

**Berlin, 12.06.2015**

---

## **Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 16. März 2015**

---

EFET Deutschland bedankt sich für die Möglichkeit, zum Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz“ vom 16. März 2015 Stellung nehmen zu können.

EFET Deutschland begrüßt den Referentenentwurf als einen Schritt in die richtige Richtung, um übermäßige Belastungen und unkalkulierbare Risiken im unternehmerischen Geschäfts- und Zahlungsverkehr zu reduzieren, die sich aus den Rechtsunsicherheiten der derzeitigen insolvenzrechtlichen Anfechtungspraxis ergeben.

### **A. Detailanmerkungen zur Reformierung des Anfechtungsrechts**

Grundsätzlich sollte die Vorsatzanfechtung dahingehend geschärft werden, dass nur noch diejenigen Fälle der Anfechtung über einen mehrjährigen Zeitraum unterliegen, in denen es einem Schuldner nicht auf die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten, sondern vielmehr auf die Vereitelung der Ansprüche anderer Gläubiger bzw. die Bevorzugung einzelner Gläubiger ankommt. In der Anfechtungspraxis ist wieder die Balance dahingehend herzustellen, dass die Anfechtung nach §§ 130, 131 InsO der Regelfall ist und die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO die Ausnahme für offensichtliche Missbrauchsfälle darstellt.

Inwieweit die im Referentenentwurf vorgesehene Konkretisierung der Gläubigerbenachteiligung auf eine „unangemessene Benachteiligung“ ausreicht, um die Nachjustierung des Insolvenzanfechtungsrechtes zu erreichen, erscheint zumindest fraglich. Nach unserer Auffassung

wäre es zielführender, sämtliche Bargeschäfte im Sinne des § 142 InsO von der Vorsatzanfechtung auszunehmen, da regelmäßig eine gleichwertige Gegenleistung in das Schuldnervermögen gelangt ist und damit eine Gläubigerbenachteiligung von vornherein ausscheidet.

Der Beginn der Verzugszinsen sollte an die Rechtshängigkeit des Rückgewähranspruches knüpfen, um dem Insolvenzverwalter keine Anreize zu bieten, die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen hinauszuzögern.

Die Übergangsregelungen sollten auch laufende Verfahren erfassen, da die von Anfechtungsansprüchen betroffenen Gläubiger in laufenden Verfahren gleichermaßen vor unzumutbaren und unkalkulierbaren Anfechtungsrisiken zu schützen sind wie diejenigen Gläubiger in zukünftigen Insolvenzverfahren.

Im Referentenentwurf unberücksichtigt geblieben sind die erheblichen und nicht beeinflussbaren Anfechtungsrisiken aus sogenannten Drittanfechtungen nach § 134 InsO, die sich bei Konzerninsolvenzen ergeben können. Am Beispiel des TelDaFax-Insolvenzverfahrens wird deutlich, dass die vom BGH entwickelten Grundsätze zur „schenkungsgleichen Anfechtung“ auf Abrechnungsvorgänge zwischen verbundenen Unternehmen nicht ohne weiteres übertragbar sind, weil sie dort zu unbilligen Ergebnissen führen. Wir plädieren deshalb dafür, § 134 InsO dahingehend einzuschränken, dass die Begleichung einer Schuld eines verbundenen Unternehmens nach §§ 15 ff. AktG von der Schenkungsanfechtung auszunehmen ist, sofern der Geschäftszweck des Leistenden darin bestand, für andere verbundene Unternehmen abzurechnen bzw. den Zahlungsverkehr zu übernehmen.

## **B. Close-Out Netting als weiterer Kernpunkt**

Wesentlicher Bestandteil einer sachgerechten Ausgestaltung und Anwendung des Insolvenzrechts, die derzeit im Referentenentwurf noch fehlt, ist aus unserer Sicht zudem, die Wirksamkeit von insolvenzbedingten Lösungsklauseln in Rahmenverträgen inklusive Verrechnung von Einzelgeschäften (**Close-out Netting**) in § 104 InsO klarzustellen.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15.11.2012 zur Wirksamkeit der insolvenzrechtlichen Lösungsklausel eines Stromlieferungsvertrags (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 Kündigung von Rahmenverträgen im Rohstoffhandel bei Insolvenz der Vertragspartei noch zulässt. 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 und das sich aus der Gesamtzahl der Einzelabschlüsse ergebende Risiko zu managen.

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.

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 klargestellt. Wesentlicher Anlass für die jüngsten Unsicherheiten in Bezug auf in Deutschland ansässigen 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 für die nicht-insolvente Partei: Einerseits müsste sie alle Verbindlichkeiten aus den Einzeltransaktionen voll erfüllen, andererseits erhielte sie für ihre Forderungen aus den Einzeltransaktionen nur den teilweisen Ausgleich in Höhe der Insolvenzquote. Wirtschaftlich angemessen und risikomindernd wäre eine saldierte Betrachtung aller unter einem Rahmenvertrag mit einheitlicher Beendigungsmöglichkeit geschlossenen Einzelgeschäfte, was nicht nur für Finanzleistungen gilt (für diese siehe Beschlussempfehlung Rechtsausschuss BT Drs. 12/7302 S. 168).

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 Unternehmen ein größeres Kreditrisiko als bei Vertragsparteien 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.

## **C. Klarstellung für Energiegroßhandelsprodukte i.S.d. REMIT und Emissionsberechtigungen**

### ***1. REMIT als abgrenzender Anwendungsbereich für Close-Out Netting***

Close-Out-Netting sollte jedenfalls da möglich sein, wo Energiegroßhandelsprodukte i.S.d. Verordnung (EU) 1227/2011 vom 25. Oktober 2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts (**REMIT**) und Emissionszertifikate innerhalb von Rahmenverträgen gehandelt werden. Der Handel erfolgt zum Zweck der Daseinsvorsorge und ist Gegenstand einer strengen Marktüberwachung auf Basis der genannten Verordnung und weiterer europäischer und

nationaler Vorschriften. Er wird im Falle der Energiegroßhandelsprodukte zukünftig außerdem durch mehrere zum Teil eigens dafür geschaffene Institutionen (Markttransparenzstelle) überwacht.

Bei einem Verweis auf Energiegroßhandelsprodukte gemäß der REMIT ist es sachgerecht auf den Produktinhalt abzustellen, also: Versorgung mit Strom oder Gas, deren Transport sowie diese Leistungen betreffende Derivate. Die Beschränkung auf in der EU erfüllte Verträge ist dagegen für die Netting-Fähigkeit nicht sachgerecht. Für den Energiegroßhandel würde sich aufgrund des beträchtlichen Handelsvolumens mit dem Nicht-EU-Ausland (vor allem Schweiz, Norwegen, Balkan, Türkei und viele weitere Drittstaaten vor allem bei der Belieferung mit LNG) ansonsten eine erhebliche Regelungslücke bei der Risikoabsicherung ergeben.

Die Möglichkeit des Close-out-Netting sollte auch für die Lieferung kleinerer Energiemengen bestehen, um eine möglichst preisgünstige Energieversorgung für Endkunden zu gewährleisten. Die REMIT sieht für Energielieferungen an kleinere Letztverbraucher allerdings eine Ausnahme vom Geltungsbereich vor. Energiegroßhändler sind auf eine eindeutige Anerkennung des Close-out-Netting angewiesen, da ansonsten insbesondere ausländische Marktteilnehmer ihr Handelsvolumen ihnen gegenüber reduzieren bzw. in verstärktem Maß höhere Besicherung von deutschen Marktteilnehmern fordern werden.

Aus diesem Grund schlagen wir eine entsprechende Regelung im vorliegenden Referentenentwurf vor, um die bereits bestehende erhebliche Unsicherheit auf den Energiegroßhandelsmärkten so rasch wie möglich zu beseitigen.

## **2. Das Markttransparenzstellengesetz als Schwellenwert-Grundlage**

Mit Blick auf den Schwellenwert für Energielieferungen an kleinere Letztverbraucher erscheint es insgesamt sinnvoll, in Abweichung zur REMIT auf einen Schwellenwert von 10 MW abzustellen, den § 47g GWB für unterschiedliche Kontrollrechte der Behörden und für Pflichten der Unternehmen zu Grunde legt. Deutschland hat neben der EU-Verordnung REMIT mit dem Markttransparenzstellen-Gesetz das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die §§ 47a ff. GWB ergänzt. Auf der Grundlage dieser Vorgaben ist eigens für die Überwachung des Großhandels mit Strom und Gas eine Markttransparenzstelle geschaffen worden. Die Festlegungsbefugnisse der Markttransparenzstelle zur Abfrage von Daten zur Marktüberwachung gehen zum Teil über die Vorgaben der REMIT hinaus.

Der 10-MW-Wert dient zudem in vielfältigen anderen energierechtlichen Regelungen als Schwellenwert, darunter für Ausnahmen von den Vorgaben zur Datenmeldung in Art. 4 der REMIT-DVO und den Vorgaben zur Systemverantwortung der Übertragungsnetzbetreiber nach §§ 13 und 13a EnWG. Die REMIT sieht zum Zweck der Herstellung von Markttransparenz und Marktintegrität einen höheren Schwellenwert vor, denn danach gilt die Lieferung zu Verbrauchszwecken an einzelne

Anlagen mit einer Verbrauchskapazität von weniger als 600 GWh pro Jahr nicht als Energiegroßhandelsprodukt. Dieser Ausnahme liegt die richtige Annahme zugrunde, dass solche Lieferungen sich nicht auf den Großhandelsmarkt auswirken. Unser Vorschlag für eine Klarstellung im Insolvenzrecht dient aber dem Schutz aller Marktteilnehmer, nicht nur von (größeren) Marktteilnehmern i. S. der REMIT.

### **3. Ausweitung des Close-Out-Netting auf Emissionsberechtigungen als Compliance-Pflicht**

Emissionsberechtigungen im Sinne des Europäischen Emissionszertifikatesystems sind schon aus Compliance-Gründen wesentlicher Bestandteil des Handelsgeschäfts von Energielieferanten. Zudem werden sie ab 2017 als Finanzinstrument (Anhang 1 Abschnitt C Nr. 4 und Nr. 11), der Überwachung gemäß der Richtlinie (EU) 65/2014 vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente (**MiFID II**) unterliegen. Es ist daher folgerichtig sie ausdrücklich in den Katalog der Finanzleistungen gemäß § 104 Absatz 2 der Insolvenzordnung aufzunehmen.

Für Rückfragen und nähere Erläuterungen stehen wir selbstverständlich jederzeit unter [b.lempp@efet.org](mailto:b.lempp@efet.org) oder 030 2655 7824 zur Verfügung.