

Stellungnahme

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

Berlin, 08. Juni 2015

Der BDEW 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.

A. Kernpunkte

1. Der BDEW 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.

Energie- und Wasserversorgungsunternehmen werden im Falle der Insolvenz ihrer Kunden in zunehmendem Maße mit Anfechtungen und Rückforderungsansprüchen von Insolvenzverwaltern konfrontiert. Die weite Auslegung der Vorsatzanfechtung, die in der aktuellen Rechtsprechung zu beobachten ist, führt in der Praxis zu erheblichen Anfechtungssummen, wobei sich die Anfechtungszeiträume über mehrere Jahre ziehen können. Die langen Anfechtungszeiträume bergen insbesondere für umsatzstarke und nur schwer kündbare Dauerschuldverhältnisse unzumutbare Geschäftsrisiken. Die insolvenzrechtlichen Risiken belasten dabei nicht nur Energie- und Wasserlieferanten, sondern vor allem auch Netzbetreiber und Energiehändler. Allein in den aktuellen Insolvenzverfahren der TelDaFax-Gruppe und Flexstrom-Gruppe wird die Energiewirtschaft von den Insolvenzverwaltern mit einer Anfechtungssumme im dreistelligen Millionenbereich belastet.

2. 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.
3. 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.
4. Der Beginn der Verzugszinsen sollte an die Rechtshängigkeit des Rückgewähranspruches knüpfen, um dem Insolvenzverwalter keine Anreize zu bieten, die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen hinauszuzögern.

5. 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.
6. 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“ Abrechnungsvorgänge zwischen verbundenen Unternehmen nicht ohne weiteres übertragbar sind und 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.
7. 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. Dies sollte jedenfalls da möglich sein, wo Energiegroßhandelsprodukte i.S.d. der Verordnung (EU) 1227/2011 vom 25. Oktober 2011 über die Integrität und Transparenz des Energiegroßhandelsmarkts (REMIT) und Emissionszertifikate 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.

B. Anmerkungen zum Referentenentwurf im Einzelnen

I. Zu § 133 InsO-E (Vorsätzliche Benachteiligung)

1. BDEW-Änderungsvorschlag

- (1) *Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger unangemessen zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte.*

Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere nicht vor, wenn

1. für eine Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ~~die zur Fortführung seines Unternehmens oder zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich ist~~, oder

Hilfsweise:

1. für eine Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt die zur die Fortführung seines Unternehmens oder zur die Sicherung seines Lebensbedarfs ermöglicht erforderlich ist, oder

2. die Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuches ist.

Es wird vermutet, dass der andere Teil den Vorsatz des Schuldners kannte, wenn er zur Zeit der Rechtshandlung wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger unangemessen benachteiligte.

- (2) *Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, beträgt der Zeitraum nach Absatz 1 Satz 1 vier Jahre. Handelt es sich dabei um ein Bargeschäft nach § 142 beträgt der Zeitraum 3 Monate.*
- (3) *Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt bei der Vermutung nach Absatz 1 Satz 3 an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die eingetretene.*

(neu 4) *Die Kenntnis des anderen Teils vom Vorsatz des Schuldners kann insbesondere nicht allein daraus abgeleitet werden, dass*

1. der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung nach § 802 b Absatz 2 Satz 1 der Zivilprozessordnung abgeschlossen hat oder
2. der Schuldner beim anderen Teil im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs um eine Zahlungserleichterung nachgesucht hat oder
- 3. der andere Teil dem Schuldner gegenüber seine vertraglichen Rechte geltend macht.**

2. Begründung

Der BDEW befürwortet die Differenzierung von kongruenten und inkongruenten Deckungsgeschäften bei der Vorsatzanfechtung. Der Schuldner, der eine kongruente und damit vertragskonforme Gegenleistung für die von ihm bereits empfangene Leistung erbringt, tut dies, weil es zur Fortführung seines eigenen Unternehmens nötig ist und damit seinen Gläubigern in ihrer Allgemeinheit nutzt.

a) Keine Anfechtung von unmittelbaren und gleichwertigen Gegenleistungen (§ 133 Abs. 1 Ziff. 1. InsO-E)

Das Gleiche gilt erst recht für sogenannte Bargeschäfte, das heißt für Leistungen des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt ist. Das Insolvenzrecht zielt auf die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes eines Unternehmens und soll den Geschäftsbetrieb nicht dadurch erschweren, dass keine rechtlich insolvenzfesten Forderungen mehr begründet werden können. Die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung durch die Rechtsprechung des BGH, insbesondere seit dem Jahr 2010, engt dagegen den Anwendungsbereich des Bargeschäftes in einer Weise ein, wie dies durch den Gesetzgeber nie vorgesehen war.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass durch die Erbringung einer gleichwertigen Gegenleistung in das Schuldnervermögen eine Gläubigerbenachteiligung von vornherein ausscheidet. Der Schuldner wird sonst bereits bei Zahlungsstockungen bzw. Liquiditätsengpässen vom Wirtschaftsverkehr ausgeschlossen, wenn die Gläubiger auch bei Bargeschäften mit einer Anfechtung rechnen müssten und keine Möglichkeit hätten, insolvenz-feste Forderungen zu begründen. Deshalb schlagen wir vor, in § 133 Abs. 1 Ziff. 1. InsO-E den zweiten Halbsatz ersatzlos zu streichen, so dass das Bargeschäft auch in der Vorsatzanfechtung privilegiert wird und nicht anfechtbar ist.

b) Konkretisierung der „bargeschäftsähnlichen Lage“ (§ 133 Abs. 1 Ziff. 1. InsO-E)

Die gesetzliche Konkretisierung der vom BGH entwickelten „bargeschäftsähnlichen Lage“ bei der Vorsatzanfechtung ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings besteht bei der im Entwurf vorgeschlagenen Formulierung die Gefahr, dass sie als Beschränkung auf diejenigen Bargeschäfte, die für die Fortführung eines Unternehmens erforderlich sind, im Sinne einer „conditio sine qua non“ missverstanden wird und damit ins Leere zu laufen droht.

Handelt es sich um die Insolvenz eines Netznutzers wie im Fall TelDaFax, stellt sich beispielsweise die Frage, ob für die Fortführung des Unternehmens des Lieferanten die Leistung „Netznutzung“ unabhängig von der Zahl der in diesem Netzgebiet versorgten Kunden für die Fortführung „erforderlich“ im Sinne von „unerlässlich“ ist. Versorgt ein Lieferant viele Kunden in vielen Netzgebieten, wird es für die Fortführung seines Geschäftsbetriebes nicht auf jeden einzelnen Kunden ankommen, sondern nur auf eine bestimmte kritische Anzahl. Der Zugang zu einzelnen Verteilernetzen mit nur wenigen Kunden könnte für die Fortführung des Unternehmens des Lieferanten als nicht erforderlich angesehen werden. Es hinge dann von der zufälligen Verteilung der Kunden des Lieferanten ab, wenn nur jeweils die Kunden jedes einzelnen Netzbetreibers der Beurteilung zu Grunde gelegt wür-

den. Die Folge wäre, dass die Zahlung der Netzentgelte für die Netznutzung nicht unter die privilegierten Bargeschäfte fallen würde.

Ähnliches gilt für das Energielieferverhältnis zwischen Energielieferant und Letztverbraucher: Auch hier dürfte es schwer fallen, diejenigen Leistungen zu bestimmen, die für sich und einzeln betrachtet für die Unternehmensfortführung „erforderlich“ sind.

Die Gesetzesbegründung stellt hingegen auf diejenigen Gegenleistungen ab, die die Fortführung des Betriebes ermöglichen (vgl. S. 17 Absatz 3 und S. 19 Absatz 2 der Gesetzesbegründung). Danach kommt es also nicht auf die „entscheidende“ Einzelleistung an. Dies sollte nicht nur aus der Begründung, sondern auch aus der Gesetzesformulierung deutlich werden, um von vornherein einer ungewollten Einengung der bargeschäftsähnlichen Lagen durch die zukünftige Rechtsprechung vorzubeugen.

Soweit unser Vorschlag, Bargeschäfte von der Vorsatzanfechtung grundsätzlich auszunehmen, nicht durchdringen sollte, regen wir hilfsweise an, für die Formulierung des Gesetzestextes auf die Wortwahl in der Gesetzesbegründung zurückzugreifen und eine Anfechtung auszuschließen, wenn die Leistung eine Fortführung des Unternehmens ermöglicht.

Darüber hinaus wäre es sehr hilfreich, wenn in der Gesetzesbegründung eine nähere Konkretisierung von Gegenleistungen anhand von Beispielsfällen erfolgen würde, die die Fortführung des Unternehmens ermöglichen. Hierzu ist neben den bereits zu recht in der Begründung genannten Energielieferungen auch die Gewährung von Netznutzung durch die Strom- und Gasnetzbetreiber zu erwähnen. Dies betrifft sowohl die Zahlung der Netzentgelte als auch den Ausgleich von EEG-Umlagen. Die Nichtzahlung der Netzentgelte durch den Netznutzer kann ein Kündigungsrecht des Netznutzungsvertrages zwischen dem Netznutzer (meist dem Lieferanten) und Verteilernetzbetreiber begründen. Entsprechendes gilt für die Nichtzahlung der EEG-Umlage nach dem Bilanzkreisvertrages zwischen dem Bilanzkreisverantwortlichen (in der Regel einem Lieferanten) und dem Übertragungsnetzbetreiber (§ 60 Abs. 2 EEG). Insbesondere die Fälle der EEG-Umlage sollten hier in der Gesetzesbegründung ausdrücklich benannt sein. Risiken ergeben sich hier für die Übertragungsnetzbetreiber auf Grund der Ausgestaltung des EEG-Fördermechanismus im EEG, der über die Verteilernetzbetreiber und über die Übertragungsnetzbetreiber abgewickelt wird, ohne dass darin geschäftliche Vorteile für die Netzbetreiber liegen würden.

Ebenso ist explizit klarzustellen, dass die Fallbeispiele nicht nur Verbraucherverträge betreffen, sondern auch Strom- und Gaslieferungen bzw. Netzzugang im unternehmerischen Rechtsverkehr erfassen.

c) Aufzählung der Kriterien für die fehlende unangemessene Benachteiligung als Regelbeispiel (§ 133 Abs. 1 InsO-E)

Die in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO-E benannten Fallgruppen, die keine unangemessene Benachteiligung darstellen, sind nach unserer Auffassung als Regelbeispiele zu verstehen. Zur Klarstellung, dass es sich nicht um eine abschließende gesetzliche Regelung handelt, sondern eine unangemessene Benachteiligung auch in anderen von der Rechtsprechung

zu entwickelnden Fallgruppen ausscheiden kann, sollte dies durch das Voranstellen des Wortes „insbesondere“ kenntlich gemacht werden.

d) Verkürzung der Anfechtungsfrist für Bargeschäfte auf 3 Monate (§ 133 Abs. 2 InsO-E)

Das Anfechtungsrecht gibt den Insolvenzverwaltern mit den §§ 130-132 InsO wirksame Anfechtungsmittel an die Hand, masseschmälernde Handlungen in zeitlicher Nähe zum Insolvenzantrag (bis zu drei Monaten) unter geringen Voraussetzungen rückgängig zu machen. Die langen Anfechtungsfristen der Vorsatzanfechtung sind hingegen damit zu rechtfertigen, dass Rechtshandlungen, die mit Vorsatz und Kenntnis einer Gläubigerbenachteiligung stattgefunden haben, auch über einen langjährigen Zeitraum sanktioniert werden müssen.

Soweit dem Schuldnervermögen gleichwertige Gegenleistungen zugeflossen sind, dürften langjährige Anfechtungsfristen jedoch nicht angemessen sein. Die im Referentenentwurf vorgesehene Verkürzung der Anfechtungsfrist auf vier Jahre für sämtliche Deckungshandlungen ist daher grundsätzlich zu begrüßen. Mit Blick auf die geplante Reduzierung des Anfechtungszeitraums auf vier Jahre ist jedoch anzumerken, dass dies faktisch wenig Risikominderung für den Geschäftsverkehr bringen wird. Bei Anfechtungen über vier Jahre hinaus stellt sich bereits heute für den Insolvenzverwalter ein zunehmendes Beweisproblem. Nur eine weitere Verkürzung des Anfechtungszeitraums würde spürbare Änderungen in der Praxis nach sich ziehen.

Daher sollte für die Anfechtungsfrist bei Deckungshandlungen noch zwischen inkongruenter und kongruenter Deckung differenziert werden. Insbesondere für ein Bargeschäft, für das allenfalls eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung denkbar ist, wäre auch eine Anfechtungsfrist von vier Jahren unverhältnismäßig. Dies betrifft insbesondere Energielieferverträge und Netznutzungsverträge aber auch Bilanzkreisverträge, in denen mehrjährige Anfechtungszeiträume zu völlig unangemessenen Ergebnissen führen. Im TelDaFax-Insolvenzverfahren beträgt die typische Anfechtungsfrist ca. 8 Monate und belastet die Netzbetreiber je nach Größe mit einer Anfechtungssumme zwischen einem fünf- bis achstelligen Euro-Betrag. Das gleiche gilt für die EEG-Umlage, die in Höhe mehrerer Millionen Euro von den Übertragungsnetzbetreibern zurückgefordert wird.

Deshalb schlagen wir vor, für Bargeschäfte eine Anfechtungsfrist von 3 Monaten vorzusehen in Anlehnung an die Fristenregelungen der §§130, 131 InsO.

e) Konkretisierung der Vermutungsregelungen: Regelbeispiele für kongruente und inkongruente Deckungsgeschäfte (§ 133 Abs. 3 Ziff. 1 und 3 InsO-E)

Die vorgesehene Konkretisierung der Vermutungsregelungen unter Verwendung von Regelbeispielen, die kein alleiniges Beweisanzeichen für die Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit und die Gläubigerbenachteiligungsabsicht darstellen (Absatz 3 Satz 2), gilt sowohl für kongruente als auch für inkongruente Deckungsgeschäfte. Nach der derzeitigen Fassung könnte allerdings der Eindruck entstehen, dass die Vermutungsregelungen sich ausschließlich auf kongruente Deckungsgeschäfte beziehen, die im vorhergehenden Satz geregelt sind (Absatz 3 Satz 1). Zur Vermeidung von Missverständnissen schlagen

wir deshalb vor, die Konkretisierung der Vermutungsregel von Absatz 3 abzusetzen und in einem eigenen Absatz 4 zu regeln.

Zur Verdeutlichung, dass es sich bei den genannten Fallgruppen um Regelbeispiele handelt, sollte auch hier das Wort „insbesondere“ vorangestellt werden.

f) Vermutungsregelungen zu Ratenzahlungs- und Stundungsvereinbarungen in der Gesetzesbegründung näher konkretisieren (§ 133 Abs. 3 Ziff. 1 und Ziff. 2 InsO-E)

Die genannten Fallgruppen „Ratenzahlung“ und „Zahlungserleichterungen“ entsprechen der geltenden BGH-Rechtsprechung, dass einzelne Beweisanzeichen grundsätzlich im Kontext aller Einzelumstände zu beurteilen sind und daher eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist. Wie in der Gesetzesbegründung zutreffend ausgeführt, ist in der Praxis der Insolvenzverwaltung als auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung leider häufig die gegenläufige Tendenz zu erkennen, nämlich dass bei demjenigen, der mit dem Schuldner eine Ratenzahlungsvereinbarung schließt, vermutet wird, er habe Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Aus dieser vermuteten Kenntnis wird weiter angenommen, der Gläubiger habe den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners gekannt. Eine Annahme begründete die nächste Annahme. Damit werden sämtliche Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung, gleich ob objektiv oder subjektiv, anhand von Vermutungsregeln und Beweiserleichterungen zunächst einmal unterstellt.

Hinsichtlich der entlastenden Vermutungsregelung zu den Zahlungsvereinbarungen sollte deshalb zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass auch Ratenzahlungs- und Stundungsvereinbarungen, die außerhalb von Vollstreckungsversuchen geschlossen werden, kein zwingendes Beweisanzeichen für die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit darstellen. Inwieweit derartige Zahlungsvereinbarungen den „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ entsprechen, wird wiederum zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Auch hierzu wären klarstellende Beispiele in der Gesetzesbegründung hilfreich.

Aus dem Bereich der Energiewirtschaft sind Ratenzahlungsvereinbarungen zur Abwendung der Liefersperre als obligatorisch zu bezeichnen. So ist im aktuellen Koalitionsvertrag beispielsweise vorgesehen, dass die Bundesregierung geeignete Maßnahmen ergreifen soll, um Energiesperren zu vermeiden (vgl. S. 126. Koalitionsvertrag der CDU/CSU/SPD Fraktionen, 18. Legislaturperiode). Hierbei werden in der verbraucherpolitischen Diskussion Ratenzahlungsvereinbarungen als eine geeignete Möglichkeit zur Vermeidung von Liefersperren gesehen. Dementsprechend wird auch von den Verbraucherschutzverbänden und Sozialhilfeträgern regelmäßig die Bereitschaft zu Ratenzahlungsvereinbarungen gegenüber den Energielieferanten eingefordert. Vor diesem Hintergrund geraten insbesondere gemäß §§ 36 ff. EnWG zur Grundversorgung verpflichtete Energieversorgungsunternehmen, die die Energielieferung aufgrund von Inkassorisiken weder ablehnen noch kündigen dürfen, in einen unlösbaren Zielkonflikt, der sich durch die Ergänzung verhindern ließe.

g) Geltendmachung vertraglicher Rechte als drittes Regelbeispiel aufnehmen (§ 133 Abs. 3 Ziff. 3 InsO-E)

Weiterhin schlagen wir vor, als drittes Regelbeispiel die Geltendmachung vertraglicher Rechte in die enumerative Aufzählung mit aufzunehmen. Vergleichbare Argumentations-

muster zur Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit finden sich nämlich auch in den Fällen, in denen der Gläubiger lediglich von seinen vertraglichen Rechten zur Forderungssicherung - wie beispielsweise Umstellung auf Vorauszahlung wegen Zahlungsrückständen - Gebrauch gemacht hat. Auch in diesen Fällen, kann nicht zwingend auf die Kenntnis drohender Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden. Ebenso könnten lediglich vorübergehende Zahlungsstockungen bzw. Liquiditätsengpässe vorliegen.

Am Beispiel des TelDaFax-Insolvenzverfahrens lässt sich gut belegen, dass Zahlungsauffälligkeiten für sich genommen kein zwingendes Beweisanzeichen darstellen können. Im vorliegenden Fall haben die Netzbetreiber lediglich das übliche, zum Teil automatisierte Forderungsmanagement im Rahmen der vertraglich vereinbarten Zahlungsbedingungen ablaufen lassen, ohne dass besondere Sachverhalte vorlagen, die eine Zahlungsunfähigkeit hätten erkennen lassen müssen. Nach allgemeiner Lebenserfahrung wird allein bei wiederkehrendem Zahlungsverzug wohl eher auf einen „Schlechtzahler“ als auf Zahlungsunfähigkeit zu schließen sein. Ebenso wenig wird man mit der Geltendmachung laufender Entgeltforderungen eine Gläubigerbenachteiligung annehmen können, die eine Rückforderung der Zahlungen über einen Zeitraum von bis zu 10 bzw. zukünftig 4 Jahren wirtschafts- oder rechtspolitisch rechtfertigen könnte.

h) Konkretisierung der Gesamtbetrachtung der Gläubigerbenachteiligung in der Gesetzesbegründung (§ 133 Abs. 3 InsO-E)

Im Rahmen der Gesamtbetrachtung zur Gläubigerbenachteiligung ergibt sich für Dauerschuldverhältnisse ein weiteres Problem, das zumindest in der Gesetzesbegründung Erwähnung finden sollte. Nach aktueller BGH-Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 15.3.2012, Az.: IX ZR 239/09) wird die vermutete Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit nur durch positiven Liquiditätsnachweis beseitigt. Allein der Umstand, dass der Schuldner über einen längeren Zeitraum seine Zahlungspflichten fristgerecht erfüllt hat, führt nach Auffassung des BGH nicht dazu, dass ein in der Vergangenheit liegendes negatives Beweisanzeichen - wie beispielsweise Ratenzahlungsvereinbarungen - aufgehoben wird und der Gläubiger davon ausgehen kann, dass der Schuldner eine eventuelle Krise mittlerweile überwunden hat.

Häufiger Fall ist zum Beispiel ein Kunde, der aufgelaufene, nicht beglichene Altschulden hat. Hierüber werden dann Ratenzahlungsvereinbarungen geschlossen, die im Nachhinein nicht oder nur teilweise bedient werden. Der Kunde wird zusätzlich hinsichtlich der laufenden Lieferungen auf Vorauszahlungen umgestellt, die er vereinbarungsgemäß zahlt. Die bisherige Rechtsprechung führt in diesen Fällen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz eine Gesamtabwägung aller Indizien durch und stellt hiernach den Vorsatz hinsichtlich sämtlicher Zahlungen fest.

Im Rahmen dieser Abwägung können die „guten“ Beweisanzeichen (Vorauszahlung, die bedient wird) von den „schlechten“ (Nicht bedienen der Raten) verdrängt werden. Hierzu wäre es für die Praxis sehr hilfreich, wenn in der Gesetzesbegründung klargestellt würde, dass die Kenntnis einer drohenden Zahlungsunfähigkeit auch ohne eine Gesamtschau aller Umstände jedenfalls nicht oder nicht mehr vorliegt, wenn der Schuldner über einen längeren Zeitraum (z.B. 12 Monate) keine Zahlungsauffälligkeiten hat erkennen lassen. Ver-

gleichbare Regelungen enthalten im Übrigen sowohl die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Energielieferverträge als auch die regulatorischen Festlegungen der Regulierungsbehörde zum Netznutzungsvertrag und Bilanzkreisvertrag Strom und die vergleichbaren Regelwerke für den Gasbereich. Danach steht dem Vertragspartner ein vertraglicher Anspruch auf Rückzahlung von Sicherheitsleitungen bzw. Verzicht auf Vorauszahlungen zu, wenn die Zahlungspflichten über einen bestimmten Zeitraum pflichtgemäß erfüllt worden sind und deshalb ein Inkassorisiko nicht weiter begründbar ist. Dies spiegelt auch die Regelungen des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen wieder, nach denen der Gläubiger nicht übersichert sein darf.

II. Zu § 142 InsO-E (Bargeschäft)

Konkretisierung der „Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr“ in der Gesetzesbegründung

Die im Referentenentwurf vorgesehene Konkretisierung des Bargeschäftes, insbesondere die Bezugnahme auf die „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ ist grundsätzlich dazu geeignet, die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen. Die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes ist daher grundsätzlich einer starren Zeitvorgabe vorzuziehen. Zu den „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ dürften nach unserer Auffassung insbesondere gesetzliche Abrechnungs- und Zahlungsvorgaben zählen, wie sie in der regulierten Energie- und Wasserwirtschaft üblich sind.

Energielieferungen sind nach § 40 Abs. 3 EnWG regelmäßig jährlich abzurechnen (sog. Jahresabrechnung), so dass der fristgerechte Ausgleich von Jahresabrechnungen grundsätzlich als Bargeschäft gelten muss. Das gleiche gilt für die Abrechnung von Wasserlieferungen gemäß § 24 AVBWasserV.

Gesetzliche bzw. behördliche Vorgaben über Abrechnungszeiträume bestehen auch für die regulierten Strom- und Gasnetzbetreiber zum Beispiel im Rahmen der Netzentgeltabrechnung. Vorgaben zur zeitlichen Abrechnung treffen beispielsweise § 17 Abs. 2 StromNEV sowie die Festlegung der Bundesnetzagentur zu Geschäftsprozessen zur Kundenbelieferung mit Elektrizität (GPKE) vom 11. Juli 2006 (Az: BK6-06-009) als auch die Festlegung der Bundesnetzagentur zu einheitlicher Geschäftsprozessen und Datenformaten beim Wechsel des Lieferanten bei der Belieferung mit Gas (GeLi Gas) vom 20.8.2007 (Az: BK7-06-067) bzw. in der Kooperationsvereinbarung Gas. Die Abrechnung hat elektronisch zu bestimmten festgelegten Zeitpunkten zu erfolgen. Darüber hinaus gibt es weitere behördlich oder gesetzlich festgelegte Vorgaben zur Abrechnung, z.B. Bilanzkreisabrechnung für Strom nach der Festlegung „Marktregeln für die Durchführung der Bilanzkreisabrechnung Strom (MaBiS)“ und einer entsprechenden Festlegung für die Gasbilanzierung, die Mehr-/Mindermengenabrechnungen. Behördlich bzw. vertraglich geregelt ist darüber hinaus der Anspruch der auf der Grundlage dieser Vorgaben zur Vorausleistung verpflichteten Netzbetreiber auf Leistung einer Vorauszahlung, die dem Netzbetreiber insgesamt einen nur sehr eingeschränkten Spielraum bei der Abrechnung lässt.

Zur Vereinfachung der Rechtsanwendung wäre es deshalb zu begrüßen, wenn zumindest in der Gesetzesbegründung Beispiele genannt würden, was unter dem unbestimmten

Rechtsbegriff „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ zu verstehen ist und o.g. Beispiele zur Bilanzierung und Abrechnung im Energiebereich Erwähnung finden.

III. Zu § 143 InsO-E (Rechtsfolgen)

1. BDEW-Änderungsvorschlag

„§ 143 Rechtsfolgen

(1) Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muss zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden. Die Vorschriften über die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Bereicherung, bei der dem Empfänger der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt ist, gelten entsprechend. Eine Geldschuld ist nur zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen ~~des Schuldnerverzugs-oder~~ des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegen“

2. Begründung

Verzinsung ab Rechtshängigkeit

Nach bisheriger Rechtslage ist der Anfechtungsanspruch ab Fälligkeit, das heißt mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, mit dem Verzugszinssatz zu verzinsen. Dies führt in der Praxis häufig zu Mitnahmeeffekten, die den Insolvenzverwalter dazu verleiten, erst spät, mitunter kurz vor Ablauf der Verjährungsfristen, die Anfechtung zu erklären. Insoweit geht die im Referentenentwurf vorgesehene Regelung, den Beginn der Verzinsung an den Zahlungsverzug zu knüpfen, in die richtige Richtung. Allerdings steht zu befürchten, dass die Regelung dazu führt, dass die Insolvenzverwalter zur eiligen Herbeiführung des Zahlungsverzuges Insolvenzanfechtungen ohne substantiierte Begründung erklären und anmahnen, aber mit der Klageerhebung sich wiederum Zeit lassen. Damit wäre im Vergleich zur derzeitigen Praxis nichts gewonnen, da kaum zu erwarten ist, dass ein Gläubiger bereit wäre, auf eine unsubstantiierte Anfechtungserklärung Zahlungen zu leisten. Deshalb schlagen wir vor, Verzugszinsen erst mit Rechtshängigkeit also mit Klageerhebung, zu gewähren, so dass der Insolvenzverwalter gehalten ist, unverzüglich seine Rechte gegenüber den Gläubigern geltend zu machen.

IV. Zu Artikel 2 Änderung des Einführungsgesetzes zur InsO (Übergangsregelungen)

1. BDEW-Änderungsvorschlag

„Art 103.. [einsetzen: bei der Verkündung nächster freier Buchstabenzusatz] Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz

Auf laufende Insolvenzverfahren, die vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 4 dieses Gesetzes] eröffnet worden sind, sind die Gesetzesänderungen ebenfalls bis dahin geltenden Vorschriften weiter anzuwenden.“

2. Begründung

Gesetzesänderung für laufende Verfahren anwendbar

Die Änderung des Insolvenzanfechtungsrechtes erfolgt, um die von der Anfechtung betref-

fenen Gläubiger vor übermäßigen und unkalkulierbaren Anfechtungsrisiken zu schützen sowie mehr Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr zu erzielen. Diese gesetzgeberische Zielsetzung rechtfertigt, dass die Erleichterungen nicht nur für zukünftige Insolvenzverfahren gelten, sondern auch für diejenigen Gläubiger, die in laufende Insolvenzverfahren involviert sind. Auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes besteht keine Notwendigkeit, aktuell laufende Insolvenzverfahren von der Rechtsänderung auszunehmen, da es sich ausschließlich um Erleichterungen des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs handelt.

Wird die Überleitregelung des Referentenentwurfes nicht geändert, sollte zumindest in der Gesetzesbegründung jeweils noch deutlicher herausgestellt werden, welche gesetzlichen Änderungen die geltende Rechtslage wiedergeben und lediglich klarstellende Funktion haben. Damit würde für den Rechtsanwender eindeutig klargestellt, dass diese Gesetzesänderungen auch in laufenden Verfahren zu berücksichtigen sind und die Überleitvorschriften keine Bedeutung haben. Klarstellende Funktion haben nach unserer Auffassung die Konkretisierung der Gläubigerbenachteiligung im Sinne einer unangemessenen Benachteiligung nach zu § 133 Abs. 1 InsO-E, die Hinweise zur Annahme der Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit bzw. der drohenden Zahlungsunfähigkeit § 133 Abs. 3 InsO-E sowie die Definition des unmittelbaren Austausches von Leistung und Gegenleistung § 142 InsO-E. Das heißt, eine tatsächliche Gesetzesänderung sind lediglich die Verkürzung der Anfechtungsfrist (§ 133 Abs. 2 InsO-E) und die Verzinsungsregelung (§ 143 InsO-E).

V. Zu § 134 InsO (Schenkungsanfechtung)

1. BDEW-Änderungsvorschlag

„§ 134 (unentgeltliche Leistung)

- (1) *Anfechtbar ist eine unentgeltliche Leistung des Schuldners, es sei denn, sie ist früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden.*
- (2) *Richtet sich die Leistung auf ein gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk geringen Wertes, so ist sie nicht anfechtbar.*
- (3) **Richtet sich die Leistung auf die Begleichung einer Schuld eines verbundenen Unternehmens nach §§ 15 AktG ff., so ist sie nicht anfechtbar, wenn der Geschäftszweck des Leistenden darin bestand, für verbundene Unternehmen abzurechnen bzw. den Zahlungsverkehr zu übernehmen.**

2. Begründung

Keine schenkungsgleiche Anfechtung bei konzerninternem Zahlungsausgleich

Bei Insolvenzen eines Unternehmensverbundes ergeben sich erhebliche und nicht beeinflussbare Anfechtungsrisiken aus sogenannten Drittanfechtungen nach § 134 InsO. Solche Anfechtungen sind bis zu einer Dauer von 4 Jahren unter äußerst geringen Voraussetzungen möglich, soweit nicht der Vertragspartner selbst, sondern beispielsweise ein drittes mit ihm verbundenes Unternehmen Zahlungen auf die Verbindlichkeiten erbracht hat.

Bei der TelDaFax-Holding hat beispielsweise regelmäßig die Abrechnungsgesellschaft (TelDaFax Services) für den Energielieferanten (TelDaFax Energy) die Netzentgeltabrech-

nungen, die Bilanzkreisabrechnung und die EEG-Umlage bezahlt. Diese Drittzahlungen können vom Netzbetreiber nicht verhindert werden, da nach § 267 BGB Zahlungen durch Dritte rechtlich zulässig sind und nur im Einvernehmen mit dem Schuldner zurückgewiesen werden können.

Der Druck, auch die praktische Abwicklung von Vertragsverhältnissen immer effizienter zu gestalten hat dazu geführt, dass viele Unternehmen Abrechnungsdienstleistungen in einem verbundenen Unternehmen bündeln. Insgesamt ist dies eine sinnvolle Entwicklung, mit der auch das Insolvenzrecht Schritt halten muss. Auch in der Energiebranche ist diese Bündelung üblich und hat nun zu erheblichen Rückforderungsrisiken geführt. So fordert der Insolvenzverwalter im aktuellen TelDaFax-Verfahren auf dieser Grundlage zweistellige Millionenbeträge von den betroffenen Netzbetreibern zurück, obwohl der einzige Zweck des leistenden Tochter- bzw. Schwesterunternehmens in der Abwicklung des Zahlungsverkehrs für die zur Leistung verpflichteten Gesellschaft bestand. Dies kann nicht mehr vom Sinn und Zweck der Schenkungsanfechtung erfasst sein. Besteht also der Unternehmenszweck eines verbundenen Unternehmens ausschließlich darin, für andere Unternehmen Abrechnungen und Zahlungen zu bündeln, ist dies anders zu betrachten als der Fall, in dem ein Unternehmen des Verbunds außer der Reihe und nicht seinem Geschäftszweck entsprechend ausnahmsweise eine Zahlung für ein anderes verbundenes Unternehmen geleistet hat. Darüber hinaus hat die Abrechnung auf Grundlage der behördlich von der Bundesnetzagentur festgelegten Geschäftsprozesse elektronisch zu erfolgen. Die Abrechnung ist ein Massengeschäft, das über verbindlich vorgegebene Datenformate für jede Meldung und auch die Abrechnung umgesetzt wird. Den Netzbetreibern ist aus diesem Grund allenfalls anhand eines Kontoauszuges ersichtlich, dass statt des eigentlich verpflichteten Unternehmens ein anderes zum selben Konzernverbund gehörendes Unternehmen mit fast identischem Namen gezahlt hat.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir vor, die Begleichung einer Schuld eines verbundenen Unternehmens nach §§ 15 ff. AktG, von der Schenkungsanfechtung auszunehmen, sofern der Geschäftszweck des Leistenden darin bestand, für verbundene Unternehmen abzurechnen bzw. den Zahlungsverkehr zu übernehmen.“

VI. Regelung zum Close-out-Netting (§ 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 ein-

deutige Anerkennung angewiesen, da ansonsten insbesondere ausländische Marktteilnehmer ihr Handelsvolumen 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. 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 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 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.

Ansprechpartner:

Carsten Wesche
Geschäftsbereich Recht und
Betriebswirtschaft
Telefon: +49 30 300 199-1522
carsten.wesche@bdew.de

Geertje Stolzenburg
Geschäftsbereich Recht und
Betriebswirtschaft
Telefon: +49 30 300199-1513
geertje.stolzenburg@bdew.de