



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73, 10117 Berlin

E-Mail: RA6@bmjv.bund.de
Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Frau Dr. Franziska Stegmair
Referat RA 6
11015 Berlin

Kronenstraße 73
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: o.vossius@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, 12. August 2016

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO

Zum Schreiben vom 26.7.2016 – RA6 3760/21-R3 362/2016

Sehr geehrte Frau Dr. Stegmair,
sehr geehrte Damen und Herren,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Da Derivate nicht zu unseren Kerngebieten gehören und jedenfalls der Unterzeichner sich im Insolvenzrecht auch nicht als sattelfest bezeichnen will, hat uns das Bezugsschreiben zunächst einmal überrascht. Auf den zweiten Blick kam uns der Gedanke, dass ihr Haus möglicherweise Kontrollüberlegungen eines Außenstehenden erwartet. In diesem Sinne bitten wir, die nachfolgenden Ausführungen zu verstehen.

Derivate sind zunächst einmal nichts anderes als handelbare Angebote, gerichtet auf Leistung von Gegenständen. Hier drängt sich einem Notar der Vergleich zu Käuferangeboten an Immobilienvertreibern (oder auch Bauträger) auf. Die Rechtsprechung begrenzt die Dauer der Bindung solcher Angebote. Wird ein solches Kaufangebot erst nach Ablauf der Höchstbindungsdauer angenommen, ist kein Kaufvertrag zustande gekommen und eine etwa im Zusammenhang mit diesem erklärte Auflassung nichtig. Wird der Bauträger während der Bauphase insolvent, sind Anzahlungen des Käufers verloren. Doch auch lange nach Übereignung des Kaufobjekts an den Käufer könnten der Bauträger bzw. sein Insolvenzverwalter das Kaufobjekt kondizieren bzw. vindizieren und damit dessen Wert samt Wertsteigerung als Windfall Profit vereinnahmen. Der erstrebte Käuferschutz verkehrt sich damit in sein Gegenteil. Die mögliche Ausstrahlung dieser Rechtsprechung auf Verträge mit Unternehmern bzw. Angebote außerhalb des Immobilienvertriebs (etwa im Gesellschaftsrecht) belastet die Vertragsgestaltung erheblich. Mit der Diktion des Entwurfs könnte man von "dramatischen" Folgen sprechen, wobei die Folgen für die Vertreter von Immobilien zwar dramatisch sein mögen, aber nicht unbedingt gemeinwohlschädlich. Fest steht,

dass ein Lösungsrecht des Verbrauchers anstelle der Nichtigkeit weniger juristischen Kollateralschaden verursachen dürfte.

Doch genug dieses Exkurses. Festzuhalten ist dass der Gesetzgeber in dieser Frage bisher untätig geblieben ist. Im Gegensatz dazu liegt hier ein Referentenentwurf vor, der noch vor Veröffentlichung der ihm zugrunde liegenden BGH-Entscheidung in der Fachpresse an die Verbände mit extrem kurzer Stellungnahmefrist versandt wird. Man fühlt sich an das Finanzmarktstabilisierungsgesetz aus dem Jahr 2008 erinnert. Steht das Wohl und Wehe Deutschlands etwa auf dem Spiel?

Betrachten wir den Fall des BGH: Der Vorstand einer gemeinnützigen Stiftung geht Wertpapieroptionsgeschäfte mit einer Tochter von Lehman Brothers ein. Letztere wird insolvent. Entsprechend einem Vertragsmuster hatte man für den Insolvenzfall eine Verrechnung der Ergebnisse der einzelnen Wetten vereinbart. Dies ließ der BGH nicht gelten. Dumm gelaufen, wird man sagen. Man wird sich fragen, ob derartige Zockergeschäfte eine ordnungsgemäße Vermögensverwaltung einer gemeinnützigen Stiftung darstellen und nach Staatsanwalt und Finanzbehörde rufen. Aber deshalb das Insolvenzrecht ändern?

Seit den 1980er Jahren hat die Finanzwirtschaft Diskurshoheit über die Politik. Ihr Narrativ lautete ursprünglich Deregulierung, freie Märkte regulieren sich selbst und die „Banker-Boni“ rieseln auf die gesamte Gesellschaft herunter. Zu dieser Erzählung gehört aber auch die "schöpferische Zerstörung" im Sinne Schumpeters, die dem Kapitalismus innewohnt und in der *par condicio creditorum* im Insolvenzrecht zum Tragen kommt. Daher ist die Aufrechnung im Insolvenzfall erheblich eingeschränkt (vgl. §§ 94, 95, 96 InsO) und Verträge zwischen dem künftigen Gemeinschuldner und seinem Gläubiger unbeachtlich, soweit diese nur für den Insolvenzfall geschlossen sind (vgl. § 119 InsO). Der Herausgeber des im BGH-Fall vorliegenden Vertragsmusters hätte dies wissen müssen – oder hat er sich auf seine Diskurshoheit verlassen? Ein Notar, der einen solchen Vertrag entwirft, sollte seinen Haftpflichtversicherer informieren.

Um der Konsequenz der eigenen Ideologie zu entgehen, hat sich seit 2007 das Narrativ der Finanzindustrie geändert. Systemrelevant, alternativlos, too big to fail, das ist nunmehr Teil des postmodernen Sprachspiels im Sinne von Jacques Derrida. Ist die rasche Reaktion des Gesetzgebers Ausdruck der Postdemokratie im Sinne von Colin Crouch? Dass Ihr Haus die Zivilgesellschaft in Gestalt der Verbände hier beteiligt, ist allerdings geeignet, diese Befürchtung zu widerlegen.

Wir raten, die Dinge mit ruhiger Hand anzugehen. Bereits der jetzige § 104 InsO bevorzugt die Finanzindustrie, die vorgeschlagene Änderung noch um vieles mehr. Hierzu bedarf es eines sachlichen Grundes, will man einen Verstoß gegen Art. 3 GG vermeiden. Argument für eine ersatzlose Streichung des § 104 InsO könnte sein, dass eine Privilegierung von Derivaten als finanzielle Massenvernichtungswaffen (Warren Buffet) gesamtwirtschaftlich unsinnig ist. 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 haften müssen. Ob andere Gläubiger oder die Allgemeinheit, irgendjemand muss die Kosten einseitiger Privilegierungen bezahlen. *There is no such thing as a free lunch.*

Eine andere Betrachtungsweise könnte bei Derivaten geboten sein, die Leistungen von Gütern der Realwirtschaft zu einer bestimmten Zeit zu einem festgelegten Preis versprechen. Ein Automobilhersteller muss wissen, wie viel Stahlblech in den Jahren 2017 und 2018 kosten wird. Eine Exportindustrie muss sich gegen Währungsrisiken absichern. Es muss möglich sein, Transport- oder Lagerkapazität zu optionieren. Auch Optionen auf Mehrflächen für Büros und Industrieanlagen müssen möglich sein, vielleicht sogar mit einer längeren Bindungsfrist als vier Wochen. Hier könnte es sinnvoll sein, unserer Industrie (und nicht unserer Finanzwirtschaft) entgegenzukommen. Dazu müsste man aber erst einmal wissen, um wie viel sich bei Abschaffung oder Nichtänderung des § 104 InsO die Kosten der gewerblichen Wirtschaft für das Hedging ihrer Risiken erhöhen würden und wie sich die Neufassung auswirken würde.

Unser Rat in Kürze geht dahin, eine umfangreiche Anhörung von Experten aus Hochschule, Finanzwirtschaft und Industrie (etwa Leiter Einkauf oder Finanzen) durchzuführen, deren Teilnehmer nicht handverlesen aus dem Kreis von Investmentbankern, deren „Nahestehern“ oder den von ihnen Finanzierten stammen sollten. Auch die Expertise der Insolvenzrechtler sollte einbezogen werden.

Nicht unplausibel erscheint, dass eine solche Anhörung zum Ergebnis hätte, dass das Einpreisen des Insolvenzrisikos in die Optionsgebühr die einzelne Transaktion nur maßvoll verteuern würde. Wenn zahllose dieser Geschäfte aber in kurzen Zeitabschnitten hintereinander geschaltet würden, wie etwa beim day trading, würde sich dieser Effekt kumulieren. Reine Zockergeschäfte ohne realwirtschaftlichen Bezug würden damit unattraktiv. Dies mag für die Betroffenen zwar unerfreulich sein, gesamtwirtschaftlich wäre dies jedoch ein wichtiger Beitrag zur Stabilität der Finanzmärkte.

Wenn Sie Fragen haben, sprechen Sie uns gern an.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Oliver Vossius