

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO

Kontakt:

Dr. Lambert Köhling

Direktor

Telefon: +49 30 1663-3150

E-Mail: lambert.koehling@bdb.de

Berlin, 12. August 2016

Federführer:

Bundesverband deutscher Banken e. V.

Burgstraße 28 | 10178 Berlin

Telefon: +49 30 1663-0

Telefax: +49 30 1663-1399

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

I. Vorbemerkungen

Die Deutsche Kreditwirtschaft begrüßt den vorliegenden Entwurf für einen Änderungsvorschlag zu § 104 InsO ausdrücklich.

Mit den vorgeschlagenen Klarstellungen werden die gesetzlichen Grundlagen für vertragliche Nettingvereinbarungen im erforderlichen Maße konkretisiert und auf diese Weise sichergestellt, dass keine unauflösbaren Widersprüche zwischen den einheitlichen europäischen aufsichtsrechtlichen Vorgaben für vertragliche Nettingvereinbarungen für Finanzgeschäfte und dem deutschen Insolvenzrecht bestehen. Die vorgeschlagenen klarstellenden Anpassungen setzen im Übrigen im Ergebnis nur den bei Einführung des § 104 InsO sowie bei Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten (Finanzsicherheiten-Richtlinie) geäußerten Willen des Gesetzgebers um.

Aus unserer Sicht können die vorgeschlagenen klarstellenden Änderungen die durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2016 aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen zur Vereinbarkeit vertraglicher Nettingvereinbarungen mit dem deutschen Insolvenzrecht im Wesentlichen klären. Die ohne eine solche Klärung fortbestehenden Rechtsunsicherheiten würden nicht nur für die Kreditwirtschaft sehr ernste Folgen haben, sondern auch für alle anderen Marktteilnehmer, einschließlich deutscher Clearinghäuser, Industrie- und Energieunternehmen, aber auch mittelständischer Unternehmen und der öffentlichen Hand – und damit für den Finanzplatz und Wirtschaftsstandort Deutschland insgesamt.

Besonders wichtig und damit vollumfänglich zu unterstützen sind vor allem folgende Aspekte des Änderungsvorschlags:

- Neuer Aufbau des § 104 InsO, insbesondere neuer Absatz 4

Durch den neuen Aufbau der Bestimmung wird das zugrundeliegende Regelungskonzept sehr viel deutlicher: Die neu gefassten Absätze 1 und 2 enthalten damit die Regelungen zum gesetzlichen Netting, legen also fest, welche Rechtsfolgen für die in den Anwendungsbereich fallenden Geschäfte mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintreten, soweit keine anderweitigen (zulässigen) vertraglichen Regelungen getroffen wurden. Die in diesem Zusammenhang erfolgende Zusammenfassung der bisherigen, weitgehend wortgleichen Absätze 1 und 2 ist sachgerecht und vereinfacht zudem die Regelung insgesamt.

- Rahmen für zulässige Abweichungen durch vertragliche Vereinbarungen

Besonders wichtig für die erforderliche Rechtsicherheit über die rechtliche Zulässigkeit vertraglicher Nettingvereinbarungen im Hinblick auf § 119 InsO ist der neue Absatz 4: Hier wird nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass vertragliche Nettingvereinbarungen, die von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen, zulässig sind, wenn sie mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vereinbar sind. Zudem wird durch die ausdrückliche Nennung zweier – besonders praxisrelevanter – Beispiele für solche zulässigen

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

Abweichungen, erstmals der Handlungsrahmen konkretisiert, innerhalb dessen die Parteien vertragliche Regelungen treffen können.

▪ Gemischte Verträge

Sachgerecht und wichtig zur Vermeidung bestehender Rechtsunsicherheiten ist auch die in Absatz 3 nunmehr erfolgende Klarstellung zu den Rechtsfolgen für Rahmenverträge, unter denen neben den vom neuen Absatz 1 abgedeckten Geschäften möglicherweise auch nicht oder nicht eindeutig hierunter fallende Geschäfte abgeschlossen worden sind. Die zusammenfassende Wirkung des Rahmenvertrages bleibt in diesen Fällen für den Teil der Geschäfte erhalten, die in den Anwendungsbereich des neuen Absatzes 1 fallen. Die Klarstellung ist wichtig, da aufgrund der unvermeidbaren Unschärfen beim Begriff der Finanzleistung nie sicher ausgeschlossen werden kann, dass nicht auch Geschäfte in einen Rahmenvertrag einbezogen worden sind, bei denen sich im Nachhinein herausstellt, dass sie nicht als Fixgeschäft oder Finanzleistung zu qualifizieren sind.

▪ Modernisierung des Katalogs der Regelbeispiele

Besonders zu begrüßen ist ferner die Fortentwicklung und Modernisierung des Katalogs der Regelbeispiele für Finanzleistungen. Die Aufnahme der Finanzinstrumente im Sinne der Richtlinie 2014/65/EU sorgt dafür, dass für einen wesentlichen Teil der auch aus aufsichtsrechtlicher Sicht relevanten Finanzgeschäfte die Rechtsunsicherheiten über deren Einstufung als Finanzleistung beseitigt worden sind.

Allerdings sehen wir, wie nachfolgend in den Anmerkungen zu den einzelnen Regelungen näher dargelegt, dennoch Bedarf für einige wichtige Ergänzungen und Klarstellungen, um letzte verbleibende Rechtsunsicherheiten über den Schutzzumfang des § 104 InsO zu vermeiden und um sicher zu stellen, dass dieser im Einklang mit den aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen steht. Besonders wichtig wären dabei insbesondere folgende Ergänzungen und Klarstellungen:

- Klarstellungen im Hinblick auf das Erfordernis einer Zeitbestimmung oder Befristung vor allem bei Finanzleistungen – siehe Anmerkungen unter Ziff. II.1 Buchstabe a).
- Klarstellende Ergänzungen beim Katalog der Beispiele für Finanzleistungen, vor allem im Hinblick auf die in der Praxis besonders wichtigen Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäfte, vergleichbare Geschäfte über Schuldscheine oder Waren, sowie Spot- bzw. Kassageschäfte – siehe hierzu Ziff. II.2 Buchstaben a) bis d).
- Klarstellungen hinsichtlich der Ermittlung der Forderung wegen Nichterfüllung sowohl im Hinblick auf die Einbeziehung von ausstehenden Zahlungen, Lieferungen und Zinsen, als auch hinsichtlich Verfahren und Methoden zur angemessenen Wertbestimmung – siehe Anmerkungen unter Ziff. II.3 Buchstaben c) und d).
- Klarstellungen im Hinblick auf die maßgeblichen Zeitpunkte und Zeiträume für eine Abwicklung – siehe Ziff. II.5.

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

- Klarstellungen im Hinblick auf die Berechtigung zur Begrenzung des Ausgleichsanspruchs auf den Nachteil – siehe Ziff. II.6.

Unseren Vorschlägen liegt dabei die auf den vergangenen beiden, zu diesem Themenkomplex ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen beruhende Erfahrung zugrunde, dass alle vertraglichen Regelungen, die nicht klar und eindeutig vom gesetzlich festgelegten Rahmen des § 104 InsO gedeckt sind, im übergeordneten Interesse des Masseschutzes für unwirksam erklärt werden können. Insbesondere aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15. November 2012 (Az. IX ZR 169/11, dort Rz. 13) muss zudem geschlossen werden, dass (allein) in der Gesetzesbegründung niedergelegte Erwägungen oder im Rahmen der Beratungen in den zuständigen Ausschüssen des Bundestages getroffene Aussagen zum Verständnis und zur Funktion der gesetzlichen Regelungen für die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen unbeachtlich sind.

II. Anmerkungen zu einzelnen Regelungen

1. § 104 Abs. 1 Satz 2 InsO-E – bestimmte Zeit oder Frist und Begriff des Vertrages

a) Erfordernis einer bestimmten Zeit oder Frist

Der neue Absatz 1 regelt den sachlichen Anwendungsbereich für das gesetzliche Netting und mittelbar auch für das vertragliche Netting. Er legt fest, welche Arten von Geschäften in den Anwendungsbereich des § 104 InsO fallen. Beibehalten wurde dabei als ein wesentliches Kriterium, dass die betreffenden Geschäfte bzw. Verträge (die Einzelabschlüsse im Sinne der deutschen Rahmenverträge bzw. „Transactions“ im Sinne der internationalen Rahmenverträge, wie etwa den ISDA Master Agreements) zeitlich befristet sind und diese Frist nach Eröffnung des Verfahrens eintritt oder abläuft.

Sowohl das Erfordernis einer eindeutig bestimmten Befristung als auch des Eintritts/Ablaufs dieser Frist nach Verfahrenseröffnung könnte allerdings vor allem, aber nicht nur bei Finanzleistungen dazu führen, dass typische und vor allem aufsichtsrechtlich unzweifelhaft als Finanzleistungen behandelte Geschäfte nicht vom Anwendungsbereich der Regelung erfasst sind.

Denn zum einen werden Geschäfte über Finanzleistungen in manchen Fällen auch mit unbestimmter Frist abgeschlossen, sind aber dafür jederzeit kündbar. Dies gilt vor allem für Wertpapierfinanzierungsgeschäfte, etwa Wertpapierdarlehen sowie Wertpapierpensionsgeschäfte, aber auch für Differenzgeschäfte (contracts for difference). Die Befristung des Geschäfts bzw. der Fristablauf ist damit bei Finanzleistungen kein geeignetes Kriterium zur Eingrenzung des Anwendungsbereichs. Sachgerechter wäre stattdessen der Umstand, dass ein Geschäft über Finanzleistungen zum Beendigungszeitpunkt noch nicht vollständig erfüllt ist. Daher sollte jedenfalls bei Finanzleistungen auf das Kriterium einer

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

bestimmten Frist und oder des Fristablaufs nach Verfahrenseröffnung verzichtet und stattdessen auf die noch nicht vollständige Erfüllung abgestellt werden.

Zum anderen könnte bei dem gegenwärtigen Wortlaut der Regelung der Finanzleistungs-Charakter eines befristeten Geschäfts dann in Frage gestellt werden, wenn diese Frist zwar nach einer vertragsgemäßen Beendigung gemäß dem neuen Absatz 4, aber noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens abläuft oder eintritt. Diese Frage stellt sich im Übrigen nicht nur bei Finanzleistungen, sondern auch bei Fixgeschäften im Sinne des Absatzes 1 Satz 1. Um hier Rechtsunsicherheiten von vornherein auszuschließen, sollte deshalb sowohl in Satz 1 und Satz 2 neben dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung zusätzlich auch ein gemäß Absatz 4 vertraglich vereinbarter anderweitiger Beendigungszeitpunkt erwähnt werden.

b) Begriff des Vertrages

Im Übrigen könnte der Begriff des „Vertrages“ auch in Absatz 1 im Interesse der Einheitlichkeit durch den in den übrigen Bestimmungen gebrauchten Begriff des „Geschäfts“ ersetzt werden.

c) Beendigungswirkung

Bei dieser Gelegenheit könnte zudem noch eine weitere Klarstellung hinsichtlich der beendigenden Wirkung der Verfahrenseröffnung vorgenommen werden. Denn es ergibt sich nur mittelbar, dass mit der Verfahrenseröffnung die von Absatz 1 erfassten Geschäfte bzw. ein Rahmenvertrag im Sinne des Absatzes 3 – vorbehaltlich abweichender vertraglicher Regelungen gemäß Absatz 4 – automatisch beendet werden. Dies entspricht zwar dem gegenwärtigen Regelungsstand, könnte aber nunmehr erstmals auch ausdrücklich festgehalten werden.

Vorschläge zu § 104 Abs. 1 Sätze 1 und 2:

Änderung und Ergänzung der Sätze 1 und 2 in Absatz 1 etwa wie folgt:

- (1) *War die Lieferung von Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist vereinbart und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder dem nach Absatz 4 Nr. 1 vereinbarten Zeitpunkt ein, enden diese Geschäfte und es so kann nicht Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden. Dies gilt auch für ~~Verträge~~ Geschäfte über Finanzleistungen, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, und ~~für die eine bestimmte Zeit oder eine bestimmte Frist vereinbart war,~~ ~~die nach~~ die zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens eintritt oder abläuft*

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

oder dem nach Absatz 4 Nr. 1 vereinbarten Zeitpunkt noch nicht vollständig erfüllt sind.¹

2. § 104 Abs. 1 Satz 3 InsO-E – Katalog der Regelbeispiele für Finanzleistungen

a) Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäfte

Der neue Absatz 1 Satz 3 enthält wie der bisherige Absatz 2 Satz 3 einen nicht abschließenden Katalog mit Regelbeispielen für Geschäfte, die als Finanzleistungen zu qualifizieren sind. Hier wurden als neues Regelbeispiel die Finanzinstrumente im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 der Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II) und damit im Sinne des Anhangs I Abschnitt C der MiFID II aufgenommen. Dafür sind die bislang genannten Beispiele der Lieferung von Wertpapieren (bisherige Nr. 2) und Geldleistungen (bisherige Nrn. 3 und 4) ersatzlos entfallen. Begründet wird dies damit, dass der Begriff der Finanzinstrumente im Sinne der MiFID II diese mitumfasst. Dies trifft im Wesentlichen auch zu. Allerdings gibt es beim Finanzinstrumente-Begriff der MiFID II Unklarheiten über die genaue Reichweite, die damit in § 104 InsO eingeführt würden und vor dem Hintergrund einer drohenden Unwirksamkeit gemäß § 119 InsO zu nicht unerheblichen Rechtsunsicherheiten führen würden.

Es ist zunächst nicht hinreichend klar, ob der Finanzinstrumente-Begriff der MiFID II auch Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäfte abdeckt. Der maßgebliche Katalog in Anhang I Abschnitt C der MiFID II nennt an erster Stelle zwar „übertragbare Wertpapiere“. Ob damit aber tatsächlich auch Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäfte gemeint sind, ist zumindest offen. Jedenfalls ist dies bei enger Ausrichtung am Wortlaut und insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes zweifelhaft, dass Wertpapierfinanzierungsgeschäfte wie Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäfte an sich nicht Hauptgegenstand der MiFID II sind. Vielmehr versteht und regelt die MiFID II diese nur als Hilfgeschäfte zu Geschäften über typische Anlage- und Investmentprodukte. Hinzu kommt, dass die Definition des Finanzinstrumente-Begriffs des § 2 Abs. 2b des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) gerade im Hinblick auf Wertpapierfinanzierungsgeschäfte sehr viel weiter und detaillierter ist. Zweifel bestehen erst recht im Hinblick auf bestimmte Ausprägungen dieser Geschäfte, etwa die für die Versicherungswirtschaft sehr wichtigen Geschäfte mit Bezug auf Schuldscheine. Abhängig von der konkreten Ausgestaltung, der Laufzeit und auch dem anwendbaren Recht wird diesen Papieren die Eigenschaft eines Wertpapiers aberkannt, umgekehrt ist aber auch offen, ob sie dann zumindest als Geldmarktinstrumente einzustufen sind. Es ist auch nicht hinreichend klar, ob

¹ Sofern auch bei Finanzleistungen an dem Kriterium der Zeitbestimmung oder Befristung festgehalten werden sollte, könnte Satz 2 im Hinblick auf die geschilderten Rechtsunsicherheiten bei nicht eindeutig befristeten Geschäften auch wie folgt neu gefasst werden:

„Dies gilt auch für ~~Verträge~~ Geschäfte über Finanzleistungen, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, und für die eine bestimmte Zeit oder eine bestimmte Frist vereinbart war, die nach der Eröffnung des Verfahrens oder dem nach Absatz 4 Nr. 1 vereinbarten Zeitpunkt eintritt oder abläuft, oder die jederzeit uneingeschränkt kündbar sind.“

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

Wertpapierfinanzierungsgeschäfte und die vergleichbaren Geschäfte auf Schuldscheine unter die neue Nr. 3 (Optionen und andere Rechte auf Lieferungen nach Satz 1 oder auf Finanzleistungen) fallen. Von diesem Regelbeispiel jedenfalls erfasst sein sollen wohl andere, nicht bereits von Satz 1 oder Satz 3 Nr. 2 erfasste Optionsgeschäfte und Geschäfte über die Lieferung von Waren (soweit diese noch nicht als Fixgeschäft oder Finanzinstrument erfasst sein sollten). Es ist allerdings unklar, ob über den Zusatz „oder auf Finanzleistungen“ tatsächlich auch die Lieferung von Finanzleistungen erfasst wird. Dem Wortlaut nach könnten auch lediglich Optionen auf Finanzleistungen gemeint sein (zum Klarstellungsbedarf bei diesem Regelbeispiel: siehe auch unten, Buchstaben b) und c).

Vor dem Hintergrund der großen praktischen Bedeutung dieser Geschäfte als Grundlage für die Liquiditätsbeschaffung sollte jede Rechtsunsicherheit über diese Kernfrage von vornherein ausgeschlossen werden. Dass Wertpapierfinanzierungsgeschäfte Finanzleistungen im Sinne des § 104 InsO sind, setzen jedenfalls andere gesetzliche Regelungen sogar voraus. Diese Annahme liegt beispielsweise der nachträglichen Einfügung des Absatzes 5 in § 93 des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes zugrunde. Auch § 340 InsO basiert auf diesem Verständnis und erwähnt zumindest auch Wertpapierpensionsgeschäfte ausdrücklich.

Wertpapierdarlehen und Wertpapierpensionsgeschäfte sowie vergleichbare Geschäfte in Bezug auf Schuldscheine sollten daher in geeigneter Weise ausdrücklich in den Katalog des § 104 Abs. 1 Satz 3 InsO-E aufgenommen werden. Dabei könnte auf den Begriff der Wertpapierfinanzierungsgeschäfte im Sinne des Art. 3 Nr. 11 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2365 über die Transparenz von Wertpapierfinanzierungsgeschäften zurückgegriffen werden. Da dieser Begriff aber auf Schuldscheine bezogene Geschäfte nicht mit umfasst, müssten diese noch gesondert genannt werden.

Ferner sollte in diesem Zusammenhang auch erwogen werden, die aufsichtsrechtlich (vgl. Art. 4 Abs. 2 Nr. 82 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRR)) den Wertpapierpensionsgeschäften gleichgestellten Rückkaufsvereinbarungen im Hinblick auf Waren ausdrücklich aufzunehmen. Bei diesen Geschäften besteht aufgrund der hier vorkommenden Marktpreisschwankungen auch ein Interesse an einer angemessenen Risikosteuerung.

b) Spot- bzw. Kassageschäfte

Aufgrund der Streichung der bisherigen Ziffern 2 und 3 werden möglicherweise die bislang über diese Beispiele abgedeckten Termingeschäfte auf Waren, Wertpapiere und vor allem Währungen (Spotgeschäfte, Kassageschäfte) nicht mehr vom Begriff der Finanzleistung umfasst:

Die Einstufung und vor allem die Abgrenzung dieser Geschäfte von Derivaten für die Zwecke der Richtlinie 2004/39/EG über Märkte in Finanzinstrumenten (MiFID I) ist seit jeher umstritten. Über einen Durchführungsakt zur MiFID I (Durchführungsverordnung (EG)

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

Nr. 1287/2006) wurde hier etwas Klarheit geschaffen, allerdings dahingehend, dass Spot und Kassageschäfte gerade nicht als Finanzinstrumente im Sinne der MiFID I zu verstehen sind. Es spricht damit einiges dafür, dass diese Geschäfte nicht als Finanzinstrumente im Sinne der MiFID II zu qualifizieren sind. Sie fallen aber nicht – oder wenn, nur eingeschränkt – unter die neue Nr. 3 (zu den hier bestehenden Auslegungsfragen, siehe bereits oben, Buchstabe a)). Um hier eine ungewollte Lücke beim Anwendungsbereich des § 104 InsO-E zu vermeiden, wäre es sinnvoll, das bislang in Nr. 3 enthaltene Regelbeispiel zu Geldleistungen beizubehalten, um die Devisenkassageschäfte eindeutig in den Anwendungsbereich des § 104 InsO-E einzubeziehen. Ergänzend wäre dann auch noch die neue Nr. 3 anzupassen, um hierdurch die übrigen Kassageschäfte zu erfassen (siehe hierzu nachfolgenden Buchstaben c)).

c) Optionen und andere Rechte auf Lieferungen

Im Hinblick auf die bereits unter Buchstaben a) und b) möglichen Unklarheiten über die Reichweite des Schutzbereichs des § 104 InsO-E sollte auch bei Berücksichtigung der oben gemachten Vorschläge zu Wertpapierfinanzierungsgeschäften und Spot-/Kassageschäften erwogen werden, Nr. 3 neu zu fassen und noch klarer als Auffangregelung für Geschäfte über die Lieferung von Waren, Wertpapieren, Schuldscheinen und Finanzinstrumenten auszugestalten, die nicht bereits (sicher) unter Satz 1 oder den Begriff der Finanzleistung fallen. In diesem Zusammenhang könnte dann auch eine Klarstellung dahingehend vorgenommen werden, dass Optionen auch bei einseitiger Erfüllung (wenn also der Käufer die Prämie bereits geleistet hat) von diesem Regelbeispiel mit erfasst sind. In der Begründung wird auf diesen Aspekt zwar eingegangen, eine ausdrückliche gesetzliche Regelung wäre aber vorzugswürdig.

d) Geldleistungen bei Beendigung eines Geschäfts/Rahmenvertrages

Ungeachtet der vorgeschlagenen Präzisierung des Begriffs der Finanzleistung bliebe möglicherweise immer noch offen, ob Geldleistungen, d.h. insbesondere Ausgleichsansprüche, die nach Beendigung eines Geschäfts und/oder eines Rahmenvertrages über Finanzleistungen anfallen, als solche vom Finanzleistungsbegriff abgedeckt sind. Regulatorisch wird dies jedenfalls im Fall des produktübergreifenden Nettings („cross product netting“) vorausgesetzt, vgl. etwa Art. 296 Abs. 3 sowie Art. 272 Abs. 11 der CRR. Dies könnte durch Aufnahme eines neuen, eigenständigen Regelbeispiels klargestellt werden, welches die bei Beendigung von Geschäften im Sinne des Satzes 1 sowie von Geschäften über Finanzleistungen bzw. Rahmenverträgen für diese Geschäfte anfallenden Geldleistungen ausdrücklich zu Finanzleistungen erklärt.

e) Geldleistungen aus Interbank-Einlagen und Kreditvereinbarungen

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

Gleichermaßen offen wie im Fall der Geldleistungen aus Geschäften bzw. Rahmenverträgen bei Beendigung könnte die für das bilanzielle Netting im Sinne der Art. 195 und 205 CRR wichtige Frage sein, ob Geldleistungen aus Einlagen und Kreditvereinbarungen zwischen Instituten vom Begriff der Finanzleistung erfasst sind. Eine solche Erfassung wäre im Hinblick auf die regulatorischen Zusammenhänge sachgerecht. Entsprechende Geschäfte zwischen Instituten gelten zudem, wenn sie als kurzfristige Kreditvereinbarungen einzustufen sind, für die Zwecke des Sanierungs- und Abwicklungsgesetzes als Finanzkontrakte (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 21 Buchstabe e) SAG) und werden damit Derivate- und Wertpapierfinanzierungsgeschäften gleichgestellt. Nicht gemeint und betroffen wäre das allgemeine Kredit- und Einlagengeschäft.

Vorschläge zu § 104 Abs. 1 Satz 3 InsO-E

Einfügung weiterer Regelbeispiele und Wiederaufnahme der bisherigen Nr. 3 als neue Nrn. 5 bis 8 sowie Änderung der neuen Nr. 3 etwa wie folgt:

Als Finanzleistungen gelten insbesondere

1. *die Lieferung von Edelmetallen,*
2. *Finanzinstrumente im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 Nummer 15 der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU,*
3. *andere von Satz 1 oder Satz 3 Nr. 2 nicht erfasste Optionen und andere Rechte auf Lieferungen von Waren, die einen Markt oder Börsenpreis haben, sowie von Finanzinstrumenten und Schuldscheinen nach Satz 1 oder auf Finanzleistungen nach Satz 2,*
4. *Finanzsicherheiten im Sinne des § 1 Absatz 17 des Kreditwesengesetzes.*
5. *Wertpapierfinanzierungsgeschäfte im Sinne des Art. 3 Nr. 11 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2365 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über die Transparenz von Wertpapierfinanzierungsgeschäften und die Weiterverwendung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, und vergleichbare Geschäfte über Schuldscheine oder Waren,*
6. *Geldleistungen, die in ausländischer Währung oder in einer Rechnungseinheit zu erbringen sind,*
7. *Geldleistungen, die nach Beendigung der in einen Rahmenvertrag nach Absatz 3 zusammengefassten Lieferungen nach Satz 1 oder Finanzleistungen nach Satz 2 beansprucht werden können und*
8. *Geldleistungen aus Einlagen und Kreditvereinbarungen zwischen Instituten im Sinne des § 1 Absatz 1b Kreditwesengesetz.*

3. § 104 Abs. 2 – Forderung wegen Nichterfüllung

Absatz 2 regelt die Berechnung der Forderung wegen Nichterfüllung (d.h. der einheitlichen Ausgleichsforderung) bei Beendigung der Geschäfte bzw. des Rahmenvertrages. Danach sind

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

hierfür die bei unverzüglich abgeschlossenen Ersatzgeschäften tatsächlich erzielten oder die bei hypothetisch Ersatzgeschäften erzielbaren Markt- oder Börsenpreise zugrunde zu legen. Nach Satz 3 kann allerdings alternativ auf angemessene Verfahren und Methoden zurückgegriffen werden, wenn „das Marktgeschehen die Bildung von Markt- oder Börsenpreisen“ nicht zulässt. Ein solcher Rückgriff auf alternative Methoden ist sowohl bei rahmenvertraglichen Nettingvereinbarungen als auch im Fall des Netting auf Grundlage der Regelwerke zentraler Gegenparteien und Börsen üblich und wird auch von den maßgeblichen aufsichtsrechtlichen Vorgaben gefordert. Der mit diesem neuen Absatz 2 verfolgte Ansatz ist daher sachgerecht. Allerdings verbleiben Unsicherheiten, die durch weitere Klarstellungen und Ergänzung bei einzelnen Regelungsaspekten ausgeräumt werden können:

a) Satz 1 und 2 – Verhältnis der Bewertung anhand von Markt- und Börsenpreisen zu Ersatzgeschäften und Zeitpunkte

Bei der Bewertung anhand von Markt- und Börsenpreisen, was nach Satz 2 die Wertermittlung anhand von Ersatzgeschäften mitumfasst, kann ein Widerspruch zwischen den Vorgaben gemäß Satz 1, wonach der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung maßgeblich ist, und Satz 2, wonach Ersatzgeschäfte unverzüglich durchzuführen sind, gesehen werden. Dieser potentielle Widerspruch ließe sich am einfachsten durch Streichung der Bezugnahme auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung in Satz 1 auflösen.

b) Satz 2 – Ersatzgeschäfte

Lediglich zur Vermeidung von Missverständnissen wäre zu erwägen, bei dem Verweis auf ein Ersatzgeschäft statt von einem Ersatzgeschäft allgemein von Ersatzgeschäften zu sprechen, da tatsächlich selbst ein einzelnes Geschäft unter Umständen durch mehrere Teil-Ersatzgeschäfte ersetzt werden kann.

c) Satz 3 – Verfahren und Methoden für eine angemessene Wertbestimmung

Bei strenger Ausrichtung am Wortlaut könnte die Regelung, wonach in Abweichung von Sätzen 1 und 2 anderweitige Verfahren und Methoden zur Wertermittlung nur verwendet werden können, wenn das Marktgeschehen dies nicht zulässt, möglicherweise so verstanden werden, dass ein solcher Rückgriff auf die alternativen Methoden nur im Fall von Marktstörungen gestattet ist. Aus der Begründung (vgl. S. 10) ergibt sich, dass kein solch enges Verständnis gemeint ist, sondern auch andere Fälle erfasst sein sollen, in denen eine Bewertung anhand von Markt- und Börsenpreisen aus anderen Gründen nicht möglich ist. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass bei vielen Geschäften gar keine Markt- oder Börsenpreise verfügbar sind, oder die verfügbaren Markt- oder Börsenpreise aus anderen Gründen nicht oder nicht mehr aussagekräftig sein können. Ein solch weiteres Verständnis liegt im Übrigen auch der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 149/2013 zugrunde (vgl. Art. 16), die für die Zwecke des

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

Art. 11 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EU) 648/2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (European Market Infrastructure Regulation –EMIR) näher konkretisiert, wann Marktbedingungen anzunehmen sind, die einer Bewertung zu Marktpreisen entgegenstehen. Um angesichts der bisherigen gerichtlichen Auslegungspraxis Rechtsunsicherheiten darüber auszuschließen, unter welchen Umständen Parteien auf die in der Praxis sehr wichtigen alternativen Verfahren und Methoden, insbesondere die Bewertung anhand von Modellpreisen, zurückgreifen können, sollte erwogen werden, dies in der Regelung selbst noch klarer zum Ausdruck zu bringen. In diesem Zusammenhang könnte zudem auch in geeigneter Weise klargestellt werden, dass eine Bewertung auf Grundlage der von zentralen Gegenparteien ermittelten Bewertungen entweder einer Wertermittlung anhand von Markt- und Börsenpreisen gleichsteht oder zumindest eine gleichberechtigte alternative Methode darstellt. Hintergrund hierfür ist, dass mit zunehmender Ausweitung und Bedeutung des Clearings die von zentralen Gegenparteien ermittelten Werte auch für die Bewertung nicht geclearter Geschäfte relevant werden.

d) Satz 3 – Ausstehende Zahlungen, Leistungen und fällige Zinsen

Unter dem neuen Absatz 2 bleibt offen, inwieweit bei Beendigung von Geschäften bzw. eines Rahmenvertrages aufgrund der gesetzlichen Bestimmung des Absatzes 1 oder aufgrund einer vertraglichen Beendigung nach Absatz 4 Nr. 1 ausstehende Leistungen Zahlungen sowie fällige Zinsen in die Berechnung des Ausgleichsanspruchs wegen Nichterfüllung einbezogen werden können. Die notwendige Einbeziehung der Sicherheiten ist zumindest über Absatz 1 Satz 2 Nr. 4 abgedeckt. Eine solche Einbeziehung ausstehender Zahlungen, Leistungen und Zinsen (neben den gestellten Sicherheiten) in die Berechnung des Nachteilsausgleichsanspruchs ist jedoch marktüblich und wird in allen Muster-Verträgen vorgesehen. Sie ist auch sachgerecht. Es war bislang auch nicht strittig, dass entsprechende Zahlungen, Leistungen und Zinsen mit in die Berechnungen einfließen. In dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2016 (Az. IX ZR 314/14, vgl. Rz. 96) wird dies aber jedenfalls im Hinblick auf vertraglich vereinbarte fällige Zinsen – unter Verweis auf ein Abweichen vom gesetzlichen Leitbild – angezweifelt. Vor diesem Hintergrund ist eine entsprechende Klarstellung geboten.

Vorschläge zu § 104 Abs. 2 InsO-E

Änderung und Ergänzung des Absatzes 2 etwa wie folgt:

- (2) *Die Forderung wegen Nichterfüllung bestimmt sich nach dem Markt- oder Börsenwert des Geschäfts ~~zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung~~. Sie umfasst auch die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung oder Beendigung gemäß Absatz 4 Nr. 1 ausstehenden Lieferungen, Geldleistungen und fälligen Zinsen. Als Markt- oder Börsenwert gilt der Markt- oder Börsenpreis für ein-Ersatzgeschäfte, ~~das~~die unverzüglich abgeschlossen ~~wird~~werden oder hätten abgeschlossen werden können, sowie eine Wertbestimmung anhand von Auktionspreisen oder der Bewertungen zentraler Gegenparteien. Lässt das Marktgeschehen die Bildung von*

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

Markt- oder Börsenpreisen nicht zu, oder ist dies aus anderen Gründen nicht möglich oder sachgerecht, ist der Markt- oder Börsenwert auf der Grundlage von Verfahren und Methoden zu ermitteln, die Gewähr für eine angemessene Wertbestimmung bieten. Hierzu zählt auch eine Wertbestimmung anhand von Modellen.

4. § 104 Abs. 3 Satz 2 – Erfassung gemischter Verträge bei Besicherung durch Finanzsicherheiten

Im Hinblick auf die zu begrüßende Regelung des § 104 Abs. 3 Satz 2 InsO-E könnte eine geeignete Klarstellung dahingehend erwogen werden, dass von § 104 Abs.1 InsO-E nicht erfasste Geschäfte jedenfalls dann von den Wirkungen des Rahmenvertrages erfasst werden, wenn der Rahmenvertrag, der auch nicht als Fixgeschäfte oder Finanzleistungen einzustufende Geschäfte umfasst, durch Finanzsicherheiten im Sinne des § 1 Abs. 17 des KWG besichert ist. Damit würde lediglich das unter der Finanzsicherheiten-Richtlinie bestehende Verständnis über die Wirkung und den Schutz von durch Finanzsicherheiten besicherten Rahmenverträgen ausdrücklich bestätigt.

5. § 104 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 InsO-E – maßgebliche Zeitpunkte und Zeiträume für die Abwicklung

a) Zehn-Tages-Frist

Absatz 4 enthält die wichtigen Klarstellungen und Präzisierungen dazu, inwieweit Vertragsparteien von den Regelungen zum gesetzlichen Netting abweichen können. Hierdurch erfolgt die im Hinblick auf § 119 InsO dringend erforderliche ausdrückliche Klarstellung, dass vertragliche Nettingvereinbarungen von den engen Vorgaben zum gesetzlichen Netting, wie sie sich insbesondere aus den Absätzen 2 und 3 ergeben, abweichen können, jedenfalls solange dies mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vereinbar ist.

In Ziffern 1 und 2 werden zwei besonders praxisrelevante Beispiele für solche zulässigen Abweichungen aufgeführt: Zum einen die Möglichkeit der Anknüpfung der Beendigungswirkung an ein vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegendes Ereignis und zum anderen die Berechtigung, einen von Absatz 2 abweichenden Bezugszeitpunkt sowie Zeitraum für die Wertbestimmung vertraglich zu vereinbaren. Beide beispielhaft aufgeführten Abweichungen vom gesetzlichen Netting gehen letztlich auf die bestehenden aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen zurück.

Allerdings werden den Vertragsparteien im Hinblick auf den Bezugszeitpunkt und Zeitraum für die Wertbestimmung Grenzen gesetzt. Denn der vertraglich zu vereinbarende Bezugszeitpunkt muss zwischen dem vereinbarten Beendigungszeitpunkt (etwa dem Tag der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens) und grundsätzlich dem fünften

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

darauffolgenden, maximal aber dem zehnten darauffolgenden Werktag liegen. Eine zeitliche Obergrenze und auch die hier für Normalfälle geltende fünftägige Grenze sind grundsätzlich sachgerecht. Die in Ausnahmefällen bestehende Höchstgrenze von zehn Tagen kann jedoch unter Umständen zu kurz bemessen sein und entspricht auch nicht der internationalen Praxis. Erfahrungen in der Vergangenheit haben gezeigt, dass eine den Interessen beider Vertragsparteien gerecht werdende Abwicklung auch mehr als zehn Werktage in Anspruch nehmen kann. Dies gilt insbesondere bei strukturierten und sehr großen Portfolien. Wir regen daher an, diese Höchstgrenze, für den Fall, dass eine zügigere Verwertung aus Gründen, die der andere Vertragsteil nicht zu vertreten hat, nicht möglich ist, auf bis zu 20 Tage heraufzusetzen. Eine solche Verlängerung des Ermessensspielraums für die Abwicklung ist unbedenklich. Denn beide Parteien haben bei Beendigung grundsätzlich ein gleichlaufendes Interesse an einer möglichst schnellen, aber auch werterhaltenden Abwicklung. Zudem kann die Angemessenheit der getroffenen Bewertungen im Streitfall auch immer gerichtlich überprüft werden.

Vor diesem Hintergrund ist im Übrigen die Bedingung, dass die Verlängerung der Frist einer marktschonenden Abwicklung dienen muss, entbehrlich oder sogar schädlich. Denn der Begriff der Marktschonung ist unscharf und wird deshalb zu unnötigen Rechtsunsicherheiten führen. Eine solche Zwecksetzung ist als Korrektiv angesichts der grundsätzlich gleichlaufenden Interessen und der ohnehin bestehenden Schadensminderungspflichten auch gar nicht erforderlich. Sachgerechter wäre es, wenn eine Verlängerung der Abwicklungsperiode auf Gründe zurückzuführen sein muss, die nicht vom anderen Vertragsteil zu vertreten sind.

Schließlich sollte auch in geeigneter Weise klargestellt werden, dass die Fristen jeweils mit Ablauf des letzten Tages der Frist enden.

b) Kenntnisnahme als Bezugszeitpunkt für den Beginn der Fristen

Nach dem bisherigen Regelungsvorschlag ist Bezugszeitpunkt für den Beginn der Fristen für die Abwicklung das Beendigungsereignis (Verfahrenseröffnung oder der vertraglich vereinbarte Beendigungszeitpunkt). In der Vertragspraxis wird vielfach allerdings nicht auf das zur Beendigung führende Ereignis abgestellt, sondern die Kenntnisnahme hiervon. Grund hierfür ist, dass in manchen Fällen, vor allem wenn es sich um Parteien mit Sitz in anderen Rechtsordnungen handelt, bei denen es keine vergleichbare Publizität über Insolvenzverfahren gibt, die andere Partei hiervon erst nach dem jeweiligen zur Beendigung führenden Ereignis Kenntnis erlangt. Um diese Fälle sachgerecht zu adressieren, sollte daher auf die Kenntniserlangung abgestellt werden. Wo eine hinreichende Publizität gewährleistet ist, wird diese Kenntnis unterstellt werden können.

c) Rechtsfolgen bei verspäteter Kenntnisnahme und Beendigung und Abrechnung nach Verfahrenseröffnung

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

Eng mit dem oben unter Buchstaben b) angesprochenen Aspekt verbunden ist die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten sollen, wenn der vertragliche Beendigungszeitpunkt oder Zeitpunkt für die Berechnung der Ausgleichsforderung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegen sollte. Dieser Fall kann ausnahmsweise, wiederum insbesondere bei Parteien mit Sitz im Ausland, eintreten, wenn eine Vertragspartei erst nachträglich und gegebenenfalls sogar erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Kenntnis hiervon erlangt. Denn nicht alle marktüblichen Rahmenverträge regeln eine automatische Beendigung im Insolvenzfall, sondern setzen eine Kündigung voraus. Diese kann nur mit Kenntniserlangung ausgesprochen werden. Zudem sehen gerade internationale Muster-Rahmenverträge eine längere Schutzfrist bis zum Wirksamwerden der Kündigung vor, die bis zu 20 Werktagen umfassen kann. Bei entsprechend später Kenntniserlangung kann die kündigende Partei unter Umständen gar nicht verhindern, dass der Beendigungszeitpunkt und die notwendigerweise erst anschließende Wertermittlung nach Eröffnung des Verfahrens erfolgen. Entsprechende Vertragsregelungen könnten jedoch, wegen Abweichung vom gesetzlichen Grundgedanken unter das Unwirksamkeitsgebot des § 119 InsO fallen – mit ungewissen Folgen für den Vertrag.

Vorschläge zu § 104 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 InsO-E

Änderung und Ergänzung des Absatzes 4 Satz 2 Nr. 2 etwa wie folgt:

2. *dass für die Ermittlung des Markt- und Börsenwerts des Geschäfts ein Zeitpunkt oder ein Zeitraum maßgeblich ist, der zwischen der Kenntnisnahme vom dem-Eintritt der Wirkungen nach Absatz 1 oder einem nach Nummer 1 vereinbarten Zeitpunkt, und dem Ablauf des fünften oder, wenn eine Abwicklung innerhalb dieses Zeitraums aus Gründen, die nicht von dem anderen Vertragsteil zu vertreten sind, nicht möglich ist sofern dies zum Zwecke einer wertschonenden Abwicklung erforderlich ist, dem zehnten Ablauf des zwanzigsten darauf folgenden Werktages liegt.*

6. § 104 Abs. 4 InsO-E – Berechtigung zur Vereinbarung eine Begrenzung des Ausgleichsanspruch auf den Nachteil/Schaden

Manche Rahmenverträge, wie z.B. die deutschen Rahmenverträge, sehen vor, dass im Falle eines Ausfalls einer Partei der dann fällige Ausgleichsanspruch stets von der solventen Partei und unter Zugrundelegung ihrer Perspektive zu ermitteln ist: Erleidet die solvente Partei durch die Beendigung einen vermögenswerten Nachteil, so verlangt sie von der anderen Partei diesen Nachteil als Schadensersatz. Erlangt sie durch die Beendigung einen vermögenswerten Vorteil, weil sie z.B. von einer Verbindlichkeit befreit wurde, so kehrt sie diesen Vorteil als Vorteilsausgleich an die andere Partei aus. Da der Vorteil der solventen Partei aufgrund der unterschiedlichen Bonität der Parteien (die sich als preisbildender Faktor auf die Wiedereindeckungskosten auswirkt) höher sein kann als der ihm korrespondierende Nachteil des Vertragspartners, sehen die deutschen Rahmenverträge vor, dass der von der solventen Partei auszukehrende Vorteil durch den ggf. geringeren Schaden der anderen Partei begrenzt wird. Auch mit dem neuen Absatz 4 bliebe offen, ob die vorstehend beschriebene Begrenzung

Stellungnahme

Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO, 12. August 2016

des Vorteilsausgleichs auf den tatsächlichen Nachteil oder Schaden der Partei wirksam vereinbart werden kann. Eine solche Begrenzung entspräche jedenfalls dem Grundgedanken der Regelung zum gesetzlichen Netting im Sinne des § 104 InsO, wonach der anderen Partei nur einen Anspruch in Höhe des Nichterfüllungsanspruchs zusteht. Es ist auch nicht ersichtlich, warum Vorteile, der anderen Partei, die mit der Wiedereindeckung nichts zu tun haben, zwingend ausgekehrt werden sollten. Eine solche Begrenzung sollte deshalb zumindest einer vertraglichen Vereinbarung zugänglich sein. Dies ist allerdings durch das vorgenannte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9 Juni 2016 in Frage gestellt worden, so dass eine entsprechende Klarstellung sinnvoll wäre.

Vorschlag zu § 104 Abs. 4 Satz 2 InsO-E

Einfügung einer neuen Nr. 3 etwa wie folgt:

3. dass ein von der einen Partei geschuldeter Vorteilsausgleich der Höhe nach durch den Schaden der anderen Partei begrenzt ist.

7. Weitere, im Sachzusammenhang stehende Klarstellungen in § 131 und 340 InsO

a) § 131 InsO – entsprechende Geltung des § 130 Abs. 1

Angesichts der seit langem bestehenden Rechtsunsicherheiten sollte die Gelegenheit genutzt werden, in § 131 InsO eine Klarstellung dahingehend vorzunehmen, dass § 130 Abs. 1 Satz 2 InsO entsprechend gilt.

b) § 340 InsO – Klarstellungen hinsichtlich der erfassten Verträge und zu Mitgliedern zentraler Gegenparteien

Zudem sollte § 340 Abs. 3 InsO dahingehend ergänzt werden, dass die Regelung zum maßgeblichen Recht auch zentrale Gegenparteien im Sinne des § 1 Abs. 31 des Kreditwesengesetzes und deren Mitglieder erfasst. In diesem Zusammenhang könnten die Begriffe „Schuldumwandlungsverträge“ und „Aufrechnungsvereinbarungen“ in § 340 Abs. 2 InsO durch den Begriff des Rahmenvertrages im Sinne des § 104 Abs. 3 InsO-E ergänzt werden.
