

12.08.2016

## Stellungnahme zum „Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO“

Zu dem o.g. Entwurf nimmt der Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V. (BAKinso) wie folgt Stellung.

Aus Sicht der insolvenzgerichtlichen Praxis bestehen gegen die beabsichtigte Gesetzesänderung im Wesentlichen Bedenken im Hinblick auf den verfahrensmäßigen Ablauf, insbesondere der Anhörung der beteiligten Verbände. Im Hinblick auf die äußerst knappe Frist zur Stellungnahme hat diese lediglich summarischen Charakter. Auf materielle Fragen der Neuregelung kann allenfalls am Rande eingegangen werden:

### I. Verfahren

Die Eile, mit der die Gesetzesänderung offenbar umgesetzt werden soll, steht aus Sicht des Bundesarbeitskreises in keinem Verhältnis zur Komplexität der Materie und Bedeutsamkeit der Regelung. Gerade wenn man rechtsgeschäftlichen Nettingvereinbarungen im Hinblick auf das Volumen des Derivatemarkts eine erheblicher Bedeutung zumisst,<sup>1</sup> ist nicht einsehbar, warum die Gesetzesänderung ohne eine tragfähige wissenschaftliche Fundierung erfolgt. Die vorliegende Anhörung ist bereits im Hinblick auf die knappe Fristsetzung nicht geeignet, in erforderlicher Tiefe die Vor- und Nachteile der Regelung umfassend zu beleuchten.

Der Bundesarbeitskreis übersieht dabei nicht, dass es dem Gesetzgeber zusteht, eine für falsch erachtete Rechtsprechung des BGH durch eine Gesetzesänderung zu korrigieren. Gerade wenn aber eine Entscheidung des höchsten deutschen Zivilgerichts durch ein Gesetz kassiert werden soll, erscheint es aber zwingend, dass die Gesetzesänderung auf einem soliden Fundament steht. Im vorliegenden Fall ist das Urteil des BGH vom 09.06.2016 zum Zeitpunkt der Übersendung der Anhörung nicht einmal zwei Monate alt. Eine rechtswissenschaftliche Diskussion über das Urteil und die Vor- und Nachteile einer Neuregelung hat selbstredend gar nicht stattfinden können. Es drängt sich der Verdacht auf, dass auf Drängen einzelner Interessensgruppen ein gesetzlicher „Schnellschuss“ erfolgt. Darauf ist auch bereits von Seiten der Wissenschaft in der insolvenzrechtlichen Literatur mit deutlichen Worten hingewiesen worden.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Das Volumen betrug im ersten Halbjahr 2015 39 Billionen EUR, wenn man allein auf die von deutschen Banken gemeldeten offenen Derivatekontrakte abstellt (vgl. Martens, jurisPR-BKR 7/2016 Anm. 2).

<sup>2</sup> Paulus, ZIP 2016, 1233: „Bemerkenswert – ja: geradz u irritierend – ist vielmehr die Reaktion, die das Urteil in der Finanzwelt und in der Politik ausgelöst hat. [...] Das durch die Finanzindustrie vorgegebene Gesetz, § 104 InsO, ist auf Grund der durch eben dieselbe Industrie vorangetriebene Weiterentwicklung der Verträge nicht (mehr) passend; und alles, was der offiziellen Seite dazu einfällt, ist die Versicherung und tatkräftige Realisierung, das Gesetz den neuen Entwicklungen anzupassen! Von Steuerungsfunktion des Gesetzes kann dann wahrlich nicht mehr gesprochen werden, nur noch von Steigbügelhalterei für die starke Finanzindustrie. Als

Eine besondere Eilbedürftigkeit der Neuregelung wird in der Gesetzesbegründung zwar wiederholt behauptet, ein tragfähiges Argument ist aber nicht ersichtlich. Die behauptete Unsicherheit besteht nicht. Der BGH hat unzweideutig befunden, dass die Regelung des § 104 Abs. 2 und 3 InsO nicht disponibel ist. Die Rechtslage ist mithin klar.<sup>3</sup>

Die von der Gesetzesbegründung in den Raum gestellte Benachteiligung der deutschen Finanzmarktteilnehmer im internationalen Rechts- und Wirtschaftsverkehr und die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des deutschen Finanzsystems wird apodiktisch behauptet, ohne dass eine nachvollziehbare Begründung gegeben wird. Dass marktübliche Klauseln nunmehr nicht mehr zulässig sind, begründet für sich genommen nichts, denn es fehlt an einer Darlegung, warum diese nicht auch der Rechtsprechung des BGH angepasst werden könnten. Wenn die Akteure auf den Finanzmärkten von der gesetzlich vorgegebenen Regelung in § 104 InsO in der Vergangenheit abgewichen sind, dann kann daraus - für sich genommen - noch kein Argument für eine Anpassung des Gesetzes an die Vertragsklauseln der Finanzbranche konstruiert werden.

## II. Inhalt

In der Sache wird dem Finanzsektor ein nicht an eine kompensatorische Gegenleistung gekoppeltes Insolvenzvorrecht eingeräumt, für das kein Grund ersichtlich ist. Die Gesetzesbegründung spricht insoweit - ohne nähere Begründung - davon, dass § 104 „in erster Linie nicht die Insolvenzmasse, sondern die Fähigkeit der Parteien, Marktrisiken zu steuern“ schütze.<sup>4</sup> Dies steht in einem auffälligen Kontrast zur BGH-Entscheidung, wenn dort mit ausführlicher Begründung ausgeführt wird, dass es widersprüchlich wäre, 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“.<sup>5</sup>

## III. Gesetzesbegründung

Die Gesetzesbegründung ist aus Sicht des Bundesarbeitskreises unzureichend.

Oben ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die Behauptung, durch das Urteil des BGH seien Rechtsunsicherheiten entstanden, die klargestellt werden müssten,<sup>6</sup> nicht nachvollzogen werden kann. Nach dem Urteil des BGH sind die gesetzlichen Berechnungsmethoden zwingendes Recht. Dies kann man begrüßen oder auch nicht. Jedenfalls ist die Rechtssicherheit wesentlich höher als mit der vorgeschlagenen Regelung, die im neuen Abs. 4 an den unbestimmten Rechtsbegriff der Vereinbarkeit mit den „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ anknüpft.

Die Gesetzesbegründung verschleiert das Wesen der Neuregelung. Sie spricht davon, es handele sich lediglich um Klarstellungen, weil die Neufassung dem Zweck entspreche, den

---

*Rechtslehrer überkommt einem hier ein gewisses Staunen über und Unbehagen an den wahren Machtverhältnissen im Staate.“*

<sup>3</sup> Ebenso: Martens, jurisPR-BKR 7/2016 Anm. 2 („In klarer Argumentation setzt sich das Urteil mit § 119 InsO auseinander und zeichnet allgemein die Grenze zulässiger Nettingvereinbarungen [...]. [...] der BGH [...] lässt keinen Raum für vorgeifende Abweichungen, selbst wenn die Klausel ansonsten in der Rechtsgestaltung der Intention und Wirkung der gesetzlichen Nettingbestimmung entspräche.“); Paulus, ZIP 2016, 1233, 1234 („Das Urteil zeichnet sich mithin durch eine stringente Argumentation aus“).

<sup>4</sup> Entwurfsbegründung S. 11, Zu Absatz 4.

<sup>5</sup> BGH, NZI 2016, 627, Tz. 60.

<sup>6</sup> Entwurfsbegründung S. 5, 2. Abs.

der Gesetzgeber der InsO bei der Einführung des § 104 InsO verfolgt habe.<sup>7</sup> In der Sache handelt es sich aber um einen profunden Kurswechsel, nämlich die Korrektur des BGH-Urteils. Die Behauptung, der Zweck der bisherigen Regelung sei eindeutig, ist aus Sicht des Bundesarbeitskreises schlichtweg falsch.

## Vorstand und Beirat des Bundesarbeitskreises

---

### Kontaktadressen:

RiAG Frank Frind

c/o Amtsgericht Hamburg  
Sievekingplatz 1  
20355 Hamburg

info@bak-inso.de

[www.bak-inso.de](http://www.bak-inso.de)

Dipl. - Rechtspfleger (FH) Wolfgang Gärtner

c/o Amtsgericht Hof  
Berliner Platz 1  
95030 Hof

info@bak-inso.de

Sparkasse Münsterland Ost; Konto-Nr. 134 928 910; BLZ: 400 501 50;  
IBAN: DE75 4005 0150 0134 9289 10 BIC: WELA DE D1 MST  
Kontoinhaber: BAKinso e.V., vertreten durch den Vorstand;  
Amtsgericht Charlottenburg VR 27475 B

---

<sup>7</sup> Entwurfsbegründung S. 5, 2. Abs.