

Stellungnahme der
Deutsche Börse Group
zu dem
Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 InsO vom 26. Juli 2016

12. August 2016

Einleitung

Am 26. Juli 2016 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Entwurf eines Änderungsvorschlags zur Neufassung des § 104 der Insolvenzordnung (InsO) vorgelegt. Die Deutsche Börse Group – zu der unter anderem die Clearinghäuser Eurex Clearing AG (ECAG) sowie European Commodity Clearing AG (ECC) gehören – bedankt sich für die Gelegenheit, Stellung zu den Regelungen des Änderungsvorschlags nehmen zu können.

Wir erachten den vorgelegten Entwurf der Neufassung des § 104 InsO insgesamt als sachgerecht und geeignet, negative Auswirkungen und Rechtsunsicherheiten zu beseitigen, die aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 2016 (IX ZR 314/14) folgen. Wir begrüßen daher das Gesetzesvorhaben zur Neufassung des § 104 InsO und unterstützen ausdrücklich eine schnelle Gesetzesinitiative für eine entsprechende Anpassung, um den Status wiederherzustellen, der vor dem Urteil bestand.

Durch die vorgeschlagene Neufassung werden unmittelbare negative Auswirkungen vermieden, die andernfalls mit dem Urteil für die von der Deutsche Börse Group betriebenen Handelsplätze und Clearinghäuser (ECAG und ECC) und deren in der gesamten Europäischen Union angesiedelten Mitglieder sowie deren Kunden verbunden wären. Gleichmaßen wird ein für den Finanzplatz Deutschland zu erwartender Reputationsverlust vermieden. Dies kommt neben der deutschen Finanzwirtschaft auch gleichermaßen europäischen Kreditinstituten und Clearinghäusern, die von der Unwirksamkeit der Nettingvereinbarungen und den potentiellen Folgen betroffen sein können, entgegen, und nicht zuletzt auch der Realwirtschaft.

Dabei halten wir die folgenden Regelungen in dem Änderungsvorschlag zur Neufassung des § 104 InsO-E für besonders wichtig:

1. Wichtig und sinnvoll ist nach unserer Einschätzung die Überarbeitung des Katalogs der Finanzleistungen wie sie in §104 Absatz 1 Satz 3 InsO-E vorgesehen ist. In der Vergangenheit bestand bei einzelnen Geschäftstypen Unklarheit darüber, ob sie in den Anwendungsbereich des § 104 Absatz 2 InsO fallen oder nicht. Durch die Bezugnahme auf die Definition des Begriffs Finanzinstrumente in der Richtlinie 2014/65/EU (MIFID II) im Katalog des § 104 Absatz 1 Satz 3 Nr. 2 InsO-E werden viele dieser Unklarheiten beseitigt. Weitere aus unserer Sicht begrüßenswerte Klarstellungen für den Katalog der Finanzleistungen haben wir unten aufgeführt. Sehr positiv ist in diesem Zusammenhang zudem die Klarstellung in § 104 Absatz 3 Satz 2 InsO-E, dass die Wirkung des Rahmenvertrags nicht beeinträchtigt wird, wenn auch andere Geschäfte als Finanzleistungen in den Rahmenvertrag einbezogen sind.
2. Als weitere für die Praxis sehr wichtige Anpassung begrüßen wir die in § 104 Absatz 2 InsO-E vorgesehene Möglichkeit einer konkreten Berechnung der Ausgleichsforderung auf Basis von Ersatzgeschäften sowie eine alternative Berechnung für den Fall, dass für bestimmte Geschäfte und Rückgewähransprüche für Finanzsicherheiten kein aktueller Markt- oder Börsenpreis vorhanden ist.
3. Als sehr relevant erachten wir auch die ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit, in vertraglichen Vereinbarungen von § 104 InsO-E abzuweichen (§ 104 Absatz 4 InsO-E). Die Aufzählung der zwei Regelbeispiele, welche beide für die Praxis besonders relevant sind, gibt dabei zusätzliche Rechtssicherheit.

Änderungsvorschläge

Im Detail sind aus unserer Sicht daher lediglich in einzelnen Punkten weitere Anpassungen bzw. Klarstellungen geboten, um mögliche Zweifel über die Anwendung von § 104 InsO von vornherein

auszuräumen. Die Ausräumung von Zweifeln ist insbesondere geboten, da der Bundesgerichtshof in seinem Urteil bei Zweifelsfragen eine restriktive, enge Auslegung zugrunde gelegt hat und dies daher auch bei künftigen Entscheidungen zu erwarten ist. Zweifelsfragen, die heute bereits absehbar sind, sollten daher von vornherein gesetzlich geklärt werden. Dies gilt umso mehr, da ein Verstoß gegen § 104 InsO mit massiven negativen Folgen für die Betroffenen verbunden ist.

1. Der Katalog der Finanzleistungen in Absatz 1 Satz 3 Nr. 2 InsO-E sollte Wertpapierpensionsgeschäft sowie Wertpapierleihegeschäfte ausdrücklich aufzählen, um sicherzustellen, dass diese Geschäfte in den Anwendungsbereich des § 104 InsO-E fallen. Die Wirksamkeit vertraglicher Nettingvereinbarungen ist für diese Produkte in der Praxis und aufsichtsrechtlichen Bewertung von enormer Wichtigkeit. Ebenso sollte sichergestellt werden, dass Warensportgeschäfte, wie sie etwa in Form von Strom- und Gasgeschäften sowie Geschäften über Herkunftsnachweise und Emissionsberechtigungen von der ECC gecleart werden, in einen Rahmenvertrag einbezogen werden können, für den dann insgesamt die Wirkung von § 104 Absatz 3 Satz 1 InsO-E gilt. Um dies zu erreichen, sollte § 104 Absatz 1 InsO-E sämtliche Geschäfte erfassen, die an von einer zentralen Gegenpartei gecleart werden. Alternativ sollten von einer zentralen Gegenpartei geclearte Geschäfte zumindest in einen sogenannten gemischten Rahmenvertrag einbezogen werden können, für den dann insgesamt die Wirkung des § 104 Absatz 3 Satz 1 InsO-E gilt. Dies stünde auch im Einklang mit dem bisherigem Verständnis des § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO, wonach sogar eine einheitliche Abwicklung aller in einem gemischten Rahmenvertrag zusammengefassten Verträge als zulässig erachtet wurde (so auch vertreten im Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesverbandes deutscher Banken e.V. zur Wirksamkeit der Nettingvereinbarung im Deutschen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte).
2. Art. 102b EGIInsO enthält eine Privilegierung für bestimmte Maßnahmen nach Artikel 48 EMIR und schließt insoweit die Anwendung etwaiger entgegenstehender Bestimmungen der InsO, einschließlich etwaiger entgegenstehender Bestimmungen des § 104 InsO-E, aus. Hierdurch wird es zentralen Gegenparteien unter anderem ermöglicht, zunächst zu versuchen das Kundengeschäft eines insolventen Clearingmitglieds auf ein anderes Clearingmitglied zu übertragen (sog. Porting gemäß Art. 48 Absätze 5 und 6 EMIR), bevor andere Maßnahmen, wie Netting zur Anwendung kommen. Mit § 104 Absatz 3 Satz 3 InsO-E wird nun eine spezifische Regelung in Bezug auf zentrale Gegenparteien in die Insolvenzordnung eingeführt. Um den Eindruck von Widersprüchen zwischen Art. 102b EGIInsO und der neuen Regelung in § 104 Absatz 3 Satz 3 InsO-E zu vermeiden, wird eine Klarstellung notwendig, die unseres Erachtens durch eine Ergänzung des Art. 102b EGIInsO erfolgen sollte. Alternativ wäre eine solche Klarstellung auch im Rahmen der Gesetzesbegründung möglich und sollte dann folgendes beinhalten: § 104 Absatz 3 Satz 3 InsO-E bestimmt ausdrücklich, dass die Regelwerke einer zentralen Gegenpartei Rahmenverträgen gleichstehen. Dies ermöglicht vertragliches Liquidationsnetting insbesondere bei Ausfall einer zentralen Gegenpartei. Vertragliches Liquidationsnetting wird auch in der Insolvenz eines Clearingmitglieds sowohl zwischen der zentralen Gegenpartei und dem Clearingmitglied wie auch zwischen dem Clearingmitglied und seinem Kunden gewährleistet. Auf die beiden letztgenannten Verhältnisse soll § 104 InsO-E weiterhin nur insoweit Anwendung finden, wie dies durch Art. 102b EGIInsO nicht ausgeschlossen ist.
3. Vertragliche Nettingvereinbarungen sehen in der Regel vor, dass eine von beiden Parteien (meist die solvente Partei) oder teilweise auch eine dritte Person die Ausgleichsforderung bestimmt. § 104 InsO-E regelt nicht durch wen und wann die Forderung wegen Nichterfüllung bestimmt wird. Die Parteien können dies im Rahmen einer vertraglichen Nettingvereinbarungen also frei regeln, ohne von wesentlichen Grundgedanken des § 104 InsO-E abzuweichen.

Klarstellend sollte § 104 InsO-E vorsehen, dass die Feststellung der Forderung wegen Nichterfüllung unverzüglich nach dem für die Bewertung der Geschäfte maßgeblichen Zeitpunkt bzw. Zeitraum zu erfolgen hat. Dies ist wichtig, damit die Fälligkeit der Forderung nicht durch eine der Parteien hinausgezögert werden kann, bzw. andernfalls Verzugszinsen gefordert werden können, sollte die Feststellung nicht unverzüglich erfolgen.

Schlussbemerkung

Wir hoffen, dass unsere Anmerkungen Eingang in den weiteren Gesetzgebungsprozess finden und stehen gerne für Rückfragen und ergänzende Diskussionen zur Verfügung.