



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Insolvenzrecht

zum Entwurf eines Änderungsvorschlags des
Bundesministeriums der Justiz und für
Verbraucherschutz vom 26. Juli 2016
zur Neufassung des § 104 InsO v

Stellungnahme Nr.: 43/16

Berlin, im August 2016

Mitglieder des Ausschusses Insolvenzrecht

- Herr RA Prof. Dr. Klaus Pannen, Hamburg (Vorsitzender)
- Herr RA Kolja von Bismarck, Frankfurt/Main (Berichterstatter)
- Frau RAin Claudia Diem, Stuttgart
- Herr RA Wolfgang Hauser, Stuttgart
- Herr RA Kai Henning, Dortmund
- Herr RA Thomas Oberle, Mannheim
- Herr RA Dr. Manfred Obermüller, Bad Camberg (Berichterstatter)
- Herr RA Dr. Klaus Olbing, Berlin
- Herr RA Horst Piepenburg, Düsseldorf
- Herr RA Prof. Rolf Rattunde, Berlin (Berichterstatter)
- Frau RAin Dr. Ruth Rigol, Köln
- Herr RA Dr. Andreas Ringstmeier, Köln

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Herr RA Udo Henke, Berlin

Verteiler national

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
 - Deutscher Bundestag, Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen
 - Bundesverband der Freien Berufe
 - Bundesrechtsanwaltschaft
 - Bundesnotarkammer, Berlin
 - Deutscher Notarverein e. V.
 - Deutscher Richterbund e. V.
 - Gravenbrucher Kreis
 - Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.
 - Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e.V./BAKinso
 - Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
 - Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
 - Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
 - Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
 - Vorsitzender des Forum Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
 - Insolvenzrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
 - Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung des Deutschen Anwaltvereins
 - Europagruppe der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung des DAV
 - Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins, Berlin
 - Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
 - Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
 - Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
 - Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.
 - Redaktion Zeitschrift für Wirtschaftsrecht / ZIP, Köln
 - Redaktion InDat-Report, Köln
 - Redaktion Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht / DZWIR, Berlin
 - Redaktion Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung / NZI, München
 - Redaktion Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht / ZInsO, Köln
 - Redaktion (Print) Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht / ZVI, Köln
 - Redaktion (Internet) Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht / ZVI, Köln
-

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Der DAV begrüßt den vom BMJV vorgelegten Vorschlag zur Änderung des § 104 InsO (im Folgenden „§104 InsO-E“), da eine entsprechende Änderung mit Blick auf die Entscheidung des BGH vom 9. Juni 2016 (IX ZR 314/14) sinnvoll und geboten ist. Der DAV weist aus Praktiker-Perspektive auf möglichen Klarstellungsbedarf zu wenigen Gesichtspunkten der geplanten Neuregelung hin, empfiehlt indes vorab eine sorgfältige Erwägung, ob nicht eine – mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und die Intention des historischen Gesetzgebers ohnehin gebotene – Klarstellung der Reichweite der Vorschrift in §119 InsO geboten wäre.

Im Einzelnen:

1. Verhältnis des § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 InsO-E zu § 119 InsO

Mit Bezug auf die in § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 InsO-E vorgesehene Regelung drängt sich zunächst folgender Hinweis auf:

Während gegen die Regelung als solche – mit den nachstehend unter Ziffern 2. bis 4. ausgeführten Maßgaben – keine durchgreifenden Bedenken bestehen, ist damit zu rechnen, dass ihre Wirkung über den unmittelbaren Regelungskreis des (geänderten) § 104 InsO hinausreichen wird. Denn mit dieser Regelung würde der Gesetzgeber letztlich die vom IX. Zivilsenat des BGH seit 2012 (AZ. IX ZR 169/11) in wiederholter Rechtsprechung niedergelegte Position zu insolvenzbezogenen vertraglichen Lösungsklauseln für die Zukunft zementieren. Ein Bedarf für den vorgesehenen § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 InsO-E erwächst nämlich nur dann, wenn man mit dem BGH die Regelung des § 119 InsO dahingehend versteht, dass insolvenzbezogene vertragliche Lösungsklauseln (auch) bereits dann unwirksam sind, wenn sie an die Insolvenzantragstellung oder das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes (jedenfalls die Zahlungseinstellung) anknüpfen. Nur dieser vom BGH als „Vorwirkung“ bezeichnete Effekt lässt die vom Regelungsbereich des § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 InsO-E erfassten

Handlungsweisen als schutzbedürftig erscheinen, was sie faktisch aufgrund der Rechtsprechung des BGH gegenwärtig auch sind.

Bevor der Gesetzgeber allerdings mit der vorgeschlagenen Regelung in § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 InsO-E auch die o.g. Rechtsprechung festschreibt, sollte erwogen werden, ob eine solche Folge gesetzgeberisch tatsächlich gewollt ist. Denn die Rechtsprechung des BGH zu § 119 InsO ist im Hinblick auf die hier relevante, vom BGH angenommene Vorwirkung der Norm besonders problematisch, weil sie Rechtsunsicherheit geschaffen hat und der vom historischen Gesetzgeber insoweit getroffenen Wertungsentscheidung diametral zuwider läuft.

Der historische InsO-Gesetzgeber wollte in der Regelung des § 137 Abs. 2 InsO-E – aus § 137 Abs. 1 InsO-E wurde der heutige § 119 InsO – lediglich Lösungsklauseln untersagen, die an die Verfahrenseröffnung anknüpfen. Die Ausübung von Kündigungsrechten, die von einer Vermögensverschlechterung bei der Gegenseite abhängen, sollte explizit erst ab Verfahrenseröffnung untersagt sein. Dabei umfasste der Begriff der Vermögensverschlechterung ausweislich der Gesetzesbegründung insbesondere auch den Fall der Zahlungsunfähigkeit und der Insolvenzantragsstellung (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 152). Mithin sollten Lösungsklauseln, die an ein Ereignis vor Insolvenzeröffnung anknüpfen, nach der gesetzgeberischen Vorstellung zulässig sein. Lediglich der heutige § 112 InsO sollte ausgenommen sein. Dies bringen die Gesetzesmaterialien auch an anderer Stelle noch einmal deutlich zum Ausdruck: Auf die Anregung des Bundesrats, das Verhältnis zwischen § 126 InsO-E (heute: § 112 InsO) und § 137 Abs. 2 InsO-E klarzustellen, antwortete die Bundesregierung, dass es einer solchen Klarstellung nicht bedürfe, weil § 137 InsO-E als Ganzes (d.h., auch der heutige § 119 InsO) „für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens [...] keine Regelung [enthält]“ (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 264).

Der Gesetzgeber war sich durchaus der damit einhergehenden Problematik bewusst, als er der Vertragsfreiheit – sogar für den Zeitraum ab Insolvenzeröffnung – den Vorzug gab und deshalb selbst § 137 Abs. 2 InsO-E entfallen ließ (vgl. BT-Drucks. 12/7302, S. 154). Denn die (mittelbare) Einschränkung des Verwalterwahlrechts, die von solchen Lösungsklauseln ausgehe, sei, so der Rechtsausschuss des Bundestags, „kein ausreichender Grund für einen schwerwiegenden Eingriff in die Vertragsfreiheit“ (vgl. BT-Drucks. 12/7302, S. 170).

Diesen gesetzgeberischen Willen wischt der BGH in seiner o.g. Rechtsprechung mit knapper Begründung beiseite, gewährt dagegen dem Schutz und der Mehrung der Masse den Vorzug. Zweifellos ist auch dies hier ein wichtiger Aspekt, aber eben nicht der einzige. Und insbesondere für den Zeitraum vor Insolvenzeröffnung verdienen auch heute noch u.E. die weiteren Argumente, die der Rechtsausschuss des Bundestags im Jahre 1994 für einen Verzicht auf die die Vertragsfreiheit für den Zeitraum ab Insolvenzeröffnung begrenzende Regelung in § 137 Abs. 2 InsO-E angeführt hat, Beachtung: denn letztlich führt die Sorge des solventen Vertragspartners, im Zweifel gegen seinen Willen an eine insolvente Gegenpartei gebunden zu sein, in der Praxis dazu, dass immer frühere Kündigungszeitpunkte vertraglich festgelegt werden und daher in der Krise im Zweifel die Rechtssicherheit einer früheren Kündigung gegenüber der Treue zum Vertragspartner den Vorzug erhält. Das aber war vom historischen Gesetzgeber aus gutem Grund nicht gewollt.

Durch die vorgeschlagene Regelung in § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 InsO-E wird dieser Gedanke weiter an Brisanz gewinnen: Es ist sehr wahrscheinlich, dass die Norm über kurz oder lang als Argument herangezogen wird, um neben der vom BGH für die sog. Vorwirkung bereits als mögliche Anknüpfungspunkte erwähnten Insolvenzantragsstellung und Zahlungseinstellung, die Vorwirkung – und damit das Verbot entsprechender Lösungsklauseln – auch auf Umstände und Ereignisse zu erstrecken, die im Zusammenhang mit einer drohenden Zahlungsunfähigkeit stehen können. Immerhin liegt auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit – wie in § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 InsO-E erwähnt – ein Eröffnungsgrund vor. Und warum, so wird argumentiert werden, hat der Gesetzgeber die Norm so umfassend ausgestaltet, wenn er nicht auch eine entsprechend breite Vorwirkung bei § 119 InsO zumindest für möglich gehalten hätte? Aufgrund der vielfältigen Probleme, die sich regelmäßig beim Versuch der rechtssicheren Bestimmung des Vorliegens einer drohenden Zahlungsunfähigkeit aus ex ante-Sicht ergeben, würde das zu einem noch höheren Maß an Rechtsunsicherheit bei der Frage führen, welche Kündigungen wechselseitiger Verträge mit krisenbefangenen Vertragspartnern wirksam möglich sind, so dass die Praxis sich mit einer Ausweitung der Kündigungsgründe helfen wird, was jedenfalls dem krisenbefangenen Vertragspartner ganz sicher weder vor - noch dessen Verwalter in - der Insolvenz hilft und die zweifelsfrei nicht gewollte Rechtsunsicherheit verstärkt.

Diese Rechtsunsicherheit sollte der Gesetzgeber nicht in Kauf nehmen. Wir regen vor diesem Hintergrund an, dass in § 119 InsO ein klarstellender Zusatz aufgenommen wird, der den ursprünglichen gesetzgeberischen Willen jedenfalls insoweit in Gesetzesform gießt, als die Erstreckung der Wirkung des § 119 InsO auf den Zeitraum vor Insolvenzeröffnung ausgeschlossen wird. Der geplanten Regelung in § 104 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 InsO-E bedürfte es dann nicht mehr.

Im Übrigen weisen wir in den nachfolgenden Ziffern 2 bis 4 auf einige Gesichtspunkte hin, denen unseres Erachtens unabhängig von der letztlich vom Gesetzgeber in Bezug auf § 119 InsO eingenommenen Position Bedeutung zukommt. Die Ausführungen unter Ziffer 3 unten gelten allerdings nur für den Fall, dass der Gesetzgeber eine klarstellende Änderung von § 119 InsO nicht für geboten hält.

2. Erfasste Geschäftstypen (Zu § 104 Abs. 1 und Abs. 3 InsO-E)

Der DAV begrüßt die im Änderungsvorschlag vorgesehene Klarstellung, dass die Regelungen für Rahmenverträge des § 104 Abs. 3 InsO-E auch für Warengeschäfte i.S.d. § 104 Abs. 1 InsO-E gelten. Ebenso ist die Fortentwicklung des schon bisher als Regelbeispiel ausgestalteten Finanzleistungsbegriffs zu befürworten, insbesondere der Verweis auf Finanzinstrumente i.S.d. Richtlinie 2014/65/EU. Um zukünftige Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden, sollten Wertpapierpensionsgeschäfte und Wertpapierdarlehensgeschäfte jedoch ausdrücklich in den Katalog der Regelbeispiele aufgenommen werden. Diese galten nach Ansicht des Gesetzgebers (BT-Drucks.15/1853, S. 15) auch schon bisher als Finanzleistungen i.S.d. § 104 Abs. 2 Satz 2 InsO.

Sofern Warenhandelsgeschäfte die Lieferung über einen bestimmten Zeitraum vorsehen (wie insbesondere im Strom- und Gashandel üblich) und trotzdem weder als Warenfixgeschäft noch als Warenderivat (Finanzleistung) im Sinne von § 104 Abs. 1 InsO-E zu qualifizieren sind, besteht für die Vertragsparteien zumindest im Energiegroßhandelsbereich dasselbe Preis- bzw. Spekulationsrisiko wie für Warenfixgeschäfte und für Finanzleistungen. Warenhandelsgeschäfte die in vergleichbarer Weise wie die in § 104 Abs. 1 InsO-E genannten Geschäfte mit Marktpreisrisiken behaftet sind, sollten daher ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 104 Abs. 1 InsO-E aufgenommen werden. Bei normalen Liefergeschäften (wie z.B.

Strom- oder Gaslieferungen an Endverbraucher) stellt sich die Lage jedoch anders dar und eine Privilegierung nach § 104 Abs. 1 InsO-E erscheint daher nicht gerechtfertigt.

3. Zulässige Abweichungen – Fristende nach Beendigung, aber vor Verfahrenseröffnung (Zu § 104 Abs. 4 InsO-E)

Die Regelung des § 104 Abs. 4 InsO-E, der zufolge vertragliche Abweichungen vom gesetzlichen Lösungsmechanismus der Absätze 1 und 2 zulässig sind, erscheint vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung sachgerecht (siehe hierzu jedoch unsere grundsätzlichen Erwägungen in 4) unten).

Für den in § 104 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 InsO-E vorgesehenen Fall der zeitlichen Vorverlegung der Beendigung, sollte jedoch deutlich zum Ausdruck gebracht werden, dass es dann zur Gewährleistung des Termincharakters des Geschäfts nicht darauf ankommen darf, dass eine „bestimmte Zeit“ oder „bestimmte Frist“ vereinbart war, die nach Eröffnung des Verfahrens eintritt bzw. abläuft. Denn dann wären diejenigen Geschäfte, deren Zeit oder Frist nach Beendigung des Geschäfts, jedoch vor Verfahrenseröffnung eintritt bzw. abläuft, nicht Teil des Nettingverbundes eines einheitlichen Vertrages i.S.d. § 104 Abs. 3 InsO-E. Auch für diese Geschäfte greift jedoch der gesetzliche Zweck, der solventen Partei die Absicherung von Marktpreisrisiken zu ermöglichen. Die Einheitlichkeit des Vertrags ist zudem erforderlich, um sicherzustellen, dass der laufend auf Basis des Wertes aller Geschäfte ermittelte Nettoausfallbetrag und die dafür eventuell gestellten Margensicherheiten sich entsprechen können. Nur so lassen sich auch die internationalen bzw. europarechtlichen Vorgaben für die Eigenmittelunterlegung für Institute bzw. die Anforderungen der Finanzsicherheitenrichtlinie erfüllen (vgl. zu diesen Vorgaben die Ausführungen in der Begründung der Beschlussempfehlung, Änderungsvorschlag S. 5 f).

Im Fall einer vorverlegten Beendigung kann es daher nur darauf ankommen, dass die vereinbarte Zeit oder vereinbarte Frist nach der Beendigung der Geschäfte eingetreten bzw. abgelaufen wäre. Sinnvoll erscheint es deshalb, § 104 Abs. 4 InsO-E entsprechend zu ergänzen.

4. Zulässigkeit von Verfahren und Methoden für Markt- und Börsenwertbestimmung (Zu § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO-E)

Die Zulässigkeit von Verfahren und Methoden zur Bestimmung des Markt- bzw. Börsenwertes sowie die ergänzenden Ausführungen in der Begründung der Beschlussempfehlung (vgl. Änderungsvorschlag S. 9 f.) sind sehr zu begrüßen. Dies und die weiteren Erläuterungen in der Begründung (z.B. Zulässigkeit der Preisbestimmung auf Basis von Auktionen und von konkreten Ersatzgeschäften) tragen dazu bei, dass die „Forderung wegen Nichterfüllung“ rechtsgeschäftlich konkretisiert werden kann, ohne dabei willkürlich in das Ermessen einer Partei gestellt zu sein.

Angesichts der wachsenden Komplexität der Produkte wird auch die Bestimmung des Markt- oder Börsenwertes schwieriger und entsprechende Werte können daher für bestimmte Geschäftstypen unter Umständen nur aus dem Markt- oder Börsenwert anderer Geschäfte abgeleitet werden. Insbesondere für vergangene Sachverhalte oder sofern konkrete Ersatzgeschäfte offenbar nicht gewollt sind, kann es in der Praxis schwierig sein, entsprechende Marktwerte in Form von Quotierungen von Händlern zu erhalten (die bei hypothetischen Anfragen zu vergangenen Zeitpunkten keinen Anreiz haben, Preise für Angebote zu berechnen). In diesen Fällen kann es bei Fehlen sonstiger leicht verfügbarer Preisquellen auch ohne Marktstörung notwendig sein, auf Modelle und externe finanzmathematische Gutachten zurückzugreifen.

Aus diesem Grund ist es für die Praxis wichtig, Verfahren und Methoden für die Preisbestimmung auch dann zuzulassen, wenn der Markt- oder Börsenpreis aus anderen Gründen als einer Marktstörung nicht bestimmt werden kann.

* * *