

## Stellungnahme

### Änderungsvorschlag zur Neufassung des § 104 InsO

---

#### I. Einleitung

Der BDI begrüßt die vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vorgeschlagene grundlegende Überarbeitung von § 104 InsO, mit der die rechtliche Grundlage für das Liquidationsnetting klargestellt und präzisiert werden soll. Sie ist angesichts der Begründung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2016 (IX ZR 314/14) zur langfristigen Sicherstellung der Rechtssicherheit in den Finanzmärkten aber auch darüber hinausgehend für den Energie- und im Rohstoffgroßhandel hinsichtlich der weiteren Nutzung marktgängiger Rahmenvereinbarungen dringend erforderlich. Die am selben Tag von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) erlassene Allgemeinverfügung nach § 4a WpHG sorgt im Bereich der Finanzdienstleistungen nur vorübergehend – bis zum 31. Dezember 2016 – für Rechtssicherheit bei den Parteien von Rahmenverträgen.

Neben dem Bereich der Finanzleistungen nutzt insbesondere die Realwirtschaft Verrechnungsklauseln auf der Großhandelsstufe. Beim Handel zwischen Erzeugern und großen Industriekunden trägt es erheblich zur Verringerung des jeweiligen Kreditrisikos bei, sämtliche gleichartigen Einzeltransaktionen über rahmenvertragliche Vereinbarungen zu bündeln. Die Saldierung der gegenseitigen Forderungen ermöglicht es den Vertragsparteien, im Fall der Insolvenz einem überschaubaren Rest-Erfüllungsrisiko ausgesetzt zu sein. Diese in den internationalen Finanzmärkten gängige Praxis nun auch rechtssicher im deutschen Insolvenzrecht zu verankern, bewahrt die deutsche Finanz- und auch Realwirtschaft vor eingeschränkten Handelsmöglichkeiten und entsprechend erheblichen Wettbewerbsnachteilen.

#### II. Zu den Vorschlägen im Einzelnen

Die Entscheidung des IX. Zivilsenats BGH, die in einem Rahmenvertrag von Aktienoptionsgeschäften verwendeten Liquidationsnetting-Klauseln in der Insolvenz einer Vertragspartei für unwirksam zu erklären, soweit sie zu Lasten der Insolvenzmasse eine von § 104 Absatz 3 InsO abweichende Berechnungsweise für den Nichterfüllungsanspruch vorsehen, greift erheblich in die anerkannte vertragliche Praxis für den Fall der Insolvenz eines der Vertragspartner ein. Mit der Neufassung des § 104 InsO in der Entwurfsfassung sollen die nun entstandenen Rechtsunsicherheiten im Finanzmarkt beseitigt werden. Zugleich wird die Möglichkeit der Zusammenfassung einer Vielzahl von Geschäften durch einen Rahmenvertrag auf die Lieferung von Waren erstreckt.

*Dokumenten Nr.*  
D 0802

*Datum*  
4. August 2016

*Seite*  
1 von 3

**Bundesverband der  
Deutschen Industrie e.V.**  
Mitgliedsverband  
BUSINESSEUROPE

*Telekontakte*  
T: +493020281560  
F: +493020282560

*Internet*  
[www.bdi.eu](http://www.bdi.eu)

*E-Mail*  
[B.Stehfest@bdi.eu](mailto:B.Stehfest@bdi.eu)

## **1. Klarstellung zu Anlass und Reichweite des zulässigen vertraglichen Liquidationsnettings**

Mit einer Reihe klarstellender Regelungen und Definitionen sowie der Erstreckung der bisherigen Rahmenvertragsregelung zu Geschäften über Finanzleistungen auf Waretermingeschäfte (§ 104 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 InsO-E) schafft der Änderungsvorschlag Rechtssicherheit für die Vertragsparteien. Dies gilt gleichermaßen für die Vereinfachung des Begriffs der Finanzleistungen, in den Optionen auf Waretermingeschäfte (§ 104 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 InsO-E) einbezogen werden. Dennoch ist im weiteren Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen, dass sämtliche marktgängigen – etwa aus Finanzleistungen und Waretermingeschäften kombinierte – Gestaltungen erfasst werden.

Auch ist die Festlegung, nach der sich die Forderung wegen Nichterfüllung nach dem Markt- und Börsenwert des Geschäfts zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestimmt, hinreichend flexibel ausgestaltet. Die abweichende Bestimmung des Markt- und Börsenwertes auf Grundlage von Verfahren und Methoden, die Gewähr für eine angemessene Wertbestimmung bieten, lässt den Vertragsparteien entsprechenden Spielraum für den Fall, dass das Marktgeschehen der Wertermittlung entgegensteht.

## **2. Möglichkeit abweichender Bestimmungen**

Als weiterer Weg, auf dem zulässigerweise vom gesetzlichen Beendigungsmechanismus abgewichen werden kann, werden in § 104 Abs. 4 InsO-E solche Vereinbarungen definiert, die mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, vereinbar sind. Dieses Maß an Flexibilität im Rahmen der insolvenzrechtlichen Grundentscheidungen des § 104 InsO wird hilfreich sein, Marktrisiken zu steuern und dementsprechend Auswirkungen von Unternehmensinsolvenzen beherrschbar zu machen.

Angesichts der zunehmenden Bedeutung der vorinsolvenzlichen Bemühungen von Schuldner und Gläubigern hin zu einer Sanierung oder zur gut organisierten Abwicklung des schuldnerischen Unternehmens ist es zudem zu begrüßen, dass Anknüpfungspunkte für die Beendigung und Schadensberechnung, die vor der Verfahrenseröffnung liegen, ausdrücklich im Gesetz aufgeführt werden (§ 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 und 2 InsO-E). Wesentliche Bedeutung wird hier der Zeitpunkt der Stellung des Eröffnungsantrags haben.

## **III. Reform der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung abschließen**

Die Novellierung von § 104 InsO muss aus Sicht der deutschen Industrie mit der aktuell im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags beratenen Überarbeitung der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung verbunden werden. Hier herrscht aktuell Stillstand, die Neuregelung droht an nachträglich ins Verfahren eingebrachten Fiskusprivilegien zu scheitern. Ganz im Gegensatz zu diesen für das deutsche Insolvenzverfahren untypischen Vorrechten ist es Ziel des Gesetzgebers, mehr Rechtssicherheit im Rahmen der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung zu erreichen und auf diese Weise die Position privater Gläubiger nicht zu schwächen, sondern nachhaltig zu stärken. Diese Notwendigkeit unterstrichen auch sämtliche Sachverständige

der öffentlichen Anhörung des Bundestagsrechtsausschusses vom 24. Februar 2016: Öffentliche Gläubiger dürfen bei der rechtlichen Einordnung von Zwangsvollstreckungen in § 131 Abs. 2 InsO nicht privilegiert werden. Wären die Großgläubiger Fiskus und Sozialkassen künftig in der Lage, ihre Forderungen dem Insolvenzverfahren auf die aktuell vorgeschlagene Weise zu entziehen, wäre der gesetzlich vorgesehenen Gesamtvollstreckung erkennbar der Boden entzogen.

Auch das Fiskusprivileg des § 142 Abs. 2 S. 2 InsO-E schadet aus Sicht des Reformanliegens wie auch gegenüber der geltenden Rechtslage. Schützen will der Gesetzgeber mit der Regelung die Arbeitnehmer. Mit der Ausnahme des Bruttoentgelts von der Vorsatzanfechtung schützt er jedoch vielmehr Fiskus und Sozialkassen, was sich wiederum nachteilig für die Gesamtheit der Gläubiger auswirkt. Das Anliegen der Wirtschaft ist nach wie vor aktuell. Dies zeigt des BGH vom 21. Januar 2016 (IX ZR 84/13) oder auch vom 9. Juni 2016 (IX ZR 174/15) sowie der anhaltende Trend zu wenig substantiierten seriellen Anfechtungsschreiben, die dank der unsicheren Rechtslage bei großen Gläubigern immense Ressourcen binden und kleine Unternehmen schlichtweg überfordern.

Wir appellieren nachdrücklich an die Rechts- sowie an die Finanzpolitik, das Verfahren nicht weiter durch Fiskusprivilegien, die keinen Zusammenhang zum Novellierungsanlass aufweisen, zu blockieren.

#### **IV. Fazit**

Die Novellierung von § 104 InsO auf die im Änderungsvorschlag vorgesehene Weise ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt dringend erforderlich und für die Rechtssicherheit auf Finanzmärkten und im Warengroßhandel von immenser Bedeutung. Sie findet die volle Zustimmung der deutschen Industrie. Auch angesichts der nicht sicher abschätzbaren Reaktionen der internationalen und der europäischen Bankenaufsicht auf die Entscheidung des IX. Zivilsenats des BGH ist eine kurzfristige Umsetzung dringend erforderlich. Mit derselben Entschlossenheit, mit der die Wirksamkeit der Verrechnungsklauseln gesichert wird, muss die Novelle zum Insolvenzanfechtungsrecht vorangebracht und zügig abgeschlossen werden. Aufgrund der Sachnähe halten wir es für angezeigt, das hier kommentierte Vorhaben mit dem laufenden Gesetzgebungsverfahren zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz zu verbinden. Auf diese Weise könnten beide Vorhaben im Sinne der Rechtssicherheit des Geschäftsverkehrs kurz nach der parlamentarischen Sommerpause beschlossen werden.