

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 Finanzmarktverträgen 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 Finanzmarktverträgen 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 Marktteilnehmer. 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 InsO 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 Liquidationsnettingklauseln 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 Klärstellung oder Präzisierung der betroffenen Vorschriften des Insolvenzrechts auf den Weg brin-

gen, 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 beschriebenen 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 Waretermingeschäften 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 Waretermingeschäfte des § 104 Absatz 1 InsO liegt nur vordergründig eine Neuerung gegenüber der bisherigen, auf Finanzleistungsverträge beschränkten Regelung in § 104 Absatz 2 Satz 3 InsO. Waretermingeschäfte 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 Waretermingeschäfte 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 Insolvenzzrisiken einpreisen. Schon der jetzige § 104 InsO schafft einen Anreiz zum moral hazard, da allen EU-Richtlinien zum trotz doch wieder der Steuerzahler haftan 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 abso-

lut 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. Ordnungsgeber, 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“.