

Berlin, August 2016

**Herausgeber:**

Bundesverband Großhandel,  
Außenhandel, Dienstleistungen e.V.

Am Weidendamm 1A  
10117 Berlin

Telefon 030 590099-581

Telefax 030 590099-519

www.bga.de info@bga.de

**Autor:**

**Alexander Kolodzik**  
Rechtsanwalt  
(Syndikusrechtsanwalt)

Abteilungsleiter  
Recht und Wettbewerb  
alexander.kolodzik@bga.de

## ENTWURF EINES ÄNDERUNGS- VORSCHLAGS ZUR NEUFASSUNG DES § 104 INSOLVENZORDNUNG

### 1. Einleitung

#### 1.1. BGA

#### 1.2. Betroffenheit

#### 1.3. Position in Kürze

### 2. Entwicklung der Rechtslage

#### 2.1. BGA-Aktivitäten

#### 2.2. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

#### 2.3. Regelungsvorschlag

### 3. Bewertung der Änderungsvorschläge

#### 3.1. Offener Katalog der Finanzleistungen, § 104 Abs. 1 S. 3 InsO-E

#### 3.2. Erstreckung auf Warentermingeschäfte, § 104 Abs. 3 InsO-E

#### 3.3. Einbeziehung gemischter Verträge, § 104 Abs. 3 S. 2 InsO-E

#### 3.4. Zulässigkeit vertraglicher Regelungen, § 104 Abs. 4 InsO-E

### 4. Fazit

#### 4.1. Zusammenfassung

#### 4.2. Gesprächsangebot

## 1. Einleitung

### 1.1. BGA

Der Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V. (BGA) ist die Spitzenorganisation des Groß- und Außenhandels sowie der unternehmensnahen Dienstleistungen. Ihm gehören 69 Bundesfachverbände sowie Landes- und Regionalverbände an.

Der BGA vertritt die Interessen von 120.000 Handels- und Dienstleistungsunternehmen in Deutschland mit 1,9 Millionen Beschäftigten und 60.000 Auszubildenden. Der Groß- und Außenhandel ist der drittgrößte Arbeitgeber in Deutschland. Mit einem Jahresumsatz von etwa 1,2 Billionen Euro ist er am Umsatz gemessen der zweitgrößte Wirtschaftszweig in Deutschland.

### 1.2. Betroffenheit

In einzelnen Branchen der Großhandelsstufe werden Vereinbarungen wie Rahmenverträgen, die Einzelabschlüsse etwa für Einkauf und Verkauf von Waren und Rohstoffen erleichtern, bei Warentermingeschäften genutzt. Diese Rahmenverträge regeln einmalig alle wesentlichen Vertragsbeziehungen

# NEUFASSUNG DES § 104 INSOLVENZORDNUNG



zwischen den Geschäftspartnern, damit bei jedem Einzelabschluss nur noch Menge, Preis, Qualität, Lieferort und Lieferzeit bzw. Lieferzeitraum vereinbart werden müssen. Die Muster für diese Vereinbarungen werden von den Marktteilnehmern gemeinsam über die jeweiligen Branchenorganisationen entwickelt. Sie bilden die marktüblichen Mechanismen für Abwicklung und das Risikomanagement des Handels mit Waren und Rohstoffen ab.

In Rahmenverträgen werden dabei auch Klauseln für das Liquidationsnetting vereinbart, die das Insolvenzrisiko der Parteien auf den (Netto)-Betrag reduzieren, der sich aus der Verrechnung der positiven und negativen Marktwerte der in den Rahmenvertrag einbezogenen Einzelgeschäfte ergibt. Dies wird dadurch erreicht, dass die in einen Rahmenvertrag einbezogenen Geschäfte beim Eintritt vordefinierter Ereignisse beendet und bloße Nichterfüllungsforderungen begründet werden, die zu einem Gesamtsaldo verrechnet werden.

## **1.3. Position in Kürze**

---

Der BGA unterstützt den mit Schreiben vom 26. Juli 2016 übersandten Vorschlag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für eine Änderung des § 104 Insolvenzordnung (InsO). Durch eine Neufassung des § 104 InsO werden die rechtlichen Grundlagen für das vertragliche Liquidationsnetting klargestellt und präzisiert und entstandene Rechtsunsicherheiten beseitigt. Wir begrüßen insbesondere die ausdrückliche gesetzliche Regelung, dass Rahmenverträge mit Liquidationsnetting-Klauseln auch auf Warentermingeschäfte Anwendung finden und vertragliche Abweichungen von den gesetzlichen Lösungsmechanismen zugelassen werden.

## **2. Entwicklung der Rechtslage**

### **2.1. BGA-Aktivitäten**

---

Der BGA hat sich seit längerem dafür ausgesprochen, die Vorschrift des § 104 InsO um eine Regelung zur sachgerechten Ausgestaltung der Wirksamkeit von insolvenzbedingten Lösungsklauseln in Rahmenverträgen inklusive der Verrechnung von Einzelgeschäften (Liquidationsnetting bzw. Close-out Netting) zu ergänzen, um mehr Klarheit und Rechtssicherheit für Großhandelsunternehmen zu schaffen, die als Vertragsgegner in Warentermingeschäften besonderen Marktpreisrisiken ausgesetzt sind und des Schutzes des § 104 InsO bedürfen.

Unter anderem haben wir auf den gesetzgeberischen Handlungsbedarf in unserer Stellungnahme vom 8. Juni 2015 zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz sowie in einem gemeinsam mit weiteren Verbänden unterzeichneten Schreiben an den Parlamentarischen Staatssekretär beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Dr. Stefan Lange vom 13. Juli 2016 hingewiesen.

## 2.2. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

---

Der gesetzgeberische Handlungsbedarf war bereits im Zusammenhang mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15. November 2012 (BGH IX ZR 169/11) zur Wirksamkeit insolvenzrechtlicher Lösungsklauseln deutlich geworden, welche die für die Unternehmen bestehenden Unsicherheiten wegen der unklaren Regelungen in der Insolvenzordnung aufzeigt. Zwar erkennt § 104 InsO Rahmenverträge bei Geschäften über Finanzleistungen ausdrücklich an, Unsicherheiten bestehen jedoch im Hinblick auf die Reichweite des Begriffs der Finanzleistungen und die Anwendbarkeit der Regelung des § 104 Abs. 2 S. 3 InsO auf den Warenhandel.

Mit dem BGH-Urteil vom 9. Juni 2016 (IX ZR 314/14) zu Aufrechnungsvereinbarungen in Rahmenverträgen für Finanztermingeschäften ist der Handlungsbedarf noch drängender geworden. In seiner Entscheidung hat der BGH die bisherige Praxis bei Finanztermingeschäften, nach der im Fall der Insolvenz eines Vertragspartner alle Verträge automatisch als beendet gelten und alle laufenden Geschäfte verrechnet werden, grundsätzlich in Frage gestellt. Insbesondere hat das Gericht entschieden, dass das in § 104 InsO geregelte Ausgleichsregime im Insolvenzfall gegenüber dem Rahmenvertrag vorrangig sei. Demnach sei eine Vereinbarung unwirksam, soweit die darin vorgesehene Berechnungsmethode für den Ausgleichsanspruch im Insolvenzfall von § 104 Abs. 2 und 3 InsO abweicht.

Unklar bleibt nach dem Urteil zudem, ob die in den Rahmenverträgen in aller Regel vereinbarte Anknüpfung der Vertragsbeendigung an Tatbestände, die wie der Eintritt von Eröffnungsgründen vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens liege, zulässig ist.

## 2.3. Regelungsvorschlag

---

Mit dem vorliegenden Regelungsvorschlag soll auf die große Verunsicherung am Finanzmarkt infolge der jüngsten BGH-Entscheidung reagiert werden.

Es soll sichergestellt werden, dass die auf den deutschen, europäischen und internationalen Finanzmärkten üblichen Liquidationsnetting-Klauseln in Rahmenvereinbarungen im Einklang mit den an sie gestellten aufsichtsrechtlichen Anforderungen weiterhin in insolvenzfester Weise vereinbart werden können.

Der bisherige Beispielskatalog für Finanzdienstleistungen wird auf den Finanzinstrumentebegriff der neu gefassten Finanzmarkttrichtlinie 2014/765/EU (MiFID II) ausgerichtet und vereinfacht. Zudem wird im Rahmen einer Neuordnung des § 104 InsO der Anwendungsbereich der Rahmenvertragsregelung klar festgelegt mit der Folge, dass Warendermingeschäfte und Geschäfte für Finanzdienstleistungen insolvenzrechtlich gleichgestellt sind. Auch die neue Rahmenvertragsregelung erstreckt sich ausdrücklich auf Warendermingeschäfte.

Von der Neuordnung betroffen sind bestimmte Großhandelsbranchen betroffen, etwa der Rohstoffhandel und der Energiegroßhandel, wo Liquidationsnetting-Klauseln von besonderer Bedeutung sind.

## 3. Bewertung der Änderungsvorschläge

Der BGA hält die vorgeschlagenen Änderungen für geeignet, die erforderliche Rechts- und Planungssicherheit für Unternehmen herzustellen, die in ihren Warendermingeschäften besonderen Marktpreisrisiken ausgesetzt sind. Nunmehr wird ausdrücklich klargestellt, dass die Unternehmen den insolvenzrechtlichen Schutz des § 104 InsO genießen.

Auf folgende Änderungsvorschläge möchten wir näher eingehen:

### 3.1. Offener Katalog der Finanzleistungen, § 104 Abs. 1 S. 3 InsO-E

---

Mit seiner Ausrichtung auf den Finanzinstrumentebegriff im Sinne der neugefassten Finanzmarktrichtlinie 2014/65/EU (MiFID II) wird der Beispielskatalog für Finanzleistungen des § 104 Abs. 2 S. 2 InsO auf den aktuellen Stand der Finanzmarktregulierung gebracht und vereinfacht (§ 104 Abs. 1 S. 3 InsO-E).

Mit § 104 Abs. 1 Ziffer 3 InsO-E erfasst der Begriff der Finanzleistungen ausdrücklich Optionen und andere Rechte auf Lieferungen aus Warendermingeschäften nach § 104 Abs. 1 S. 1 InsO-E. Für Warendermingeschäfte, die vom Finanzinstrumentebegriff der neugefassten Finanzmarktrichtlinie 2014/65/EU erfasst werden, erfolgt damit eine wichtige gesetzliche Klarstellung. Besonders begrüßen wir, dass darüber hinaus auch Warendermingeschäfte, die dem Finanzinstrumentebegriff nicht unterfallen, als Finanzleistungen gelten. Zur Begründung wird zutreffend auf die Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners bei Warendermingeschäften hingewiesen, der Marktpreisrisiken ausgesetzt wird, vor denen § 104 InsO ihn schützen soll. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen aufgrund von regulatorischen Vorgaben außerhalb des Wertpapierhandelsrechts der Warenmarkt Gewähr für eine integrale und transparente Preisbildung bietet. Dies ist insbesondere auf den Märkten des Großhandels mit Metallen, landwirtschaftlichen Erzeugnissen sowie Energiegroßhandelsprodukten wie Strom und Gas der Fall.

Zudem ist positiv zu bewerten, dass die Aufzählung der Finanzinstrumente weiterhin nicht abschließend ist und der Begriff der Finanzleistungen für künftige Entwicklungen auf den Finanzmärkte offen gehalten wird.

### 3.2. Erstreckung auf Warendermingeschäfte, § 104 Abs. 3 InsO-E

---

Die ausdrückliche Anerkennung von vertraglichen Regelungen zum Liquidationsnetting (Close-out Netting) auch für Rahmenverträge über Waren und Optionen auf diese ist für die Realwirtschaft und Teile des Großhandels von zentraler Bedeutung. Die Klarstellung, dass Warendermingeschäfte und Geschäfte über Finanzleistungen insolvenzrechtlich als ebenbürtig angesehen werden, ist zur Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit der Großhandels- und Finanzmärkte in Deutschland unverzichtbar.

### 3.3. Einbeziehung gemischter Verträge, § 104 Abs. 3 S. 2 InsO-E

---

Die Wirksamkeit des Liquidations-Netting auch bei gemischten Verträgen ist in der Praxis sehr hilfreich. Danach ist es möglich, andere Geschäfts als solche nach § 104 Abs. 1 InsO-E in den Rahmenvertrag einzubeziehen, ohne

# NEUFASSUNG DES § 104 INSOLVENZORDNUNG

dass für diese Geschäfte die Fiktionswirkung des § 104 Abs. 3 S. 1 InsO-E eintritt oder sie für die übrigen einbezogenen Geschäfte entfällt.

## **3.4. Zulässigkeit vertraglicher Regelungen, § 104 Abs. 4 InsO-E**

---

Äußerst positiv zu bewerten ist, dass § 104 Abs. 4 InsO-E ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, bei Verträgen, bei denen der Insolvenzverwalter keine Erfüllung verlangen kann, die Forderung wegen Nichterfüllung auf Basis der vertraglichen Regeln zum Liquidationsnetting zu berechnen. Voraussetzung ist, dass die vertragliche Regelung mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen, von der abgewichen wird, vereinbar ist. So ist es insbesondere möglich, einen vor der Verfahrenseröffnung liegenden Beendungszeitpunkt (z.B. materieller Insolvenzgrund oder Insolvenzantrag) zu bestimmen.

Richtig wird dazu in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass § 104 InsO in erster Linie nicht die Insolvenzmasse schützt, sondern die Fähigkeit der Parteien, Marktrisiken zu steuern. Daher kann es den Parteien überlassen bleiben, zweckentsprechende Vereinbarungen privatautonom zu treffen, um für ein gleichermaßen praktikables wie rechtssicheres Verfahren zur Durchführung des Lösungsmechanismus zu sorgen. Hierzu gehört die in der Praxis bedeutsame vertragliche Regelung von Einzelheiten zur Beendigung der Geschäfte, zur Ermittlung der Nichterfüllungsforderungen und zur Verrechnung durch die Parteien.

## **4. Fazit**

### **4.1. Zusammenfassung**

---

Der BGA unterstützt den Vorschlag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für eine Neufassung des § 104 InsO. Die Regelungen tragen dazu bei, die notwendige insolvenzrechtliche Rechts- und Planungssicherheit für Unternehmen des Großhandels herzustellen, die als Vertragsgegner in Warentermingeschäften besonderen Marktpreisrisiken ausgesetzt sind. Dies gilt insbesondere für Unternehmen des Energie- und Rohstoffgroßhandels.

Wir möchten in diesem Zusammenhang außerdem auf den weiterhin dringenden Handlungsbedarf zu gesetzlichen Korrektur der Vorschriften zur Vorsatzanfechtung hinweisen. Der hierzu von der Bundesregierung vorgelegte Gesetzentwurf ist in seinen wesentlichen Punkten geeignet, die bestehenden Fehlentwicklungen in der Praxis der Insolvenzanfechtung wirksam zu korrigieren. Das Gesetzgebungsverfahren sollte dringend zum Abschluss gebracht werden. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung eignet sich sehr gut als Trägergesetz für die geplanten Änderungen des § 104 InsO.

### **4.2. Gesprächsangebot**

---

Der BGA bittet um Beachtung der Bedeutung der vorgeschlagenen Änderungen für den Groß- und Außenhandel. Zur Erörterung des Sachverhalts, rechtlicher und wirtschaftlicher Fragestellungen stehen wir sehr gern zur Verfügung.