

Deutsches Aktieninstitut



Verband Deutscher
Metallhändler e. V.



bdew

Bundesverband der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.



13.08.2014

Sehr geehrte Damen und Herren,

Das **Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15.11.2012** zur Wirksamkeit insolvenzrechtlicher Lösungsklauseln (BGH IX ZR 169/11) hat das internationale Handelsgeschäft und die Rohstoffbeschaffung für die deutsche Realwirtschaft stark beeinträchtigt. Der BGH hat – ungewollt – eine rechtliche Unsicherheit unter den Marktteilnehmern angestoßen, ob die aktuelle Insolvenzordnung vor dem Hintergrund des BGH-Urteils die Vertragskündigung bei Insolvenz der Vertragspartei noch zulässt. Negativ betroffen hiervon ist unmittelbar das Risikomanagement bei der Nutzung von Rahmenverträgen. Diese Rahmenverträge werden vor allem auf der Großhandelsstufe genutzt, zum Beispiel zwischen Erzeugern, Weiterverteilern, großen Industriekunden oder Händlern, um Einzelabschlüsse für Bezug und Verkauf von Rohstoffen zu erleichtern.

Ein wichtiger Teil der vertraglichen Regelungen zielt darauf ab, das Kreditrisiko zu minimieren, d.h. die Gefahr von Verlusten aus offenen Forderungen durch Bonitätsverschlechterungen bis hin zur Insolvenz des Vertragspartners. Daher werden möglichst alle Einzeltransaktionen gebündelt. Durch Saldierung der Marktwerte aller Einzelabschlüsse der noch ausstehenden Forderungen und Verbindlichkeiten kann jederzeit das Rest-Erfüllungsrisiko berechnet werden. Idealerweise ist bei

Vorliegen eines Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens eines Geschäftspartners nur der saldierte Betrag zu zahlen (Close-Out-Netting).

Voraussetzung für die Anwendung des Close-Out-Netting ist aber die insolvenzrechtliche Anerkennung des Rechts zur außerordentlichen und zur automatischen Kündigung im Insolvenzfall des Geschäftspartners. Allerdings ist diese Möglichkeit im deutschen Insolvenzrecht nicht ausreichend klargelegt. Wesentlicher Anlass für die jüngsten Unsicherheiten in Bezug auf in Deutschland ansässige Unternehmen sind unklare Regelungen in der Insolvenzordnung, die bei der Bewertung der Auswirkungen des BGH-Urteils vom 15.11.2012 erneut zu Tage getreten sind. Die Insolvenzordnung erkennt einerseits Rahmenverträge im Sinne eines einheitlichen gegenseitigen Vertrages bzgl. Finanzleistungen eindeutig an, aber nicht ausdrücklich für Waren. Zudem gibt sie den Parteien nicht eindeutig die Möglichkeit, bei Verträgen, bei denen der Insolvenzverwalter keine Erfüllung verlangen kann (§ 104 InsO), die Forderung wegen Nichterfüllung auf Basis der vertraglichen Close-Out-Netting-Regeln zu berechnen.

Wenn aber im Falle einer Wirksamkeit einer Vertragskündigung alle Einzeltransaktionen für den Schadensausgleich separat betrachtet werden müssten, führt dies zu ungewollten Nachteilen: Einerseits müsste die nicht-insolvente Partei alle Verbindlichkeiten aus den Einzeltransaktionen erfüllen, andererseits erhielte sie für ihre Forderungen aus den Einzeltransaktionen nur den Ausgleich in Höhe der Insolvenzquote.

In Anbetracht dieser Rechtsunsicherheiten drohen deutschen Marktteilnehmern erhebliche **Wettbewerbsnachteile in Form eingeschränkter Handelsmöglichkeiten**. Selbst bei bloßen Unsicherheiten über die Wirksamkeit des Close-Out-Netting unterstellen insbesondere ausländische Geschäftspartner, die mit der deutschen Insolvenzordnung weniger vertraut sind, eine Bruttobewertung. Dabei gehen die Marktteilnehmer davon aus, dass die Einzeltransaktionen unter dem Rahmenvertrag – entgegen der Absicht der Parteien – nicht einheitlich beendet werden können. Folge ist, dass jede Transaktion einzeln abzusichern ist, was das rechnerische Ausfallrisiko erheblich vergrößert und die Anforderungen an die Besicherung (bspw. in Form von Barmitteln oder Bankbürgschaften) deutlich erhöht.

Der **erhöhte Besicherungsbedarf** bei der Brutto-Betrachtungsweise verursacht zusätzliche Kosten und entzieht dem Unternehmen und gegebenenfalls auch dem Sicherheitengeber Liquidität, die bei einer Netto-Betrachtung für operative Investitionen in Wachstum und Beschäftigung zur Verfügung stünde. Grundsätzlich könnte die Bereitschaft ausländischer Firmen sinken, mit deutschen Unternehmen in Vertragsbeziehungen im Großhandelsmarkt zu treten. Bei gleichem Geschäftsumfang besteht bei größeren Unternehmen ein größeres Kreditrisiko als bei Vertragspartnern aus Rechtsräumen, in denen Close-out-Netting unbestritten möglich ist.

Nach der 2012 erlassenen **EU-Verordnung EMIR** (Verordnung über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister) ist grundsätzlich eine Besicherung von Handelsgeschäften über einen täglichen Austausch in Geld vorgesehen. Müsste die Besicherung bei deutschen Unternehmen auf Basis der Brutto-Position erfolgen, wären die Handelsgeschäfte für deutsche Unternehmen unverhältnismäßig verteuert. EMIR erkennt auch ausdrücklich Close-Out-Vereinbarungen als Mittel der Risikominderung an. Dieser ganzheitlichen Betrachtung von Handelsbeziehungen sollte das deutsche Insolvenzrecht folgen.

Schließlich ist es auch **gesamtwirtschaftlich** nicht von Interesse, dass dem insolventen Unternehmen ermöglicht werden sollte, in einer Rahmenvertragsbeziehung über die Lieferung von Waren aus der Einzelgeschäftsbetrachtung Vorteile zu ziehen.

Damit der Wirtschaftsstandort Deutschland attraktiv bleibt, muss die „**Netting-Freundlichkeit**“ des deutschen Rechts sichergestellt werden. Die Aufnahme einer ausdrücklichen Anerkennung von Rahmenverträgen über Waren inklusive Verrechnungsmöglichkeit in die Insolvenzordnung in § 104 Absatz 2 ist daher zur Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit der Großhandelsmärkte in Deutschland dringend notwendig.

Wir würden uns sehr freuen, wenn Sie sich für eine diesbezügliche Gesetzesklarstellung einsetzen. Es besteht jetzt die Möglichkeit, das Thema im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu Konzerninsolvenzen mitzuberaten und zu verabschieden. Sehr gerne stehen wir Ihnen für Rückfragen (Barbara Lempp, Email: b.lempp@efet.org, Telefon: 030 2655 7824) zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Ralf Schmitz, Hauptgeschäftsführer VDM Verband Deutscher Metallhändler



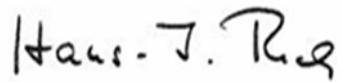
Martin Kneer, Hauptgeschäftsführer WVM Wirtschaftsvereinigung Metalle



Nikolai Malanowski, Geschäftsführer WGM Wirtschaftsverband Großhandel Metallhalbzeug e.V.



Gerhard Handke, Hauptgeschäftsführer BGA Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e.V.



Hans-Joachim Reck, Hauptgeschäftsführer VKU Verband kommunaler Unternehmen e.V.



Dr. Franz-Josef Leven, stellvertretender Geschäftsführer, Deutsches Aktieninstitut e.V.



Dr. Klaus Picard, Hauptgeschäftsführer, MWV Mineralölwirtschaftsverband e. V.



Hans Hermann Nacke, Geschäftsführer, VCI Verband der Chemischen Industrie e.V.



Martin Weyand, Mitglied der Hauptgeschäftsführung und Hauptgeschäftsführer Wasser und Abwasser, BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.



Barbara Lempp, Geschäftsführerin EFET Verband der Deutschen Energiehändler e.V.