammbruch durch die Lösungsklausel. Hier geht es tatsächlich um den Konflikt zwischen dem Insolvenzrecht und privater Insolvenzvorsorge. Wenn wir allmählich die Grenzen hinausschieben, haben wir einen weiteren Dammbruch. Irgendwann wird dann jeder soweit sein, dass er sich aus dem Insolvenzverfahren vertraglich ausklinken kann.

SV **Dr. Lucas Flöther**: Herr Dr. Gambke, Sie hatten gefragt, welche Gründe für oder gegen die Erweiterung des Anwendungsbereiches von § 104 InsO auf Rohstoffe und Energiehändler sprechen. Dafür spricht der Schutz von Individualinteressen einer Branche, nämlich der genannten Branchen Rohstoffe und Energie. Das wäre eine Privilegierung gegenüber anderen Gläubigern, die nicht in den Genuss dieser Ausnahmevorschrift des § 104 InsO im Verhältnis zu § 103 InsO kämen. Dagegen spricht, dass es insolvenzrechtlich kein sachliches Argument für eine unterschiedliche Behandlung von bestimmten Branchen, von der Energiebranche und von Rohstoffhändlern gibt. Man muss auch bedenken, dass Verluste in der Insolvenz systemimmanent sind. Jede Insolvenz bringt mit sich, dass Gläubiger im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung verlieren. Wenn der Richter eben an diesem Tag eröffnet, wandelt er – in der Sekunde der Eröffnung – alle Forderungen, die bis dahin gegen den Schuldner bestehen, in Insolvenzforderungen um. Das hat der Gesetzgeber der Insolvenzordnung so gewollt. Dies ist also auch systemimmanent. Die einzige Möglichkeit – auch das spricht aus meiner Sicht

dagegen – einer klaren Abgrenzung des Anwendungsbereiches bei gleichzeitiger Wahrung der Gläubigergleichbehandlung im Insolvenzrecht wäre die von mir vorhin vorgeschlagene Bestimmung des Anwendungsbereiches über die besondere Marktregulierung. Nur so kann § 104 InsO die absolute Ausnahmeregelung im Verhältnis zu § 103 InsO als Kernvorschrift des Insolvenzrechts bleiben, während § 103 InsO nicht ausgehöhlt würde. Die angesprochenen psychischen Geschäfte, sind die, die ich in der Fortführung brauche. Wir sprechen von der Fluggesellschaft, aber auch von der insolventen Uhrenmanufaktur in Glashütte, die Gold braucht, um Uhren herzustellen. Dort wäre es ein Drama, wenn plötzlich die Lieferungen eingestellt würden oder sie sich nur zu Preisen eindecken könnten, die das drei- oder vierfache des Marktpreis betrügen. Wir sprechen auch von dem insolventen Automobilzulieferer, der auf Aluminiumlieferungen angewiesen ist und der sich langfristig eingedeckt hat, um weiterhin die Preise stabil zu halten. Vielen Dank.

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Herr Dr. Niering, ich habe in Ihrer Stellungnahme gelesen, dass Sie den Umfang der Privilegierungen erheblich kritisiert haben. Wie würden Sie den Gesetzentwurf technisch einschränken? Insbesondere finden Sie ihn ja hinsichtlich der Privilegierung für die Finanzwirtschaft noch in Ordnung. Aber wie würden Sie den Energiegroßhandel, Elektrogroßhandel und so weiter im Detail anders regeln. Und die gleiche Frage richtet sich an Herrn Köndgen. Sie sprachen ja gerade auch von einem Dammbruch. Was würden Sie am Gesetz konkret ändern? Wie würden Sie es anders regeln?

Abg. **Richard Pitterle** (DIE LINKE): Herr Professor Dr. Thole, Sie haben in Ihrer Stellungnahme auf Seite 5 und 6 konkrete Vorschläge unterbreitet. Wie müssten die Absätze gefasst werden, damit sie die eigentlichen Ziele erreichen? Was würde erreicht, wenn man Ihrem Vorschlag folgt?

Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Herr Köhling, es wurde die Sorge geäußert, dass es ein Spekulieren zu Lasten der Vertragspartner gäbe. Andererseits geht es darum, die Masse zusammenzuhalten und zu mehren. Und meine Frage ist, inwieweit sich diese berechtigte Sorge zu dem, einem Bankeninsolvenzverfahren vorgeschalteten Moratorium verhält. Ab welchem Zeitpunkt findet das netting eigentlich statt? Kommt es auf das Moratorium an oder auf den echten Insolvenzantrag? Denn das ist ein bankspezifisches Thema, das noch gar nicht angesprochen wurde.

Herr Paulus, der Bundesrat hat ja zu dem Gesetzentwurf Stellung genommen und dabei auch angemerkt, dass der Anwendungsbereich auf die sogenannten Energiehandelsgeschäfte über Strom und Gas gar nicht klar sei, weil es nicht um physische Lieferungen geht. Sind die jetzt erfasst oder sind die nicht erfasst?

Abg. **Dr. Thomas Gambke** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Herr Paulus, Sie haben ja ausgeführt, dass wir auf der 9-spurigen-Bahn unterwegs sind. Alle anderen Jurisdiktionen sind ähnlich unterwegs und da müssen wir jetzt irgendwie weiterfahren. Aber wie können wir – und wenn ja an welcher Stelle – einengen? Also wie kommen wir von 9 Spuren vielleicht auf 7, auf 5 oder weniger?

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Damit ist die Fragerunde abgeschlossen. Ich bitte die Sachverständigen, zu antworten. Herr Köhling zu meiner Frage.

SV **Dr. Lambert Köhling**: Es ging um den Beendigungszeitpunkt für ein Moratorium. Also nach den meisten Rahmenverträgen ist der Beendigungszeitpunkt die Stellung des Antrags auf Insolvenzeröffnung oder die drohende Insolvenz. Also ist es zum Teil auch offener gestaltet. Das entspricht den Vorgaben u. a. der CRR, deren Katalog Beendigungsvorschriften enthält. Es gibt natürlich andere Verträge, bei denen man individuelle Beendigungstatbestände vereinbaren kann. Das klassische Moratorium im Kreditwesengesetz ist speziell kein Beendigungsgrund. Eine Vereinbarung wäre vertragsrechtlich möglich. In der Praxis ist das Abwicklungsregime heutzutage viel wesentlicher. Das ersetzt diesen ganzen Komplex und da sind gerade die Beendigungsgründe suspendiert. Also sie spielen gerade in der Abwicklungsphase keine Rolle mehr. Sie werden für einen Zeitraum ausgesetzt, um die Sanierung und Abwicklung zu ermöglichen. Deswegen ist es rein praktisch gerade für die Abwicklungsphase etwas anderes.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Herr Köndgen auf die Frage von Herrn Fechner.

SV **Prof. em. Dr. Johannes Köndgen**: Noch eine Ergänzung zum Dammbruch: Der Entwurf ist relativ zurückhaltend hinsichtlich einer möglichen Vorverlegung des erheblichen Zeitpunkts auf die Stellung des Antrages oder das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes. „Antragsstellung“ ist ein formalisiertes Kriterium. Das ist der Eröffnungsgrund weniger. Warum ich hier von Dammbruch gesprochen habe, war, dass man daraus ein argumentum e contrario ziehen könnte und dann alles andere der privaten Insolvenzvorsorge oder -prophylaxe überlässt. Die Parallele zu den Kreditsicherheiten tolerieren wir. Aber da gibt es auch eine Verteilungsregel. Die haben wir hier nicht. Wir haben zwei Verteilungsregeln bei den klassischen Kreditsicherheiten. Zunächst das Prioritätsprinzip, das zwar sehr formal klingt, aber durchaus seinen Gerechtigkeitswert hat. Zweitens die Rechtsprechungsregel: Lieferantenkredite gehen Finanzkrediten vor. Das sind die beiden Teilungsregeln. Bei den Derivaten haben wir keine solche Verteilungsregel. Da gehen wir mit dem Rasenmäher durch. Alles was vor der anfechtungssensiblen Periode kontrahiert worden ist, wird aus dem Insolvenzverfahren herausgezogen. Was würde ich ändern? Ich würde nichts außer ein paar Kleinigkeiten ändern, die ich in meiner Stellungnahme aufgeführt habe. Was mir jedoch am Herzen liegt: Ich habe ja durchaus eine Lanze dafür gebrochen, dass man hier diese Leitbildidee des dispositiven Rechts auch für die Insolvenzordnung aktivieren könnte. Das verlangt aber eben flankierende Regelungen. Denn in der Tat haben wir Unmengen an AGB-Rechtsprechung zur Generalklausel nach § 307 Abs. 2 BGB mit dem Leitbild. Wir brauchen gerade im Insolvenzzusammenhang die präventive Kontrolle. Dass die Gerichte dann tatsächlich in vielen Einzelfällen – im Regelfall nach Abschluss des Insolvenzverfahrens – Klauseln für unwirksam erklären, ist nicht vorstellbar. Also bräuchte man auch hier eine präventive oder abstrakte Klauselkontrolle, wie wir sie im AGB-Recht ja auch haben. Ich könnte mir vorstellen, dass diese abstrakte und präventive Klauselkontrolle von der Aufsichtsbehörde wahrgenommen wird.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Herr Niering.

SV **Dr. Christoph Niering**: Herr Dr. Fechner, einen konkreten Vorschlag haben wir. Der hat auch nichts damit zu tun, dass wir sagen, wir unterscheiden jetzt einfach, weil wir uns der Finanzwirtschaft geschlagen geben. Sondern wir haben die Besonderheit eines sehr strengen Aufsichtssystems. Das könnte man im Zusammenspiel mit einer Änderung von § 104 Abs. 4 Satz 1 InsO erreichen, den ich korrigieren würde, indem ich nur solche Geschäfte der Veränderungsmöglichkeit unterstellen würde, bei denen der Rahmenvertrag aufsichtsrechtlich anerkannt ist. Das ist der Fall, wenn er im Zusammenspiel mit einer Aufsichtsbehörde und in einer Branche, in der eine Aufsichtsbehörde existiert, auch anerkannt ist. Das ist die Besonderheit. Denn da habe ich einen Kontrollmechanismus, bei dem der Staat sagt: „Ja das ist ein so systemrelevanter Wirtschaftszweig, da setzen wir eine Aufsicht ein, die Mindestregeln und Regeln hat für das Eigenkapital hat.“ In dem Zusammenspiel sollte § 104 Abs. 4 Satz 1 InsO geändert werden, so wie wir es in der Stellungnahme auf Seite 13 ausgeführt haben. Damit könnten wir gut zurechtkommen.

Herr Pitterle, ich hätte das Wort Dammbruch gar nicht in den Mund genommen, aber Professor Köndgen sprach mir natürlich aus dem Herzen. Denn es ist nicht nur der § 104 InsO, sondern auch die Lösungsklauseln des § 119 InsO, die hier vom Gesetzgeber bewusst streng gehandhabt werden sollten. Auch die Entscheidung aus dem Jahr 2012 war kein Fall des § 104 InsO, sondern des § 119 InsO. Der wurde auch in einigen Stellungnahmen diskutiert. Anhand des BGH-Urteils von 2012 sieht man die Auswirkungen des Zusammenhangs von § 104 InsO und § 119 InsO.

Herr Liesenhoff, ich hab vollstes Verständnis. Wenn ich auf Ihrem Stuhl säße, würde ich genauso argumentieren. Ich habe für jeden Verständnis, der für seine Interessensgruppe ein Privileg einfordert. Denn das, was in der Insolvenz passiert, ist dramatisch für die beteiligten Gläubiger, die Energieversorger und die ungesicherten Kreditinstitute. Für alle Gläubiger ist das eigentlich ein dramatisches Ereignis. Und darum verstehe ich gut, wenn man das irgendwie zurückdrehen will und dieses verlorene Terrain zurückholen möchte. Aber wenn man hier anfängt, wo hört man auf? Denken Sie bitte nicht nur an Rohstoffe. Da hat Professor Flöther Beispiele genannt: Es gibt viele rohstoffintensiv produzierende Unternehmen. Aber denken Sie auch an den Vermieter. Beispiel

§ 112 InsO: Warum muss er bei seiner Immobilie an einem Mietvertrag festgehalten werden? Vielleicht stehen wir – unter dem Zeichen Brexit und dem, was gestern passiert ist davor, dass wir das Insolvenzrecht als Sanierungstool dringend brauchen. Daher bitte ich Sie: Erhalten Sie es uns bitte im Kern, damit wir dann auch Unternehmen und Arbeitsplätze erhalten können.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Professor Dr. Paulus.

SV **Prof. Dr. Christoph G. Paulus**: Herr Vorsitzender, Sie fragen mich als Juristen, wie ich das auslege. Ich kann Ihnen natürlich jedes Ergebnis präsentieren. Vor zwei Jahren war ich Zweitbetreuer einer Dissertation, die selbstverständlich davon ausgegangen ist, dass § 104 InsO auf die Energiewirtschaft anwendbar ist. In dem Kontext noch mal zur Klarstellung: Dass besagte Anwaltskanzleien Abteilungen abstellen, die jeden Vertrag prüfen – damit meine ich nicht jeden, irgendwie mit dem Finanzmarkt verbundenen Vertrag, sondern buchstäblich jeden Vertrag. Sie gehen durch diese Abteilung durch und werden dort gebogen. Je mehr Text da ist, desto leichter ist es, den Vertrag im Wege der Auslegung, darunter zu subsumieren. Man kann also mit gutem Recht sagen, dass die Energiewirtschaft von § 104 InsO erfasst ist.

Herr Gambke, ich habe keinen Formulierungsvorschlag für eine Einengung. Da verweise ich dankend auf den Verband Insolvenzverwalter Deutschland, der so einen Vorschlag unterbreitet hat. Ich meine nur, dass die Formulierung von der Idee getragen sein muss, ein Privileg zu gewähren. Das Privileg muss sich – in Anbetracht der ursprünglichen Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts, also dem Ziel der Gleichbehandlung aller Gläubiger – fragen, wie hoch das Schutzbedürfnis ist. Die Frage ist, ob das Gewähren von Schutz bei der Reduzierung des Insolvenzrisikos von 25 auf 3,7 runter und einem Geschäftsvolumen von 605, wirklich erforderlich ist. Das entspricht allerdings so sehr dem Mainstream, dass daran nichts zu machen ist. Aber dann sollte man sich wenigstens fragen, ob es irgendwelche Besonderheiten gibt, die das rechtfertigen. Ich garantiere ihnen übrigens, die nächsten, die hier auf der Matte stehen werden, werden im globalen Handel diejenigen sein, die sich in einer sogenannten Lieferkette (*supply chain*) befinden. Das ist heutzutage die Weltwirtschaft, dass man eben Teile in Zentralafrika oder in Lateinamerika anfertigt, die irgendwohin geliefert werden, wo sie zu halbfertigen Produkten hergestellt werden und dann ihrerseits *just in time* an einen anderen Ort geliefert werden, um dort zum Endprodukt zusammengefügt zu werden. Was meinen Sie, was für eine Katastrophe da ein Insolvenzfall auslöst. Es gibt bereits, international gesehen, die wildesten Fälle. Die stehen unter Garantie auf der Matte. In den TPPA wurde die Förderung der *global supply chains* als Zweck aufgenommen. Das heißt also, Notwendigkeiten werden von der Wirtschaft am laufenden Band aufgeführt. Dagegen müssen Sie sich als Politiker wappnen: Wo ziehen Sie die Grenze? Denn Ausgangspunkt des Insolvenzrechts ist eigentlich die Gleichbehandlung.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Herr Thole auf die Frage von Herrn Pitterle.

SV **Prof. Dr. Christoph Thole**: Sie hatten mich nach den Vorschlägen oder Anregungen gefragt, die ich in meiner Stellungnahme gegeben hatte. Ich will das gern erläutern. Was zunächst den Vorschlag auf Seite 5 angeht: als Ergebnis meiner Überlegungen war mir unklar, ob man in Absatz 3 des Entwurfs auch diese Fixgeschäfte hineinziehen sollte, weil ich mir über die Folgen dessen nicht ganz klar war. Deswegen habe ich in meiner Stellungnahme vorgeschlagen, dass man den Absatz 3 – also die eigentliche Gesamtsaldierung – so wie bisher, bei Geschäften über Finanzleistungen, belässt und diese Fixgeschäfte, also das was der bisherige Absatz 1 ist, nicht auch in diese rahmenvertragliche Gesamtsaldierung hineinzieht, weil ich mir eben nicht ganz sicher bin, ob das nicht im Ergebnis möglicherweise nachteilige Folgen hat. Hilfsweise habe ich dann angeregt, dass man, wenn man schon die Fixgeschäfte des Absatzes 1 – also das wären die Geschäfte, die auch eine effektive Lieferung beinhalten – einbezieht, jedenfalls klarstellt, dass es nur für die Geschäfte nach Absatz 1 gilt, wenn das ein beiderseits nicht vollständiger erfüllter Vertrag ist. Das war auch bisher ganz herrschende Meinung, dass man zu § 104 Absatz 1 InsO nur kommt, wenn es ein Vertrag im Sinne von § 103 InsO ist. Dann wären die Verträge, bei denen schon von einer Seite vollständig erfüllt ist, also ausgeklammert. Denn die sollte man jedenfalls dann nicht zum Gegenstand einer Gesamtsaldierung machen. Das

ist dann der Hilfsvorschlag auf Seite 5.

Was jetzt die Formulierung auf Seite 6 meiner Stellungnahme angeht: Da ist Ausgangspunkt eigentlich eher eine dogmatische Sorge. Deswegen ist es auch nur eine Umformulierung dessen, was der Gesetzentwurf jetzt schon zum Ausdruck bringen möchte. Ich hatte mich ein bisschen an dem vorgeschlagenen Absatz 4 Nummer 1 und 2 gestört, der insbesondere in Absatz 4 Nummer 1 auch zum Ausdruck bringt, dass man eine vertragliche Beendigung auch auf das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes konditionieren kann. Das kann möglicherweise die allgemeine Diskussion darüber, inwieweit Lösungsklauseln nach § 119 InsO wirksam oder unwirksam sind, in die eine oder andere Richtung beeinflussen. Man kann daraus ein argumentum e contrario ziehen, nach dem Motto: Bei sonstigen Lösungsklauseln ist es unzulässig, dass man sich bei Vorliegen eines Eröffnungsgrundes löst. Man kann das aber vielleicht auch als Kronzeugen für eine allgemeine Zulässigkeit von Lösungsklauseln, auch bei Vorliegen eines Eröffnungsgrundes, heranziehen. Insofern wäre mein Petitum, dass man diese singulär angelegten Änderung des § 104 InsO diese allgemeine, schwierige Diskussion zu § 119 InsO nicht beeinflusst. Denn auch die BGH-Rechtsprechung zu dieser sogenannten Vorwirkung auf den Eröffnungsantrag, ist jedenfalls dogmatisch relativ schwierig. Deswegen habe ich da eine Umformulierung vorgeschlagen, die das Regelungsziel des Entwurfs im Wesentlichen trifft, ohne Gefahr zu laufen, die allgemeine Diskussion zu beeinflussen. Es hat auch noch einen weiteren Hintergrund: Wenn etwa in Absatz 4 Nummer 1 von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Rede ist, dann wird man, wenn es so etwas wie ein Vorinsolvenzsanierungsverfahren geben sollte, möglicherweise in ein paar Jahren wieder hier sitzen und sich fragen: Müssen wir das jetzt erweitern auf die Eröffnung eines Vorinsolvenzsanierungsverfahrens? Das wäre jedenfalls eine anschlussfähige Formulierung.

Es ist auch koalitionsrechtlich, international-privatrechtlich relativ schwierig, konkrete Regelungen über den Beendigungszeitpunkt vor Verfahrenseröffnung zu treffen, denn da taucht automatisch die Frage auf, ob es überhaupt Teil des Insolvenzstatuts oder des Forderungsstatuts ist. Das Problem liegt nämlich letztlich darin, dass bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens, oder jedenfalls bis zur Antragstellung, nicht klar ist, was überhaupt das Insolvenzstatut ist. Wenn § 104 InsO und § 119 InsO Teil einer Regelung des Insolvenzstatuts sind, kann es noch bis zum Antrag verändert werden. Das Problem ist, dass vielleicht vor dem Antrag dieser Netting-Effekt eintreten soll. Dann müsste man es eigentlich an § 104 InsO messen. Jetzt verlegt der Schuldner aber seinen Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen von Deutschland nach England. Dann gilt auf einmal englisches Insolvenzrecht, so dass man da auch gewisse Implikationen hat und dem beugt diese Formulierung vor.

Vorsitz Abg. **Dr. Heribert Hirte** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Thole. Damit sind wir am Ende der Anhörung. Ich möchte vor allen Dingen der Sachverständigen danken, die ja ein bisschen in der Rolle Gesetzgeberin war und deshalb auch nicht befragt wurde. Auch den übrigen Sachverständigen herzlichen Dank. Wir werden in die interne Diskussion übergehen. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz wird sich eine Meinung machen. Wir machen uns eine andere Meinung. Dann werden wir das zusammentragen und sehen, was dabei herauskommt. Vielen Dank. Die Sitzung ist geschlossen.

Schluss der Sitzung: 20:10 Uhr

Dr. Heribert Hirte, MdB

Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen

Dr. Lucas Flöther	**Seite 29**
Dr. Lambert Köhling, LL.M.	**Seite 37**
Prof. em. Dr. Johannes Köndgen	**Seite 57**
Max Liesenhoff	**Seite 62**
Dr. Christoph Niering	**Seite 73**
Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M.	**Seite 86**
Prof. Dr. Christoph Thole	**Seite 89**

BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 38/2016
November 2016

Zum Änderungsentwurf der Bundesregierung zu § 104 InsO (BT-Drucksache 18/9983)

Mitglieder des Ausschusses Insolvenzrecht

Rechtsanwalt Prof. Dr. Lucas F. Flöther (Vorsitzender und Berichterstatter)
Rechtsanwältin Christine Frosch
Rechtsanwalt Dr. Frank Kebekus
Rechtsanwältin Dr. Karen Kuder
Rechtsanwalt Markus M. Merbecks
Rechtsanwalt Rolf G. Pohlmann
Rechtsanwalt und Notar Dr. Wilhelm Wessel
Rechtsanwalt Dr. Thomas Westphal

Rechtsanwältin Eva Melina Bauer, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Patentanwaltskammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBl, DRiZ, FamRZ, FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus, Deubner Verlag Online Recht, Beck aktuell, Jurion Expertenbriefing, Juris Nachrichten, LexisNexis Rechtsnews, Otto Schmidt Verlag

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zum Änderungsentwurf der Bundesregierung zu § 104 InsO (BT-Drucksache 18/9983) nimmt die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) wie folgt Stellung.

Einleitung:

Anlässlich der Entscheidung des BGH vom 9. Juni 2016 – IX ZR 314/14 hat die Bundesregierung einen Gesetzentwurf erarbeitet, mit dem die Vorschrift des § 104 InsO geändert werden soll. Inhaltlich geht es um die Legalisierung der gängigen und nun vom BGH als rechtswidrig eingestuften Praxis, wonach von der Regelung des § 104 InsO in seiner jetzigen Fassung abweichende Vereinbarungen bei Fix- und Finanzgeschäften getroffen werden. Zukünftig sollen folgende Abweichungen nach § 104 InsO-E zulässig sein:

- die vorzeitige Beendigung des Fix- oder Finanzgeschäfts unter der auflösenden Bedingung des Insolvenzfalls
- dispositive Berechnungen der Forderung wegen Nichterfüllung entgegen § 104 Abs. 3 InsO.

Derartige Vertragsklauseln verfolgen folgenden Zweck (nach MünchKommInsO – *Jahn/Fried*, InsO, § 104, Rn. 152 ff.):

- Kumulation vieler einzelner derivativer Forderungen zu gegenseitigen Gesamtforderungen, § 104 Abs. 2 S. 3 InsO
- Saldierung gegenseitiger Forderungen bzw. Aufrechterhaltung der Aufrechnungsmöglichkeiten (§ 94 ff. InsO)
- verringertes Ausfallrisiko durch Anpassung der Forderung wegen Nichterfüllung
- zügige Abwicklung außerhalb der Insolvenz.

Der BGH hat Vereinbarungen mit diesem Inhalt in der zitierten Entscheidung nach geltendem Recht für unwirksam erklärt, soweit eine von § 104 Abs. 3 InsO abweichende, vertragliche Berechnung der Forderung wegen Nichterfüllung vorgenommen wurde. § 104 Abs. 3 InsO sei insoweit nach § 119 InsO zwingendes Recht und treffe hinsichtlich der Berechnung der Forderung wegen Nichterfüllung eine zwingende Regelung. Ob daneben eine für den Insolvenzfall auflösende Vereinbarung wirksam ist, hat der BGH ausdrücklich offen gelassen (BGH, a.a.O., Rn. 54).

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung ist aus folgenden Gründen überwiegend zu befürworten:

I. Teleologische Stellung des § 104 InsO im Verhältnis zu § 103 InsO im Insolvenzrecht

Um die Tragweite des § 104 InsO-E nachvollziehen zu können, ist zunächst zu erläutern, welchen Zweck eine mögliche Neufassung im Verhältnis zur Grundregel des § 103 InsO verfolgen würde und wie diese systematisch eingeordnet wird.

1.) § 103 InsO

Nach § 103 InsO steht dem Insolvenzverwalter ein Wahlrecht zu. Er kann von der Vertragspartei des Insolvenzschuldners verlangen, den nicht erfüllten Vertrag zu erfüllen (Abs. 1). Andernfalls kann der Vertragspartner Forderungen wegen Nichterfüllung geltend machen (Abs. 2). Nach Ansicht des BGH liegt der Zweck der Norm darin,

> *„einen von keiner Seite bereits vollständig erfüllten gegenseitigen Vertrag zum Vorteil der Masse und damit der Gläubigergesamtheit auszuführen, insoweit dann aber zugleich auch dem Vertragspartner den durch das funktionelle Synallagma vermittelten Schutz zu erhalten".* (BGH vom 7. März 2002 – IX ZR 457/99)

Mit anderen Worten soll das Wahlrecht den Insolvenzverwalter in die Position versetzen, bestmöglich für die Insolvenzmasse zu wirtschaften sowie die Unternehmensfortführung zu gewährleisten, ohne dabei die Rechte der anderen Vertragspartei außer Acht zu lassen (Kübler/Prütting/Bork–*Tintelnot*, InsO, § 103, Rn. 7 ff.; MünchKommInsO–Kreft, InsO, § 103, Rn. 2). Festzuhalten ist somit, dass der Verwalter durch die Regelung in die Lage versetzt wird, einerseits rentable Verträge zu erfüllen, aber andererseits an unrentable Verträge nicht gebunden wird.

2.) § 104 InsO und § 104 InsO-E

Von diesem Grundsatz weichen § 104 InsO und § 104 InsO-E ab. Dem Insolvenzverwalter steht kein Wahlrecht bei Fix- und Finanzgeschäften zu. Der jeweilige Vertrag wird gleichsam, automatisch beendet, solange er im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht erfüllt war. Zukünftig sollen die Vertragsparteien hinsichtlich der Abwicklung nach § 104 Abs. 4 InsO-E abweichende Vereinbarungen treffen können.

Nach der Rechtsprechung des BGH liegt der Zweck des § 104 InsO und der damit einhergehende Ausschluss des Wahlrechts des Insolvenzverwalters darin, eine Auszehrung der Insolvenzmasse durch Spekulation des Verwalters zu verhindern. Gerade eine abweichende Vereinbarung, die die Berechnung der Forderung wegen Nichterfüllung zu Lasten der Masse betreffe, sei deshalb nicht mit der vorgegebenen Berechnungsgrundlage des § 104 Abs. 3 InsO vereinbar, sondern stehe im Widerspruch zu dem Zweck, weil der Masseschutz individualvertraglich durchbrochen werden könne (BGH, a.a.O., Rn. 59 f.). Weiterhin dient § 104 InsO der Wahrung der Vertragsparität, damit der Verwalter den bestmöglichen Kurs nicht einseitig abwarten kann und erst im für die Masse günstigsten Moment von seinem Wahlrecht Gebrauch macht (Schmidt–Ringstmeier, InsO, § 104, Rn. 1; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier–*Flöther/Wehner*, InsO, § 104, Rn. 3). Dies kann die Vertragspartei des Insolvenzschuldners unangemessen belasten, weil sie der einseitigen Entscheidungsmacht des Insolvenzverwalters zu Gunsten der Masse ausgesetzt wäre.

Der Gesetzgeber schließt mit § 104 InsO-E an diese Überlegung an. Der neue Privilegierungstatbestand solle zum anderen aber auch gewährleisten, *„dass sich beide Parteien im Idealfall verlustfrei zu eben dem Preis neu eindecken können, zu dem sie das Geschäft im Verhältnis*

zueinander abrechnen." Insofern diene § 104 InsO-E vorrangig den Interessen des Vertragsgegners (vgl. BT-Drucksache 18/9983, S. 9, S. 13).

Hierzu ist anzuführen, dass eine Privilegierung einzelner Gläubiger in § 104 InsO-E legitim und dem Insolvenzrecht auch an anderer Stelle nicht fremd ist. Die Privilegierung einzelner Interessengruppen dient dazu, nicht diejenigen Gläubiger zu benachteiligen, die eine konsequente Gläubigergleichbehandlung unverhältnismäßig belasten würde. Mit anderen Worten soll mit dem Durchbruch des Grundsatzes die Verteilungsgerechtigkeit gewährleistet werden (in Anlehnung an Uhlenbruck–*Pape*, InsO, § 1, Rn. 4).

Demnach ist festzuhalten, dass die Schaffung eines Privilegierungstatbestandes grundsätzlich mit der Durchführung eines gerechten Insolvenzverfahrens gerechtfertigt werden kann.

II. Gesamtabwägung

Bei der Schaffung eines Privilegierungstatbestands muss aber auch die Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Die vorzugsweise Behandlung einzelner Gläubiger darf nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung der übrigen Gläubiger sowie des Insolvenzschuldners führen. Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Privilegierung um einen Ausnahmetatbestand von der Regel handeln muss. Eine „Ausuferung" von Rechten einzelner Gläubiger ist deshalb zu vermeiden. Dabei ist auch zu beachten, dass das Insolvenzrecht dem gemeinschaftlichen Verlust sowie der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger und nicht der Verlustfreiheit einzelner Gläubiger grundsätzlich den Vorrang gibt. Dies ist auch historisch zu begründen, weil der Gesetzgeber die Vorrechte durch die Insolvenzordnung im Jahr 1999 abgeschafft hat (Uhlenbruck-*Pape*, InsO, § 1, Rn. 12).

1.) Erweiterter Anwendungsbereich des § 104 InsO-E nicht überzeugend

Bedenken bestehen deshalb gegen die Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 104 InsO-E. Hierbei muss eine Parität zwischen folgenden Abwägungspunkten gewährleistet werden:

Der in § 104 Abs. 2 S. 2 InsO genannte Beispielkatalog für Finanzleistungen, auf die der Privilegierungstatbestand Anwendung finden soll, wird in § 104 Abs. 1 S. 3 InsO-E erweitert.

Die Bundesregierung führt hierzu aus:

> *„Zwar ist die Definition von Finanzinstrumenten in Anhang I Abschnitt C der Finanzmarktrichtlinie umfassender als der bisherige Beispielkatalog des § 104 Absatz 2 Satz 2 InsO, da sie auch Geschäftstypen wie z.B. die auf Klimavariablen, Frachtsätze, Inflationsraten oder andere makroökonomische Variablen bezogenen Derivate erfasst, die in Absatz 2 Satz 2 nicht aufgeführt werden. Allerdings handelt es sich bei der Aufzählung des § 104 Absatz 2 Satz 2 InsO um einen nicht abschließenden Beispielkatalog (Bundestagsdrucksache 12/7302, S. 168). Die Regelungstechnik des Beispielkatalogs hat der Gesetzgeber bewusst gewählt, da er den Begriff der Finanzleistung für künftige Entwicklungen auf den Finanzmärkten offenhalten wollte (Bundestagsdrucksache 12/7302, S. 168).*" (BT-Drucksache 18/9983, S. 10 f.)

Nach dem Willen des Gesetzgebers

> *„sollte es nicht auf das formale Kriterium des Vorliegens eines Vertrags im Sinne des § 103 InsO ankommen, sondern allein auf die Frage, ob die Marktrisiken, denen das Geschäft unterliegt, unter das von § 104 InsO aufgegriffene Schutzbedürfnis der*

Parteien und insbesondere des Vertragsgegners fallen." (BT-Drucksache 18/9983, S. 19)

Mit einzubeziehen sei deshalb nach § 104 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 InsO-E zum Beispiel der Energiehandel (BT-Drucksache 18/9983, S. 19).

Zuzustimmen ist der Bundesregierung zwar insoweit, als dass künftige Entwicklungen auf den Finanzmärkten zu berücksichtigen sind. Andererseits ist aber auch auf das Privilegierungsmoment des § 104 InsO-E und den Charakter der Norm als Ausnahmeregel hinzuweisen. Insofern ist die Schutzbedürftigkeit besonders nachzuweisen. So überzeugt nicht die Anknüpfung der Bundesregierung ganz allgemein an Marktrisiken. Der Handel mit Derivaten ist grundsätzlich einem spekulativen Marktrisiko ausgesetzt. Ferner kann es nicht Aufgabe der Gläubigergemeinschaft sein, dieses Risiko mit einem weit gefassten Privilegierungstatbestand aufzufangen. Die vom Gesetzgeber genannten Risikofaktoren, wie etwa Klimavariablen, Frachtsätze, Inflationsraten oder andere makroökonomische Variablen (BT-Drucksache 18/9983, S. 19), genügen hierfür jedenfalls nicht, weil sie das eigentümliche Risiko des jeweiligen Derivats darstellen.

Als ein weiteres Marktrisiko nennt die Bundesregierung „regulatorische Vorgaben" (BT-Drucksache 18/9983, S. 19). Hierbei handelt es sich um ein geeignetes Anknüpfungsmerkmal, weil die Regulierung eines Marktes grundsätzlich für die besondere Schutzbedürftigkeit des jeweiligen Marktes spricht.

Ein Grenzfall sind die von der Bundesregierung genannten Energiegroßhandelsmärkte bzw. Warengeschäfte, die über §103 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 InsO-E in den Anwendungsbereich aufgenommen werden sollen. Die Bundesregierung geht von einer Regulierung auf Grund der Verordnung (EU) Nr. 1227/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts aus (BT-Drucksache 18/9983, S. 19). Ob dies die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 104 InsO rechtfertigt und ob es sich hierbei um eine „ausreichende" Regulation handelt, wird an dieser Stelle ausdrücklich bezweifelt. § 104 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 sollte somit gestrichen werden.

Für die hier vertretene Position spricht auch, dass Lösungsklauseln grundsätzlich sanierungsfeindliche Wirkung haben. Dem Verwalter wird die Unternehmensfortführung in der Regel erschwert, wenn er nicht auf die Erfüllung vorinsolvenzlich vom Schuldner geschlossene sowie betriebsnotwendige Verträge bestehen kann (*Berger*, ZInsO 2016, S. 2111, 2117 f.). Umgekehrt heißt dies, dass *"die Unwirksamkeit der Lösungsklausel den Gläubiger regelmäßig daran hindert, einen zu günstigen Bedingungen abgeschlossenen und für die Betriebsfortführung wesentlichen Vertrag kurzfristig einseitig zu beenden."* (BGH, vom 15. November 2012– IX ZR 169/11, Rn. 14). Auch der Gesetzgeber ist dieser Auffassung (BT-Drucksache 12/2443, S. 146).

Aus diesem Grund wird auch die Aufnahme der Zulässigkeit von Liquidationsnetting bei Fixgeschäften nach § 104 Abs. 1 InsO-E für bedenklich gehalten. Hierunter fallen sämtliche Termingeschäfte (Handelsgeschäfte, Verbraucherverträge etc.). Nach hier vertretener Ansicht scheint die Anknüpfung an den Termin eines Geschäfts für die Eröffnung des § 104 InsO-E nicht geeignet und unverhältnismäßig zu sein. Fixgeschäfte sollten deshalb entweder aus § 104 InsO-E vollständig gestrichen oder der Anwendungsbereich ebenfalls für solche Fixgeschäfte begrenzt werden, die einer besonderen Regulierung unterliegen.

Jedenfalls muss gewährleistet sein, dass die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 104 InsO nicht zum Regelfall wird.

Wünschenswert wäre deshalb eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf besonders regulierte Märkte. Hierzu müsste auch legal definiert werden, welche Anforderungen an regulative Vorgaben zu stellen sind, damit der Anwendungsbereich und die Ausweitung der Regelbeispiele einer Begrenzung unterliegen. Zumindest müssten die regulativen Vorgaben derartig in die Finanzdienstleistung eingreifen, dass in ihrer Gesamtheit von einer besonderen Schutzbedürftigkeit zur Aufrechterhaltung der Marktstabilität auszugehen ist. Insofern sollten die Anforderungen an die regulativen Vorgaben konkretisiert, der Anwendungsbereich des § 104 InsO-E begrenzt werden.

2.) Wortlaut des § 104 Abs. 4 InsO-E teilweise ungenau

Die Klarstellung, dass nach § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1, 2 InsO-E die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung für den Insolvenzfall zulässig sein soll, überzeugt. Bestehende Rechtsunsicherheit (*Berger*, ZInsO 2016, S. 2111) hinsichtlich der Reichweite von Lösungsklauseln wird im Hinblick auf § 104 InsO-E damit endgültig behoben. Aus Gründen der Sanierungsfreundlichkeit sollte dies aber auch ein Ausnahmefall bleiben. Eine Aufrechnung sowie Saldierung gegenseitiger Forderungen erscheint zu diesem Zeitpunkt geboten und sichert Markstabilität im schnelllebigen Finanzsektor. Es ist auch sinnvoll, die Möglichkeit nach § 104 Abs. 3 InsO-E aufrechtzuhalten, Forderungen aus vielen Verträgen der Vertragsparteien als zwei gegenseitige Gesamtforderungen zu saldieren sowie einen möglichen Überschuss mit weiteren nicht einbezogenen Forderungen aufzurechnen. Die Vertragsabwicklung wird hierdurch erheblich vereinfacht (Benzler, ZInsO 2000, S. 1), zumal eine Einzelabwicklung komplex ist und zu erheblichen Schwierigkeiten führen könnte.

Zudem wird die Möglichkeit geschaffen, von dem in § 104 Abs. 2 InsO-E genannten Grundsatz nach § 104 Abs. 4 Nr. 3 InsO-E abweichende Berechnungsmethoden bezüglich der Forderung wegen Nichterfüllung zu vereinbaren. Nach § 104 Abs. 2 InsO-E bemisst sich die Forderung nach dem Börsenpreis. Mit § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 lit. a, b InsO-E soll nunmehr die Möglichkeit geschaffen werden, den Berechnungszeitraum abweichend zu vereinbaren. Nach § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 lit. c InsO-E können weitere Berechnungsmethoden vereinbart werden, *„die Gewähr für eine angemessene Bewertung des beendeten Geschäfts bieten."*

In diesem Zusammenhang sollte folgendes nachgebessert werden:

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung verfolgt das Ziel, Rechtsunsicherheiten in der Finanzmarkt- und Aufsichtspraxis zu beseitigen (BT-Drucksache 18/9983, S. 10). Für problematisch wird deshalb gehalten, dass der Gesetzgeber in § 104 Abs. 4 S. 1 InsO-E und in § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 lit. c InsO-E folgende unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet:

- Vereinbarkeit mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung(§ 104 Abs. 4 S. 1 InsO-E)
- Zulässigkeit weiterer Berechnungsmethoden für eine angemessene Bewertung des beendeten Geschäfts (§ 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 lit. c InsO-E).

Deren Bedeutung lässt sich nicht aus der systematischen Stellung im Insolvenzrecht ableiten. In Betracht kommt sowohl eine restriktive als auch extensive Auslegung. Insofern bleibt an dieser Stelle Rechtsunsicherheit bestehen.

Gerade die Zulassung weiterer Berechnungsmethoden für die Forderung wegen Nichterfüllung nach § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 lit. c InsO-E ist zu unbestimmt. Hierbei ist auch auf das Sonderwissen des zumeist solventen Vertragspartners hinzuweisen. Es besteht somit die Gefahr, dass § 104 Abs. 4 S. 2

Nr. 3 lit. c InsO-E dahingehend verwendet wird, einseitige Interessen zu verfolgen. Eine Parität zwischen dem solventen und insolventen Vertragspartner scheint somit zumindest gefährdet zu sein.

Die unbestimmten Rechtsbegriffe aus § 104 Abs. 4 InsO-E sollten deshalb ersatzlos gestrichen oder weiter konkretisiert werden, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden.

III. Fazit

Der vorgelegte Gesetzesentwurf sollte somit in folgenden Punkten nachgebessert werden:

- weitere Begrenzung des Anwendungsbereichs von § 104 InsO-E
- Konkretisierung oder Streichung der unbestimmten Rechtsbegriffe in § 104 Abs. 4 InsO-E

***

Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V.
Bundesverband deutscher Banken e. V.
Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands e. V.
Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.
Verband deutscher Pfandbriefbanken e. V.

Die Deutsche Kreditwirtschaft

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

11. Oktober 2016

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

hier: Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft

Anlage

Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft mit Anhängen

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

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

Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V.
Bundesverband deutscher Banken e. V.
Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands e. V.
Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.
Verband deutscher Pfandbriefbanken e. V.

Die Deutsche Kreditwirtschaft

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

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 ernsten 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.

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

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 Wertpapier-finanzierungsgeschäfte wichtig (siehe hierzu auch **Anlage 1**, Ziff. 2, dritter Aufzählungspunkt). Zudem werden einige der seit langem bestehenden Rechtsunsicherheiten über den sachlichen Anwendungs-bereich des § 104 InsO ausgeräumt. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Wertpapier-finanzierungsgeschäfte (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.

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 Ersatzeindeckung 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

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 Ausgleichanspruch 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. Ermessenspielräume, 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

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-Werktage-Frist die zwanzig-Werktage-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 Verfahrens-eröffnung 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 aufsichts-rechtlichen 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 Netting-bestimmungen 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 Insolvenz-verfahrens) 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 Netting-bestimmungen 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 vom

Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte

Zwischen

Name und Anschrift des Vertragspartners

(nachstehend „Vertragspartner" genannt)

und

Name und Anschrift der Bank

(nachstehend „Bank" genannt)

wird Folgendes vereinbart:

MUSTER

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-, Zinsbegrenzungs- und ähnliche Geschäfte, die vorsehen, dass eine Partei ihre Leistung nach Wahl aus erbringt oder dass Leistungen von einer Bedingung abhängig sind.

(2) Für jedes Geschäft, das unter Zugrundelegung 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.

© 2001 Bank-Verlag Köln 44.015 (12/01)

(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 ungefährer 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 1/100 000 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

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

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 Marktusance 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 aufgrund 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, fernschriftlich, 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 gleichtägig 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

MUSTER

© 2001 Bank-Verlag Köln 44.015 (12/01)

der Grundlage von Zinssätzen, Terminsätzen, 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 schuldet 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 aufrechnen. 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 ausdrücklichen, schriftlichen, telegraphischen, durch Telefax oder in anderer 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 abzuziehen 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.

MUSTER

(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	

MUSTER

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität

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 gerecht-fertigt?

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 Derivatemärkten, 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 Derivatemärkten 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 Ch.arakter – 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 Aufbaulogik. 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. Ersichtlich 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. Anderenfalls 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

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 Einzeltranskationen unter einem Rahmenvertrag würde so ein Bruttorisiko entstehen, welches ein Vielfaches des Nettorisikos bei Nutzung des Close-Out-Netting ausmachen kann. Dieses viel höhere Bruttorisiko 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 Rechtwahl 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 werde 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 margning 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

EFET DEUTSCHLAND Verband deutscher Gas- und Stromhändler e.V.

VDM Verband Deutscher Metallhändler e. V.

wgm

WVMETALLE

BGA Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V.

bdew Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

VCI

VKU 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.

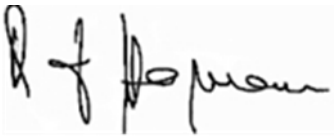
Sehr gerne stehen wir Ihnen für Rückfragen zur Verfügung.

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

EFET DEUTSCHLAND Verband deutscher Gas- und Stromhändler e.V.

VDM Verband Deutscher Metallhändler e. V.

wgm

WVMETALLE

BGA Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V.

bdew Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

VCI

VKU 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 anerkennt 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.

Stellungnahme
Dr. Christoph Niering, Vorsitzender des Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. VID)
im Rahmen der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
am 9.11. 2016 zum Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO
vom 26.7.2016

A. Vorbemerkung

Am 14.9.2016 hat die Bundesregierung den Regierungsentwurf eines Änderungsgesetzes zu § 104 InsO (BT Drs. 18/ 9983 - im Folgenden: InsO-E) vorgelegt. Sie sieht diesen InsO-E veranlasst durch das Urteil des BGH vom 9.6.2016 (IX ZR 314/14). Der BGH hat zu diesem Urteil folgenden Leitsatz formuliert:

„Treffen Parteien von Aktienoptionsgeschäften, die dem deutschen Recht unterliegen, für den Fall der Insolvenz einer Partei eine Abrechnungsvereinbarung, die § 104 InsO widerspricht, ist diese insoweit unwirksam und die Regelung des § 104 InsO unmittelbar anwendbar."

Bemerkenswert ist hier zunächst die Eile, mit der hier auf ein Urteil des Bundesgerichtshofes reagiert wird. Ebenso bemerkenswert ist auch der Umfang der vorgeschlagenen Änderung. Die Begründung des Entwurfs (a.a.O. S. 8) führt dazu aus:

„Mit dem Entwurf werden die gesetzlichen Grundlagen für die Abwicklung von Finanzmarktkontrakten in der Insolvenz einer Vertragspartei klargestellt und präzisiert. Anlass für diese Klarstellungen und Präzisierungen gibt das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2016 (IX ZR 314/14), nach dem Vereinbarungen zur Abwicklung von Finanzmarktkontrakten unwirksam sind, soweit sie für den Fall der Insolvenz einer Vertragspartei Rechtsfolgen vorsehen, die von § 104 der Insolvenzordnung (InsO) abweichen."

Damit scheint das Vorhaben zunächst auf die Finanzmärkte begrenzt zu sein. Dies wäre grundsätzlich sinnvoll. Mit dem vorliegenden InsO-E reagiert die Bundesregierung damit (auch) auf die Befürchtungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), die sich am Tag der Verkündung des Leitsatzes des Urteils (9.6.2016) veranlasst sah, eine Allgemeinverfügung nach § 4a WpHG zur Sicherstellung der Rechtssicherheit von Nettingvereinbarungen im Anwendungsbereich des deutschen Insolvenzrechts (GZ: ED WA-Wp 1000-2016/0001) bekannt zu machen.

Die auf Seite 8 der Gesetzesbegründung geschilderten bankaufsichtsrechtlichen Implikationen weisen jedoch bereits auf eine grundlegende Problematik dieses Entwurfs hin: Die besondere Regulierung bestimmter Märkte, die Risiken der Allgemeinheit vermindern soll, schafft zugleich neue Belastungen für die Markteilnehmer. Um diese Belastungen nicht untragbar werden zu lassen greift der Gesetzgeber an anderer Stelle (hier: im Insolvenzrecht) ein und schafft dort rechtliche Vorteile (hier: in § 104 InsO), die masseschützende (und damit gläubigerschützende) Regelungen (hier: grds. Verbot von insolvenzrechtlichen Lösungsklauseln) zugunsten der Marktteilnehmer einschränken. Diese Vorgehensweise erfordert zumindest eine unbedingte Beschränkung auf das zwingend Notwendige.

Schon auf Seite 19 der Gesetzesbegründung wird jedoch angedeutet, dass die hier vorgeschlagene Änderung nicht auf die Finanzmärkte beschränkt bleiben soll. Namentlich erwähnt wird der Energiegroßhandelsmarkt.

Mit dieser Erweiterung ist die Frage nach dem Schutzzweck des § 103 InsO berührt, der durch § 104 InsO eingeschränkt wird. § 104 InsO stellt als lex specialis zu § 103 InsO eine Ausnahmeregelung dar, die nur in bestimmten Fällen das Wahlrecht des Insolvenzverwalters ausschalten und so eine Fixierung der Rechtslage erreichen soll. Jede Ausweitung des § 104 InsO muss deshalb so angelegt sein, dass sie die Regel des § 103 InsO nicht ganz oder teilweise aushöhlt und den engen Anwendungsbereich einer Ausnahmeregelung präzise definiert.

Die Begründung des Regierungsentwurfs zur Insolvenzordnung (BT Drs. 12/ 2443) erläutert den Zweck des dort noch als § 118 InsO bezeichneten späteren § 104 InsO (auf S. 145) wie folgt:

„Bei einem Fixgeschäft im Sinne von § 361 BGB und § 376 HGB, das die Lieferung von Waren mit einem Börsen- oder Marktpreis zum Gegenstand hat, erscheint das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nicht sinnvoll. Der Vertragspartner ist hier besonders an einer schnellen Klärung der Rechtslage interessiert; der Verwalter hat, wenn er die Ware zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners benötigt, ohne Schwierigkeiten die Möglichkeit, sich anderweitig einzudecken. Durch Absatz 1 wird das Wahlrecht daher in diesem Fall in Anlehnung an § 18 Abs. 1 KO ausgeschlossen. Satz 2 ist ergänzt, um klarzustellen, dass die Vorschrift auch für Wertpapiergeschäfte gilt. Absatz 2 enthält eine ergänzende Regelung für Devisen- und Finanztermingeschäfte (sog. Swap-Geschäfte). Bisher ist zweifelhaft, ob § 18 KO auf diese Art von Geschäften Anwendung findet.

Schon mit dieser Begründung wird deutlich, dass der Regierungsentwurf von 1992 den Ausnahmecharakter der Vorschrift durch eng gefasste Definitionen ihres Anwendungsbereichs betont. Hervorgehoben wird auch die besondere Situation der Finanzgeschäfte, die eine Einschränkung des Wahlrechts aus § 103 InsO zulässt ohne auf den Schutz der Masse zu verzichten.

Der Rechtsausschuss (BT Drs.12/302 S.167f.) formulierte damals explizit zum Netting:

„Es soll sichergestellt werden, dass im Insolvenzfall alle noch nicht erfüllten Ansprüche aus zwischen zwei Parteien bestehenden Finanzgeschäften saldiert werden können („Netting") Dadurch wird das Risiko aus derartigen Geschäften gemindert. Der Wortlaut des Regierungsentwurfs gewährleistet die Saldierungsmöglichkeit insbesondere in den Fällen nicht, in denen einige der zwischen zwei Parteien geschlossenen Finanzgeschäfte von einer Partei schon voll erfüllt sind, so dass bei einer getrennten Betrachtung dieser Geschäfte § 118 des Regierungsentwurfs — der wie § 117 des Entwurfs einen von beiden Seiten noch nicht voll erfüllten Vertrag voraussetzt — nicht eingreift. Dann können nicht fällige oder nicht auf Geld gerichtete Einzelforderungen bestehen, bei denen nach § 107 des Entwurfs eine Aufrechnung nicht möglich ist. An einer solchen generellen Saldierungsmöglichkeit besteht auch im internationalen Geschäftsverkehr ein erhebliches Interesse; in den USA ist kürzlich eine entsprechende Änderung des Bankruptcy Code vorgenommen worden."

Das in § 103 InsO verankerte Wahlrecht soll nicht den Insolvenzverwalter, sondern alle am Insolvenzverfahren Beteiligten vor einer weiteren Beeinträchtigung ihres Vermögens schützen. Letztendlich ist das Wahlrecht auch ein wichtiger und unverzichtbarer Baustein zum Erhalt der von der Insolvenz betroffenen Unternehmen und Arbeitsplätze. Daher verbietet § 119 IsnO ausdrücklich auch Lösungsklauseln, die das Wahlrecht nach § 103 InsO unterlaufen. Die Regelungen in § 104 InsO dürfen damit nicht von der Ausnahme zur Regel mutieren, sonst heißt es zukünftig nicht mehr „Sanieren statt Liquidieren", sondern „Privilegieren statt Sanieren".

B. Ableitungen aus dem Urteil des BGH vom 9.6.2016

Einschränkend betont der BGH schon in seinem Leitsatz (s. o.), dass Liquidations-nettingklauseln nur insoweit unwirksam sind wie sie dem § 104 InsO widersprechen. Eine vollständige Unwirksamkeit solcher Klauseln ist damit nicht indiziert.

Der BGH lässt ausdrücklich offen, ob *„die abweichend von § 104 InsO bereits für den Fall des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens getroffene Vereinbarung der auflösenden Bedingung wirksam ist, weil sie als solche die in § 104 InsO vorgesehenen Rechtsfolgen nicht ändert."* (Rn. 55)

Im entschiedenen Fall führt er dazu aus (Rn. 56):

„Die Vereinbarung ist jedenfalls unwirksam, soweit die darin vorgesehene Berechnungsmethode für den Ausgleichsanspruch im Insolvenzfall von § 104 Abs. 2 und 3 InsO abweicht."

Der eigenen Bewertung folgend unternimmt der InsO-E dennoch in den neu gefassten § 104 Abs. 2-5 InsO eine vollständige Überarbeitung des bisherigen § 104 Abs. 3 InsO und integriert den bisherigen § 104 Abs. 2 InsO in einen neu gefassten § 104 Abs. 1 InsO-E.
Ausschnittsweise (Art.1) sollen die neuen Regelungen des § 104 Abs.4 InsO-E dabei sogar rückwirkend in Kraft gesetzt werden. Als sog. echte Rückwirkung ist diese Gestaltung nach der ständigen

Rechtsprechung des BVerfG an besonders strengen Maßstäben zu messen (s. zuletzt BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 12. November 2015 - 1 BvR 2961/14).

Eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der echten Rückwirkung kommt in Betracht, soweit sich kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte (a.a.O.Rn.56.):

„Eine Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit echter Rückwirkungen ist gegeben, wenn die Betroffenen schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, nicht auf den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung vertrauen durften, sondern mit deren Änderung rechnen mussten (BVerfGE 135, 1 <22>; vgl. BVerfGE 13, 261 <272>; 30, 367 <387>; 95, 64 <86 f.>; 122, 374 <394>). Vertrauensschutz kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn die Rechtslage so unklar und verworren war, dass eine Klärung erwartet werden musste (BVerfGE 135, 1 <22>; vgl. BVerfGE 13, 261 <272>; 18, 429 <439>; 30, 367 <388>; 50, 177 <193 f.>; 88, 384 <404>; 122, 374 <394>; 126, 369 <393 f.>), oder wenn das bisherige Recht in einem Maße systemwidrig und unbillig war, dass ernsthafte Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit bestanden (BVerfGE 135, 1 <22>; vgl. BVerfGE 13, 215 <224>; 30, 367 <388>)."

Die Begründung des InsO-E (S. 23) führt dazu aus:

„Durch das rückwirkende Inkrafttreten wird die Allgemeinverfügung der BaFin gesetzlich nachvollzogen. Diese Rückwirkung ist ausnahmsweise zulässig, da aufgrund der Allgemeinverfügung kein schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand der vom Bundesgerichtshof vorgenommenen Auslegung entstehen konnte. Noch am Tag der Urteilsverkündung haben außerdem das Bundesministerium der Finanzen und das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz umgehend in einer gemeinsamen Stellungnahme angekündigt, dass die Bundesregierung unmittelbar gesetzgeberische Maßnahmen auf den Weg bringen wird, um zu gewährleisten, dass die gängigen Rahmenverträge auch weiterhin im Markt und von Aufsichtsbehörden anerkannt werden."

Die Bundesanstalt selbst kann eine in zur Unterbrechung dieses Fortbestandes notwendige Gesetzgebung nicht herbeiführen. In der gemeinsamen Stellungnahme von BMJV und BMF vom 9.6.2016 haben die Bundesministerien noch vor Veröffentlichung der Urteilsgründe erklärt:

„Sollte sich nach sorgfältiger Prüfung ergeben, dass das Urteil über den Einzelfall hinaus Auswirkungen auf die Akzeptanz des Rahmenvertrags im Markt und von Aufsichtsbehörden hat, wird die Bundesregierung unmittelbar gesetzgeberische Maßnahmen für eine kurzfristige Klarstellung oder Präzisierung der betroffenen Vorschriften des Insolvenzrechts auf den Weg bringen, um zu gewährleisten, dass die gängigen Rahmenverträge auch weiterhin im Markt und von Aufsichtsbehörden anerkannt werden."

Der zwingende Schluss auf eine Änderung, wie er nach der Rechtsprechung des BVerfG (s.o.) notwendig wäre, lässt sich dieser Erklärung nicht entnehmen. Insbesondere wird dort auf die Akzeptanz des Rahmenvertrages im Markt und von den Aufsichtsbehörden abgestellt. Nicht die nach dem Urteil des BGH geklärte Rechtslage selbst, sondern ihre Auswirkung auf Marktteilnehmer und Aufsichtsbehörden wird als unklar bezeichnet. Eine echte Rückwirkung erscheint vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlich zweifelhaft.

C. Im Einzelnen

I. zu § 104 Abs. 1 InsO-E

Die hier eingeführten Änderungen betreffen im Wesentlichen die Inklusion der Finanzinstrumente im Sinne des Artikels 4 Abs. 1 Nummer 15 der Richtlinie 2014/65/EU vom 15.5.2014. Die Tragweite dieser Bezugnahme verdeutlicht sich an der nachfolgenden Aufzählung der in Betracht kommenden Finanzinstrumente. Inhalt und Umfang der dort beschrieben Finanzinstrumente, so etwa die unter der Rn. 6 genannten, sind kaum mehr greifbar. Einer weiteren Ausweitung des Anwendungsbereiches des § 104 InsO stehen somit Tür und Tor offen. Die Ausnahme für echte Finanzinstrumente der Kreditwirtschaft wird damit zunehmend zur Regel für alle Wirtschaftskreise.

In Artikel 4 Abs.1 Nr. 15 wird auf die die in Anhang I Abschnitt C der Richtlinie genannten Instrumente verwiesen. Im Einzelnen sind dies:

(1) *Übertragbare Wertpapiere;*

(2) *Geldmarktinstrumente;*

(3) *Anteile an Organismen für gemeinsame Anlagen;*

(4) *Optionen, Terminkontrakte (Futures), Swaps, außerbörsliche Zinstermingeschäfte (Forward Rate Agreements) und alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Wertpapiere, Währungen, Zinssätze oder -erträge, Emissionszertifikate oder andere Derivat-Instrumente, finanzielle Indizes oder Messgrößen, die effektiv geliefert oder bar abgerechnet werden können;*

(5) *Optionen, Terminkontrakte (Futures), Swaps, Termingeschäfte (Forwards) und alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Waren, die bar abgerechnet werden müssen oder auf Wunsch einer der Parteien bar abgerechnet werden können, ohne dass ein Ausfall oder ein anderes Beendigungsereignis vorliegt;*

(6) *Optionen, Terminkontrakte (Futures), Swaps und alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Waren, die effektiv geliefert werden können, vorausgesetzt, sie werden an einem geregelten Markt, über ein MTF oder über ein OTF gehandelt; ausgenommen davon sind über ein OTF gehandelte Energiegroßhandelsprodukte, die effektiv geliefert werden müssen;*

(7) *Optionen, Terminkontrakte (Futures), Swaps, Termingeschäfte (Forwards) und alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Waren, die effektiv geliefert werden können, die sonst nicht in Nummer 6 dieses Abschnitts genannt sind und nicht kommerziellen Zwecken dienen, die die Merkmale anderer derivativer Finanzinstrumente aufweisen;*

(8) *Derivative Instrumente für den Transfer von Kreditrisiken;*

(9) *Finanzielle Differenzgeschäfte;*

(10) *Optionen, Terminkontrakte (Futures), Swaps, außerbörsliche Zinstermingeschäfte (Forward Rate Agreements) und alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Klimavariablen, Frachtsätze, Inflationsraten oder andere offizielle Wirtschaftsstatistiken, die bar abgerechnet werden müssen oder auf Wunsch einer der Parteien bar abgerechnet werden können, ohne dass ein Ausfall oder ein anderes Beendigungsereignis vorliegt, sowie alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Vermögenswerte, Rechte, Obligationen, Indizes und Messwerte, die sonst nicht im vorliegenden Abschnitt C genannt sind und die die Merkmale anderer derivativer Finanzinstrumente aufweisen, wobei unter anderem berücksichtigt wird, ob sie auf einem geregelten Markt, einem OTF oder einem MTF gehandelt werden;*

(11) *Emissionszertifikate, die aus Anteilen bestehen, deren Übereinstimmung mit den Anforderungen der Richtlinie 2003/87/EG (Emissionshandelssystem) anerkannt ist.*

Weiterführende rechtliche Bedenken verbinden sich auch mit der Befugnis der Kommission, die Inhalte der in § 104 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 in Bezug genommenen Finanzinstrumente im Rahmen delegierter Rechtsakte zu verändern. In Artikel 4 Abs. 2 der Richtlinie wird der Kommission die durch Art. 89 näher ausgestaltete Befugnis zum Erlass delegierter Rechtsakte übertragen: *„Der Kommission wird die Befugnis übertragen, delegierte Rechtsakte gemäß Artikel 89 zu erlassen, um einige technische Elemente der Begriffsbestimmungen in Absatz 1 zu bestimmen, mit dem Ziel, sie an die Marktentwicklungen, die technologischen Entwicklungen und die Erfahrungen mit nach der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 verbotenen Tätigkeiten anzupassen und die einheitliche Anwendung dieser Richtlinie sicherzustellen."*

In ihrer Wirkung auf den § 104 Abs.1 Satz 4 InsO-E entspricht diese Befugnis einer Ermächtigung, die nach deutschem Recht (Art. 80 GG) nur durch eine Verordnungsermächtigung übertragen werden kann. Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG können in dieser Weise nur die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden. Zudem muss die Ermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß im Gesetz bestimmt werden (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG).

Die rechtlichen Bedenken werden gestützt durch die Annahme einer delegierten Verordnung (EU) vom 25.04.2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie (C (2016) 2398 final) durch die Kommission.

Die von der Kommission angenommene Verordnung *„soll insbesondere die Vorschriften festlegen, die sich auf eine Befreiung, die organisatorischen Anforderungen für Wertpapierfirmen, Datenbereitstellungsdienste, Wohlverhaltensregeln bei der Erbringungen von Wertpapierdienstleistungen, die kundengünstigste Ausführung von Aufträgen, die Bearbeitung von Kundenaufträgen, die KMU-Wachstumsmärkte, die Grenzwerte, ab denen die Pflichten zur Meldung von Positionen gelten, und die Kriterien, nach denen sich bestimmt, ob die Geschäfte eines Handelsplatzes in einem Aufnahmemitgliedstaat als von wesentlicher Bedeutung für das Funktionieren der Wertpapiermärkte und den Anlegerschutz angesehen werden können, beziehen. (http://ec.europa.eu/finance/securities/isd/mifid2/index_de.htm)*

Dies zeigt, dass nicht nur *„einige technische Elemente der Begriffsbestimmungen"*, sondern vielmehr auch Regelungen zur grundsätzlichen Anwendbarkeit getroffen werden sollen.

Zuletzt in 2 BvR 414/08, Rz.39 hat das BVerfG ausgeführt, dass eine Bezugnahme auf Normen und Begriffe des Rechts der Europäischen Union nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, sofern es sich um feststehende und nicht ohne Weiteres veränderbare Rechtsbegriffe handelt. Allerdings zeigt die zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch deutlich den engen Rahmen einer solchen Bezugnahme auf, wenn es heißt:

„Grenzen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers können sich aus den allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen an den Einsatz von Verweisungen ergeben. Verweisungen sind als vielfach übliche und notwendige gesetzestechnische Methode anerkannt, sofern die Verweisungsnorm hinreichend klar erkennen lässt, welche Vorschriften im Einzelnen gelten sollen und wenn die in Bezug genommenen Vorschriften dem Normadressaten durch eine frühere ordnungsgemäße Veröffentlichung zugänglich sind (vgl. BVerfGE 47, 285 <311>). Auch dynamische Verweisungen sind nicht schlechthin ausgeschlossen, wenngleich ein besonders strenger Prüfungsmaßstab im Einzelfall geboten sein kann. Bei fehlender Identität der Gesetzgeber bedeutet eine dynamische Verweisung mehr als eine bloße gesetzestechnische Vereinfachung; sie führt zur versteckten Verlagerung von Gesetzgebungsbefugnissen und kann daher Bedenken unter bundesstaatlichen, rechtsstaatlichen und demokratischen Gesichtspunkten ausgesetzt sein (BVerfGE 47, 285 <312>)."

Eine Verweisung auf Unionsrecht wäre deshalb im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Änderung des § 104 Abs. 2 Satz 2 Nr.2 InsO nicht von vorneherein ausgeschlossen. Die Verfassungsmäßigkeit einer solchen Verweisung wäre jedoch an einem besonders strengen Prüfungsmaßstab zu messen.

II. zu § 104 Abs. 2 InsO-E

In § 104 Abs. 2 InsO-E nimmt die Regelung des § 104 Abs. 3 InsO auf und modifiziert sie. Die Begründung des Entwurfs (S.19/20) führt dazu aus:

„Er (Anm.: § 104 Abs. 2 InsO-E) übernimmt und konkretisiert dabei den Regelungsgehalt des § 104 Absatz 3 InsO, nicht aber dessen Wortlaut, der – historisch bedingt – auf die Besonderheiten des in § 104 Absatz 1 InsO geregelten Fixhandelskaufs zugeschnitten ist und daher bei derivativen Instrumenten wie z. B. Optionen und Swaps zu Auslegungsschwierigkeiten und Unklarheiten führt. Aus diesem Grund stellt § 104 Absatz 2 InsO-E auf den Markt- und Börsenwert des Geschäfts ab, anstatt wie bisher auf die Differenz zwischen dem vereinbarten und dem Markt- und Börsenpreis. In der Sache ändert sich damit nichts, da auch bislang davon auszugehen war, dass es im Ergebnis auf den Preis eines hypothetischen Ersatzgeschäfts und damit auf den Wert der Position ankommt, die durch das in Wegfall geratene Geschäft vermittelt wurde."

Die Begründung (a.a.O.) kommt deshalb zu dem Schluss, dass eine Behebung der angesprochenen Schwierigkeiten ohne Rückgriff auf rechtsgeschäftliche Konkretisierungen in den einschlägigen Vertragsdokumentationen kaum verlässlich möglich sei und deshalb die Parteien auch privatautonome Regelungen zur näheren Bestimmung des maßgeblichen Markt- und Börsenwerts treffen können müssten, wie dies § 104 Absatz 4 InsO-E nunmehr klarstelle.

Der damit grundsätzlich verbesserten Rechtssicherheit steht allerdings die Formulierung des § 104 Abs.2 Satz 3 InsO-E entgegen: „Sofern das Marktgeschehen den Abschluss eines Ersatzgeschäfts nach Satz 2 Nummer 1 oder 2 nicht zulässt, ist der Markt- und Börsenwert nach Methoden und Verfahren zu bestimmen, die Gewähr für eine angemessene Bewertung des Geschäfts bieten." Hier erscheint fraglich, ob die in § 104 Abs.4 Satz 2 Nr.3 InsO-E eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten solche Methoden und Verfahren abschließend beschreiben.

Die privatautonome Regelung zur näheren Bestimmung des maßgeblichen Markt- und Börsenwerts begegnet allerdings auch grundsätzlichen Bedenken. Der BGH (a. a. O. Rn. 60) sieht in § 104 Abs. 3 InsO eine dezidiert masseschützende Funktion:

„Es wäre widersprüchlich, wenn einerseits die Masse durch § 104 Abs. 2 InsO geschützt werden soll, indem diese Vorschrift kein Insolvenzverwalterwahlrecht vorsieht, andererseits die Parteien gerade diesen Zweck des Masseschutzes durch individualvertragliche Vereinbarungen umgehen könnten, die eine von § 104 Abs. 3 InsO zu Lasten der Masse abweichende Berechnungsweise des Ausgleichsanspruchs vorsehen. Insbesondere die von den Klägerinnen reklamierte und im Rahmenvertrag, nicht jedoch in § 104 Abs. 3 InsO vor gesehene Beschränkung eines von der solventen Partei auszugleichenden finanziellen Vorteils auf den von der insolventen Partei erlittenen Schaden (Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 Rahmenvertrag) wäre geeignet, das durch § 104 Abs. 3 InsO gewährleistete Niveau des Masseschutzes abzusenken. Der Umstand, dass in § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO Rahmenverträge über Finanzleistungen erwähnt werden, eröffnet nicht die Möglichkeit, über den in dieser Vorschrift vorgesehenen Regelungsrahmen hinaus Abweichungen von § 104 InsO vertraglich vorzusehen."

Die hier angesprochene Frage des Masseschutzes wird nun durch § 104 Abs. 4 InsO-E zugunsten derogativer Vereinbarungen beantwortet. § 104 Abs. 4 Satz 1 InsO-E sieht dabei noch eine Wahrung der wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vor, ohne diese allerdings konkret zu benennen. In der Begründung (S. 13) wird hierzu ausgeführt:

„Im Unterschied zu den §§ 103, 105 ff. InsO schützt § 104 InsO in erster Linie nicht die Insolvenzmasse, sondern den Vertragsgegner. Da die in den Anwendungsbereich des § 104 InsO einbezogenen Verträge mit Marktpreisrisiken behaftet sind, werden sie vom Verwalterwahlrecht ausgenommen und durch den Ausschluss der Erfüllungsansprüche kraft Gesetzes beendet..... Steht hiernach nicht der Schutz der Insolvenzmasse im Vordergrund, sondern der Schutz des Vertragsgegners, kann es den Parteien ohne Weiteres überlassen bleiben, zweckentsprechende Vereinbarungen privatautonom zu treffen, um für ein gleichermaßen praktikables wie rechtssicheres Verfahren zur Durchführung des Lösungsmechanismus zu sorgen."

Zum Inhalt der gesetzlichen Grundgedanken führt die Begründung (s.14) aus:

„§ 104 Absatz 4 Satz 1 InsO-E stellt vor diesem Hintergrund klar, dass die Parteien von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen können, soweit dies mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vereinbar ist. Für die Prüfung, ob eine von § 104 InsO-E abweichende vertragliche Regelung nach § 119 InsO unwirksam ist, kommt es deshalb allein auf solche Abweichungen an, die dem Zweck des gesetzlichen Beendigungs- und Abwicklungsmechanismus widersprechen. Dieser besteht darin, den Vertragsgegner von den Unwägbarkeiten zu entlasten, die mit dem Verwalterwahlrecht verbunden wären."

Demgegenüber hat der BGH (a.a.O. Rn. 61 ff.) überzeugend dargelegt, dass die Anwendung des § 104 InsO in seiner bisherigen Fassung nicht zu einem unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten untragbaren Ergebnis führt. Die Annahme des InsO-E, § 104 InsO schütze nicht in erster Linie die Insolvenzmasse, wird außerdem durch den Blick auf die Begründung des Regierungsentwurfs 1992 (s. oben) nicht bestätigt. Die dort betonte Verhinderung von Unsicherheit und Spekulation wird als gesetzliche Zweckrichtung nur wirksam, weil sie nach der Annahme des Gesetzgebers keine Nachteile für die Masse auslöst. Der Verwalter habe, wenn er die Ware zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners benötige, ohne Schwierigkeiten die Möglichkeit, sich anderweitig einzudecken. Systematisch ist eine solche Stellung des § 104 InsO ohnehin nicht anzunehmen. Als Ausnahmeregelung zu § 103 InsO steht er in engem Bezug zum Wahlrecht des Insolvenzverwalters das wiederum eindeutig masseschützenden Zwecken dient. Im Ergebnis vermag deshalb die durch den InsO-E vorgeschlagene Lösung nicht zu überzeugen.

Entgegen der seinerzeitigen Begründung zum Gesetzesentwurf ist es für den Insolvenzverwalter heute gerade nicht ohne Weiteres möglich, ohne gravierende Nachteile für die Insolvenzmasse und damit für den Unternehmenserhalt alternative Deckungsgeschäfte abzuschließen. Besonders deutlich wird dies durch die letztendlich diesem Gesetzesentwurf ebenfalls vorangegangene Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 2012 (BGH IX ZR 169/11, BGHZ 195 348), bei der der Insolvenzverwalter durch eine insolvenzbedingte Kündigung der Energielieferverträge gezwungen war, mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen neuen Energievertrag zum Abschluss zu bringen.

Im konkreten Sachverhalt lagen die Energiekosten über dem Dreifachen der ursprünglich vereinbarten Energiepreise. Die Nachteile für alle am Insolvenzverfahren beteiligte Gläubiger und damit auch den Erhalt von Unternehmen und Arbeitsplätzen sind daher real und nicht so abstrakt, wie es die komplexe Formulierung der gesetzlichen Vorschriften und die Bezugnahme auf die EU-Richtlinien vermuten lässt.

III. zu § 104 Abs. 3 InsO-E

aa) § 104 Abs. 3 Satz 1 InsO-E

Die Regelung des § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO wird als **§ 104 Abs. 3 Satz 1 Inso-E** in die Neufassung nahezu wortgleich übernommen. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang aber die Einbeziehung von Warentermingeschäften in die bislang nur auf Geschäfte über Finanzleistungen bezogene Regelung.

Die Begründung des Entwurfs (S. 21) sieht hier keine grundlegende Erweiterung der Ausnahmeregelung des § 104 InsO:

„In der Einbeziehung der Warentermingeschäfte des § 104 Absatz 1 InsO liegt nur vordergründig eine Neuerung gegenüber der bisherigen, auf Finanzleistungsverträge beschränkten Regelung in § 104 Absatz 2 Satz 3 InsO. Warentermingeschäfte sind mittlerweile auch in den Finanzinstrumentebegriff der neugefassten Finanzmarktrichtlinie einbezogen worden, sodass sie nach den zur Begründung der Neufassung des § 104 Absatz 1 InsO-E angestellten Überlegungen über weite Strecken bereits als Finanzleistungsverträge gelten."

Im Begleitschreiben (S. 3) zum Referentenentwurf InsO-E betonte das BMJV demgegenüber die Bedeutung der Erweiterung für die Absicherung weiterer Märkte:

„Im Energiegroßhandelsmarkt und im Rohstoffhandel sind Liquidationsnettingklauseln ebenfalls von besonderer Bedeutung. Denn auch bei Optionen über Warentermingeschäfte verhindert das Liquidationsnetting, dass der Vertragsgegner der insolventen Partei Marktpreisrisiken ausgesetzt ist."
Hierin liegt eine bedeutsame Erweiterung des Ausnahmecharakters von § 104 InsO, die durch die von der Begründung des InsO-E zitierte Umsetzung der Richtlinie nicht gedeckt ist. Dort wird in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 der Anwendungsbereich auf Wertpapierfirmen beschränkt (s.o.). Eine Systemrelevanz der angesprochenen Energiegroßhändler oder Rohstoffhändler sowie weiterer vergleichbarer Wirtschaftszweige ist nicht erkennbar.

Es ist an diesen Geschäftszweigen diese Marktrisiken einzupreisen. Einzupreisen wie etwa heute schon der Forderungsausfall selbst über Kreditversicherungen oder ähnliche Instrumentarien abgesichert wird. So äußert sich auch der ansonsten schon aufgrund der Neutralitätsverpflichtung seiner Mitglieder eher zurückhaltende Deutsche Notarverein in der Stellungnahme vom 12.08.2016 zu dem vorliegenden Gesetzesentwurf:

„Die Marktteilnehmer sollten diese Insolvenzrisiken einpreisen. Schon der jetzige § 104 InsO schafft einen Anreiz zum moral hazard, da allen EU-Richtlinien zum trotz doch wieder der Steuerzahler wird haften müssen. Ob andere Gläubiger oder die Allgemeinheit, irgendjemand muss die Kosten einseitiger Privilegierung bezahlen."

Die von der Begründung des InsO-E zitierten bankaufsichtsrechtlichen Implikationen finden sich bei Energiegroßhandel oder Rohstoffhandel nicht.

Die außerhalb des Finanzmarktes zur Absicherung von Marktpreisrisiken abgeschlossenen Rahmenvereinbarungen werden vor allem auf der Großhandelsstufe genutzt um Einzelabschlüsse für Bezug und Verkauf von Rohstoffen zu erleichtern. Rechtsunsicherheiten über ihre Wirksamkeit bringen ohne Zweifel Wettbewerbsnachteile in Form eingeschränkter Handelsmöglichkeiten mit sich (vgl. hierzu die gem. Erklärung von bdew et al. vom 13.8.2014). Aus den in bestimmten Märkten üblichen Vereinbarungen zur Minimierung von Kreditrisiken kann jedoch nicht der allgemeine Grundsatz abgeleitet werden, dass solche Vereinbarungen auch insolvenzrechtlich privilegiert werden müssen. Dies gilt zumindest solange in diesen Märkten keine regulativen Eingriffe stattfinden, die in ihren Auswirkungen ansonsten (etwa durch erhöhte Eigenkapitalanforderungen) eine entsprechende Entlastung begründen können.

bb) § 104 Abs. 3 Satz 2 und 3 InsO-E
In **§ 104 Abs. 3 Satz 2 und 3 InsO-E** finden sich Ergänzungen des bisherigen Regelungsgehalts, die als klarstellende Regelungen sinnvoll erscheinen.

IV. zu § 104 Abs. 4 InsO-E
In **§ 104 Abs. 4 InsO-E** wird der vertraglichen Derogation des § 104 ein breiter Spielraum eingeräumt (s.o.). Dieser breite Spielraum soll als Antwort auf die einschränkende Auslegung durch den BGH insbesondere einen Eintritt der Wirkungen des § 104 Abs. 1 InsO schon bei Verfahrenseröffnung möglich machen.

Damit wird die vom BGH judizierte (Rn.58 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348 Rn. 19) Vorwirkung des § 119 InsO umgangen, die zentrale Bedeutung für den Masseschutz entfaltet:

„Könnte eine Lösungsklausel wirksam an die Insolvenzantragstellung anknüpfen, würde in der Praxis die Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbst als Anknüpfung für nur dann als unwirksam anzusehende Lösungsklauseln jede Bedeutung verlieren (BGH, a.a.O). Der vor §§ 104, 119 InsO beabsichtigte Masseschutz könnte ohne weiteres ausgeschlossen und der Zweck der Vorschrift unterlaufen werden (BGH, a.a.O)."

Schon die vorgeschlagene Formulierung des § 104 Abs.4 Satz 1 InsO-E erscheint bedenklich, weil sie eine Derogation gesetzlicher Regelungen durch „die Vertragsparteien" (einer Rahmenvereinbarung i.s.d. § 104 Abs.3 InsO-E?) anspricht ohne diese Regelungen explizit zu nennen. Einer Auslegung wäre damit ein potentiell weiter Anwendungsbereich eröffnet, der über § 104 InsO hinausweist.

Bedenklich erscheint in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit, in § 104 Abs.4 Satz 2 Nr.1 InsO-E auf das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes abzustellen. Die Feststellung, zu welchem Zeitpunkt ein Eröffnungsgrund vorliegt, kann selbst in großen Verfahren erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Vielfach wird in solchen Fällen deshalb auf die Angabe eines genauen Datums verzichtet und lediglich ausgeführt, dass ein Eröffnungsgrund „spätestens zum...." vorgelegen habe. Ein Abstellen auf das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes kann deshalb im hier betroffenen Regelungszusammenhang zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten und erheblicher Rechtsunsicherheit führen.

Für die Ermittlung des Markt-und Börsenpreises soll in § 104 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 InsO-E nun ein maßgeblicher Zeitpunkt oder Zeitraum vereinbar werden. Auch diesem Vorschlag ist die vom BGH überzeugend begründete Vorwirkung des § 119 InsO entgegen zu halten. Zu Recht weist der BGH (a.a.O.Rn.60) auch auf die Widersprüchlichkeit einer entsprechenden Regelung hin: *„Es wäre widersprüchlich, wenn einerseits die Masse durch § 104 Abs. 2 InsO geschützt werden soll, indem diese Vorschrift kein Insolvenzverwalterwahlrecht vorsieht, andererseits die Parteien gerade diesen Zweck des Masseschutzes durch individualvertragliche Vereinbarungen umgehen könnten, die eine von § 104 Abs. 3 InsO zu Lasten der Masse abweichende Berechnungsweise des Ausgleichsanspruchs vorsehen."*

Im Ergebnis sollte auf die Änderungen des § 104 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 bis 3 InsO-E verzichtet werden. Eine vertragliche Derogation der gesetzlichen Regelung des § 104 InsO erscheint jedenfalls in der hier angelegten breiten Anwendung nicht gerechtfertigt.

V. Ausnahmecharakter stärken

Eine Erweiterung der durch § 104 InsO geregelten Ausnahme vom Grundsatz des § 103 InsO zu Gunsten anderer Wirtschaftsbereiche erscheint durch aufsichtsrechtliche Implikationen nicht geboten. Daher ist die in § 104 InsO verankerte Ausnahme auf das absolut zwingende Mindestmaß zu reduzieren und gerade nur auf solche Rahmenverträge zu erstrecken, die einer aufsichtsrechtlichen Kontrolle unterliegen.

Aus diesem Grunde sollten die durch § 104 Abs.4 Satz 1 InsO-E eröffneten Möglichkeiten auf spezifisch aufsichtsrechtlich implizierte Anwendungen beschränkt werden. Dazu könnte folgende Umformulierung des § 104 Abs.4 Satz 1 InsO-E erwogen werden:

„Der Rahmenvertrag kann von den Abs.2 und 3 abweichende Bestimmungen treffen, wenn das Bestehen eines solchen Rahmenvertrages aufsichtsrechtlich anerkannt ist und die Rechtsfolgen der Abs. 1 bis 3 den aufsichtsrechtlichen Anforderungen nicht genügen. „

VI. Fazit

Nach diesseitiger Auffassung muss ein Eingriff in die Insolvenzordnung und damit eine Reform des § 104 InsO auf das unbedingt zum Erhalt der funktionierenden Finanzmärkte zwingend Notwendige beschränkt werden. Daher lässt sich die vorstehende Stellungnahme wie folgt zusammenfassen.

- § 104 InsO muss zum Schutz der Insolvenzmasse, des Erhalts von Unternehmen und des Erhalts von Arbeitsplätzen als Ausnahme vom Grundsatz des in § 103 InsO geregelten und durch § 119 InsO geschützten Wahlrechts verstanden werden.

- Nur solche Rahmenverträge, die auch einer aufsichtsrechtlichen Kontrolle unterliegen, dürfen in die Ausnahmeregelung des § 104 InsO einbezogen werden, insoweit bedarf es einer in § 104 Abs. 4 Satz 1 InsO aufzunehmenden Klarstellung.

- Eine echte Rückwirkung stößt auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, da der Gesetzgeber mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf gerade keine unklare Rechtssituation regelt. Die seinerzeitigen Parteien des Rechtsstreits haben sich schlichtweg nicht an bestehende gesetzliche Regelung und damit an die Vorgaben des § 104 InsO gehalten.

- Die weitreichende Bezugnahme auf die EU-Richtlinien ist verfassungsrechtlich bedenklich, da nicht der deutsche Gesetz- bzw. Verordnungsgeber, sondern letztendlich die EU-Kommission Inhalt und Umfang der Ausnahmeregelung nach § 104 InsO und damit letztendlich auch das in § 103 InsO geregelte Wahlrecht bestimmt.

- Durch eine weitere Privilegierung nicht nur der Finanzwirtschaft, sondern auch des Energiegroßhandels, des Elektrogerätegroßhandels, des Getreidehandels, des Rohstoffhandels etc. wird der vom Gesetzgeber in verschiedenen Gesetzen ausdrücklich vertretene Grundsatz „Sanieren statt Liquidieren" konterkariert. Zukünftig könnte es daher heißen „Privilegieren statt Sanieren".

HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

HU Berlin | Juristische Fakultät | Prof. Dr. Ch. G. Paulus, LL.M. | 10099 Berlin

Juristische Fakultät

Bürgerliches Recht,
Zivilprozess- und Insolvenzrecht
sowie Römisches Recht

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

Datum:
08.10.2013

Stellungnahme anlässlich der Anhörung zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des § 104 InsO

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

Sitz:
Unter den Linden 9
Raum 434
10117 Berlin

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

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 Schnelllebigkeit 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 gelteden 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 beispielswei-

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)

Universität zu Köln

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für Verfahrensrecht

Institut für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht

Direktor:
Prof. Dr.
Christoph Thole

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

Köln, 1.11.2016

Stellungnahme von Prof. Dr. Christoph Thole als Sachverständiger zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung
(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.

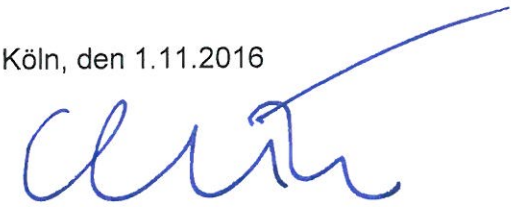
Darüber hinaus ist noch auf eine Besonderheit einzugehen, die wiederum dafür spricht, in § 104 Abs. 4 InsO-E keine Regelung über eine Vertragsbeendigung vor Verfahrenseröffnung zu treffen und darüber hinaus das Netting nach Maßgabe des § 104 Abs. 3 InsO-E nicht auf andere Geschäfte als Geschäfte über 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 EuInsVO 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 EuInsVO gelten, sofern die insolvente Person kein Kreditinstitute oder keine Wertpapierfirma i.S.d. Art. 1 Abs. 2 EuInsVO ist. Solche Netting-Vereinbarungen unterliegen mangels Anwendbarkeit des Art. 6 EuInsVO der lex fori concursus (Art. 4 EuInsVO, künftig: Art. 7 EuInsVO). Art. 9 EuInsVO (künftig: Art. 12 EuInsVO) 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)