

## **STELLUNGNAHME**

zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der  
Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insol-  
venzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom  
16.03.2015 (Referentenentwurf des BMJV)

Berlin, 10.06.2015

Der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) vertritt über 1.400 kommunalwirtschaftliche Unternehmen in den Bereichen Energie, Wasser/Abwasser und Abfallwirtschaft. Mit über 245.000 Beschäftigten wurden 2012 Umsatzerlöse von mehr als 110 Milliarden Euro erwirtschaftet und mehr als 8,6 Milliarden Euro investiert. Die VKU-Mitgliedsunternehmen haben im Endkundensegment einen Marktanteil von 46 Prozent in der Strom-, 59 Prozent in der Erdgas-, 80 Prozent in der Trinkwasser-, 65 Prozent in der Wärmeversorgung und 26 Prozent in der Abwasserentsorgung. Sie entsorgen zudem jeden Tag 31.500 Tonnen Abfall und tragen entscheidend dazu bei, dass Deutschland mit 65 Prozent die höchste Recyclingquote unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Union erreicht.

**Verband kommunaler Unternehmen e.V.** · Invalidenstraße 91 · 10115 Berlin  
Fon +49 30 58580-0 · Fax +49 30 58580-100 · [info@vku.de](mailto:info@vku.de) · [www.vku.de](http://www.vku.de)

## I. Zusammenfassung

Der VKU begrüßt das mit dem vorliegenden Gesetzentwurf verfolgte Ziel, die Wirtschaft von Rechtsunsicherheiten der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts zu entlasten, ausdrücklich.

Insbesondere die Praxis der Vorsatzanfechtung und die hierzu ergangene höchstgerichtliche Rechtsprechung hat in den vergangenen Jahren zu höchst unsachgerechten Ergebnissen, insbesondere für Unternehmen, die Daseinsvorsorgeleistungen erbringen, geführt. **Die Lieferungen und Leistungen kommunaler Unternehmen in den Bereichen Energie, Wärme, Wasser und Abwasser erfolgen überwiegend aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen, denen sich die Unternehmen auch bei finanziell angeschlagenen Kunden nicht ohne weiteres entziehen können. Dies führt im Insolvenzfall vermehrt zu hohen Forderungsausfällen.** Denn die Insolvenzverwalter haben nach der geltenden InsO und der Rechtsprechung hierzu das Recht, Zahlungen für erbrachte Lieferungen und Leistungen von den kommunalen Unternehmen im Wege der Anfechtung zurück zu fordern. Dies gilt selbst für Lieferungen und Leistungen, die im Zeitraum der vorläufigen Insolvenz mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters erbracht wurden. **Dabei kommt gerade den Lieferungen und Leistungen in den Bereichen Energie, Wärme, Wasser und Abwasser essentielle Bedeutung für die Fortführung von Gewerbe- und Industrieunternehmen und deren von § 1 InsO angestrebten Erhalt zu.** Insolvenzbedingte Forderungsausfälle und Rückzahlungsverpflichtungen belasten mithin zunehmend das wirtschaftliche Leistungsvermögen der kommunalen Unternehmen und wirken sich dementsprechend negativ auf die Kommunen und ihre Bürger aus.

**Daher ist es auch nach Auffassung des VKU zwingend erforderlich, die Regelungen der §§ 129 ff. InsO so anzupassen, dass unsachgerechte Ergebnisse zukünftig vermieden werden.**

Auch wenn die geplanten Änderungen der Insolvenzordnung grundsätzlich in die richtige Richtung gehen, können diese allein nicht zu der erwünschten Änderung der Praxis bei der Vorsatzanfechtung beitragen. Um dem mit den Änderungen verfolgten Ziel gerecht zu werden, bedarf es vielmehr weitergehender Änderungen.

Aufgrund der grundlegenden Bedeutung der Lieferungen und weiteren Leistungen insbesondere in den Bereichen Energie, Wärme, Wasser und Abwasser für die Unternehmensfortführung bzw. Sicherung des Lebensbedarfs bedarf es einer **Ausnahmeregelung für den gesamten Bereich der leitungsgebundenen Ver- und Entsorgung.** Denn in diesem Bereich bestehen weitgehende Liefer- bzw. Leistungsverpflichtungen vornehmlich kommunaler Unternehmen, denen sich diese nur unter eng begrenzten Umständen entziehen können.

So ist beispielsweise die Verwehrung bzw. der Entzug des Zugangs zu den Energieversorgungsnetzen nur unter den in § 20 Abs. 2 EnWG aufgeführten Gründen möglich. Zudem ermöglichen leitungsgebundene Ver- und Entsorgungsleistungen die Fortführung des schuldnerischen Unternehmensbetriebs und kommen damit mittelbar auch den anderen Gläubigern zugute.

Neben einer Ausnahmeregelung für die Vorsatzanfechtung bedarf es einer Begrenzung der **Schenkungsanfechtung nach § 134 InsO**. Allein die Bündelung von Abrechnungs- und Zahlungsdienstleistungen bei einem Unternehmen, welches nicht Vertragspartner ist, aber demselben Konzern angehört, sollte nicht zu einer Anfechtung der durch diesen konzernangehörigen Dritten geleisteten Zahlungen führen.

So kam es beispielsweise im Zuge der Insolvenz des Teldafax-Konzerns vermehrt zu Anfechtungen von Netzentgeltzahlungen nach § 134 InsO, da oftmals nicht der Vertragspartner des Energienetzbetreibers, also der Lieferant, sondern ein konzernangehöriger Dritter die Zahlungen der Netzentgelte geleistet hat. Auch wenn zukünftig zumindest im Bereich des Stromnetzzugangs der Netzbetreiber berechtigt sein wird, Zahlungen Dritter abzulehnen, erscheint eine Anfechtungsmöglichkeit in vorstehend beschriebenen Fällen unsachgerecht. Für den Netzbetreiber stellt die Gewährung des Netzzugangs ein Massengeschäft dar, für die detaillierte Vorgaben der Bundesnetzagentur zur elektronischen Abwicklung bestehen. Für den Netzbetreiber ist es in der Regel mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, in nicht automatisierter Form zu überprüfen, ob Zahlungen unmittelbar vom Vertragspartner oder einem konzernangehörigen Dritten auf Anweisung des Vertragspartners geleistet wurden.

Die Anfechtung darf daher nicht davon abhängen, ob die Zahlungen vom Vertragspartner oder einem konzernangehörigen Unternehmen auf Anweisung und für den Vertragspartner erbracht wurden. Die Entscheidung eines Konzerns, Abrechnungs- und Zahlungsdienstleistungen bei einem konzernangehörigen Unternehmen zu bündeln, sollte nicht über die Anfechtbarkeit geleisteter Zahlungen entscheiden.

Zudem sollte vor dem Hintergrund der BGH-Rechtsprechung zu insolvenzbedingten Lösungsklauseln in § 104 InsO klargestellt werden, dass insolvenzbedingte Lösungsklauseln in (Energiehandels-)Rahmenverträgen inklusive Verrechnung von Einzelgeschäften (**Close-out Netting**) wirksam sind.

## II. Zu den Änderungen im Einzelnen

### Geplante Änderungen des § 133 InsO

#### Zu § 133 Abs. 1 InsO-RE

Nach geltender Rechtslage setzt eine Anfechtung nach § 133 InsO u.a. voraus, dass die Rechtshandlung des Schuldners mit dem Vorsatz vorgenommen wurde, seine Gläubiger zu benachteiligen. Es wird dabei nicht zwischen Leistungen der Daseinsvorsorge und übrigen Leistungen unterschieden. Das führt nach Auffassung des VKU zu teilweise höchst unsachgerechten Ergebnissen. Leistungen wie beispielsweise die Lieferung von Energie und Wärme, die Gewährung der Energieversorgungsnetznutzung, sowie die Lieferung von Wasser und die Abwasserbeseitigung sind in der Regel essentiell für die Sicherung des Lebensbedarfs oder der Unternehmensfortführung.

Aus diesem Grunde begrüßt der VKU, dass das BMJV – die vorstehend skizzierte Schieflage erkennend - Anfechtungen nach § 133 InsO nur auf die Fälle einer unangemessenen Benachteiligung begrenzen möchte und beispielhaft aufführt, in welchen Fällen insbesondere keine unangemessene Benachteiligung vorliegt. Nach unserem Verständnis sind auch und insbesondere die genannten Leistungen der Daseinsvorsorge regelmäßig zur Fortführung des Unternehmens oder zur Sicherung des Lebensbedarfs des Schuldners erforderlich und stellen daher keine unangemessene Benachteiligung der Gläubiger dar.

Die geplante Ergänzung ist allerdings nicht ausreichend. Über die im Wesentlichen geplante Kodifizierung der BGH-Rechtsprechung hinaus sollte explizit geregelt werden, dass Zahlungen für die Erbringung von Leistungen der leitungsgebundenen Ver- und Entsorgung (sowohl Lieferungen als auch die Gewährung von Netznutzung) nur eine unangemessene Benachteiligung darstellen, wenn und soweit der Empfänger keinen Anspruch auf diese hatte. Wir schlagen daher vor, die geplanten Änderungen des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO um folgende Ziffer 3 zu ergänzen:

***„3. die Rechtshandlung eine Leistung des Schuldners für die Erbringung leitungsgebundener Ver- und Entsorgungsleistung ist, die der Empfänger beanspruchen konnte“***

Im Rahmen der Gesetzesbegründung sollte ergänzend klargestellt werden, dass es sich insbesondere um Leistungen in den Bereichen Energie, Wärme, Wasser und Abwasser handelt, wobei im Energiebereich sowohl die Lieferung als auch die Gewährung der Netznutzung in den Anwendungsbereich der Regelung fallen.

#### Zu § 133 Abs. 2 InsO-RE

Die Herausnahme von weit vor Insolvenz zurückliegenden Deckungshandlungen ist angesichts der Intention, die Praxis der Vorsatzanfechtung kalkulier- und planbarer zu machen, sinnvoll. Gerade die Tatsache, nach aktueller Rechtslage im Falle einer Insolvenz in sämtlichen Fällen dem Risiko einer bis zu zehn Jahre zurückreichenden Anfechtung ausgesetzt zu sein, stellt eine enorme Belastung dar.

#### Zu § 133 Abs. 3 InsO-RE

Die Abschwächung der in § 133 Abs. 1 Satz 3 InsO-RE enthaltenen Vermutung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes für kongruente Deckungen ist zu begrüßen. Eine Gleichbehandlung kongruenter und inkongruenter Deckungen stellt eine nicht zu rechtfertigende Gleichbehandlung zweier ungleicher Sachverhalte dar. Auch ist die beispielhafte Aufzählung von Tatsachen, aus deren Vorliegen allein nicht die Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes abgeleitet werden kann, sinnvoll.

Dies ist insbesondere für die Praxis der kommunalen Energie- und Wasserversorger wichtig, da es hier oftmals auf Wunsch des Kunden zu Ratenzahlungsvereinbarungen kommt, bei denen der Versorger nicht automatisch von einer Zahlungsunfähigkeit seines Vertragspartners ausgehen muss. Vielmehr handelt es sich oftmals lediglich um vorübergehende Liquiditätsprobleme. Aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die geplante explizite Klarstellung zwingend erforderlich.

Allerdings sollte für den Fall, dass auf eine Ausnahmeregelung für leitungsgebundene Ver- und Entsorgungsleistungen in § 133 Abs. 1 InsO verzichtet wird - zumindest im Rahmen der Gesetzesbegründung - klargestellt werden, dass der Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung auf Vorschlag des Versorgers ebenfalls in den Anwendungsbeereich des § 133 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 InsO-RE fällt. Hierdurch soll verhindert werden, dass eine Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz in den Fällen vermutet wird, in denen nicht der Schuldner formal um eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat, sondern der Vorschlag für eine solche vom Versorger unterbreitet wurde. Ansonsten müsste den Versorgern zukünftig geraten werden, erst dann ihren Kunden Zahlungserleichterungen anzubieten, nachdem diese entsprechend nachgesucht haben. Nur dadurch könnte man das Anfechtungsrisiko minimieren.

#### Ergänzung des § 134 InsO

§ 134 InsO sollte um eine Regelung ergänzt werden, wonach eine Anfechtung nach dieser Regelung ausscheidet, wenn es sich um Zahlungen eines konzernangehörigen bzw. verbundenen Unternehmens handelt, welche auf Anweisung des Vertragspartners des Zahlungsempfängers und zur Begleichung seiner Verpflichtung erfolgte.

Dementsprechend regen wir an, § 134 InsO um folgenden neuen Absatz 3 zu ergänzen:

***„Soll mit der Leistung eine fällige Verbindlichkeit eines verbundenen Unternehmens nach § 15 AktG erfüllt werden, so ist sie nicht anfechtbar.“***

#### Geplante Änderungen des § 142 InsO-RE

Die geplante Ergänzung des § 142 InsO spiegelt im Wesentlichen die gegenwärtige Rechtslage bzw. Rechtsprechung wider. Im Rahmen der Gesetzesbegründung sollte klar gestellt werden, dass für den Energiebereich (sowohl Lieferung als auch Netznutzung) bei einer Vorauszahlung für einen Liefer- oder Netznutzungszeitraum von einem Monat in jedem Fall der Austausch von Leistung und Gegenleistung noch unmittelbar im Sinne dieser Regelung ist.

#### Geplante Änderungen des § 143 InsO-RE

Die mit der Änderung verfolgte Intention, den Anreiz für Insolvenzverwalter zu beseitigen, Anfechtungsansprüche gegen solvente Anfechtungsgegner erst spät geltend zu machen, um in den Genuss hoher Zinsen zu kommen, wird ausdrücklich begrüßt. Nach noch geltender Rechtslage führt die bisherige Zinsregelung zu sachwidrig hohen Zinsen, die sich insbesondere bei kongruenten Deckungen kaum sachlich rechtfertigen lassen.

#### Änderung des § 104 InsO

Das Insolvenzrecht sollte zudem die Wirksamkeit von insolvenzbedingten Lösungsklauseln in Rahmenverträgen mit der Folge der Möglichkeit der Verrechnung von Einzelgeschäften (Close-out Netting) im § 104 InsO klarstellen.

Energiegroßhandelsprodukte i.S.d. Verordnung (EU) 1227/2011 vom 25. Oktober 2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts (REMIT) und Emissionszertifikate werden zum Zweck der Daseinsvorsorge gehandelt und unterliegen einer strengen Marktüberwachung unter anderem auf Basis der EU-Verordnung REMIT.

Die Möglichkeit des Close-out Netting muss gerade 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 angewiesen, da ansonsten insbesondere ausländische Marktteilnehmer ihr Handelsvolumen reduzieren bzw. in verstärktem Maß höhere Besi-

cherung 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. 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. Denn 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 Wert von 10 MW 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 einen für die Zwecke des Insolvenzrechts nicht passenden, 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.