

**bdew**

Energie. Wasser. Leben.



Bundesverband  
Großhandel, Außenhandel,  
Dienstleistungen e.V.



Gesamtverband  
textil+mode



BUNDESVERBAND DEUTSCHER  
LEASING-UNTERNEHMEN

**BvCM**  
BUNDESVERBAND  
CREDIT MANAGEMENT E.V.



**bvdm.**  
Bundesverband Druck  
und Medien e.V.



---

## Gemeinsames Positionspapier

zur Thematik

---

# **„Notwendige gesetzgeberische Korrekturen im Recht der Insolvenzanfechtung nach §§ 133, 142 InsO (Vorsatzanfechtung)“**

---

von

Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e. V. (BGA)  
Bundesverband Deutscher Baustoff-Fachhandel e.V. (BDB)  
Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW)  
Bundesverband Deutscher Stahlhandel (BDS AG)  
Bundesverband Credit Management e.V. (BvCM)  
Bundesverband Druck und Medien e.V. (bvdm)  
Verband Deutscher Gas- und Stromhändler e.V. (EFET Deutschland)  
Gesamtverband der deutschen Textil- und Modeindustrie e. V. (t+m)  
Bundesverband Deutscher Leasing-Unternehmen e.V. (BDL)  
Deutscher Franchise Verband e.V. (DFV)  
Centralvereinigung Dt. Wirtschaftsverbände für Handelsvermittlung und Vertrieb e.V. (CDH)\*

**Verfasser:** Justus Schneidewind,  
RA/vBp/FA StR/FA InsR  
SCHNEIDEWIND Rechtsanwälte

**im Auftrag von:** Bundesverband Deutscher Baustoff-Fachhandel e.V.(BDB)  
Am Weidendamm 1A, 10117 Berlin

**und auf Basis:** des Positionspapieres des BGA und BDB aus 02/2013

**Ansprechpartnerin:** RAin Dr. Helena Melnikov, Abteilungsleiterin Recht und Wettbewerb,  
Bundesverband Großhandel, Außenhandel und Dienstleistungen e.V. (BGA)  
Am Weidendamm 1 A, 10117 Berlin  
[helena.melnikov@bga.de](mailto:helena.melnikov@bga.de)

\* eine Kurzdarstellung der Verbände finden Sie auf der letzten Seite des Papieres (Stand:08.07.2014)

# Einleitung

Die o.g. Verbände begrüßen und unterstützen ausdrücklich das Ziel des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), mit Hilfe des Insolvenzrechts Planungs-, Kalkulations- und Rechtssicherheit für Wirtschaftsakteure und Verbraucher zu gewährleisten.

Die Verbände hören von ihren Mitgliedern seit nunmehr drei Jahren zunehmend den Hilferuf, dass die aktuelle Rechtsprechung des BGH zu § 133 Abs. 1 InsO und deren Handhabung durch die Insolvenzverwalter den genannten Tatbestand in einer Weise ausdehnen, die in einer Vielzahl von Fällen nachträglich Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Bestands von Rechtsgeschäften schafft, die teilweise bis zu zehn Jahre zurückliegen. Solche Fälle waren bis Anfang des Jahres 2010 die Ausnahme. Sie sind nunmehr in der Praxis der Insolvenzverwalter ein gängiges Instrument, Lieferanten des insolventen Unternehmens auf Rückzahlung ordnungsgemäß vereinnahmter Entgelte zu verklagen. Die Klagesummen erreichen wegen der betroffenen langen Zeiträume häufig existenzbedrohende Höhen.

## I. Die Vorsatzanfechtung

Die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO durch die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung hat dazu geführt, dass sich Unternehmen in weitaus größerem Umfang als vor 2010 entsprechenden Klagen von Insolvenzverwaltern ausgesetzt sehen, nicht selten in Millionenhöhe. Die Auswirkungen auf das Liquiditätsregime und die Investitionsneigung der Unternehmen sind erheblich.

### 1. Der Wortlaut des § 133 InsO

Nach der aktuellen Gesetzesformulierung des § 133 Abs. 1 S. 1 InsO ist eine Rechtshandlung zehn Jahre lang anfechtbar:

*„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 zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners **kannte**.“*

Erforderlich ist demnach, dass der Schuldner mit sogenanntem „Gläubigerbenachteiligungsvorsatz“ gehandelt hat **und die Kenntnis des Gläubigers davon**. Für diese Kenntnis stellt § 133 Abs. 1 S. 2 InsO eine gesetzliche Vermutung auf:

*„Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners **drohte**, und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.“*

Wesentliche Bedeutung kommt daher im Recht der Vorsatzanfechtung der Frage zu, ob der (spätere) Schuldner im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung (z. B. Zahlung) entweder zahlungsunfähig war oder drohte, zahlungsunfähig zu werden.

## **2. Zahlungsunfähigkeit**

Die Frage, wann Zahlungsunfähigkeit vorliegt und wann nicht, ist in § 17 Abs. 2 InsO gesetzlich folgendermaßen definiert:

### **§ 17 Zahlungsunfähigkeit**

(2)

*„Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.“*

## **3. Die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung**

In einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 2005 hat der BGH klargestellt, wann nicht mehr von einer bloßen Zahlungsstockung oder Liquiditätslücke die Rede sein kann, sondern Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Danach ist von einer Zahlungsunfähigkeit auszugehen, wenn die Liquiditätslücke des Schuldners 10% oder mehr seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten beträgt, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass diese Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zuzumuten ist (BGH-Urt. v. 24.05.2005-IX ZR 123/04, BGHZ 163, S. 134). Zur Schließung dieser Liquiditätslücke steht dem Schuldner nach der Rechtsprechung des BGH ein Zeitraum von maximal drei Wochen zur Verfügung. Gelingt es ihm innerhalb dieses Zeitraumes nicht, die Lücke zu schließen, so liegt keine Zahlungsstockung mehr vor, sondern es ist Zahlungsunfähigkeit eingetreten.

## **4. Wechselwirkung**

Die aktuelle Rechtsprechung des BGH seit dem Jahre 2010 und insbesondere die darin aufgestellten Vermutungsregelungen führen zu einer Wechselwirkung zwischen objektiven Merkmalen (Zahlungsunfähigkeit) einerseits und subjektiven Merkmalen (Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und Kenntnis des Gläubigers hiervon) andererseits, die sich in ihrer Konsequenz (Anfechtbarkeit) für die Anfechtungsgegner, also die betroffenen Unternehmen, nicht selten fatal auswirkt. Ist nämlich einmal die (objektive) Zahlungsunfähigkeit anhand von Kontounterlagen, BWA etc. nachgewiesen, dann wird die (eigene) Kenntnis des Schuldners davon vermutet. Damit ist für den BGH der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gegeben.

Die Kenntnis des Geschäftspartners – und späteren Anfechtungsgegners - davon wird schon anhand weiterer objektiver Tatsachen vermutet, die im Geschäftsverkehr absolut üblich sind, so z.B. die Überschreitung von Zahlungszielen, das Vorhandensein von Ratenzahlungsvereinbarungen, Retouren von Schecks, etc.. Gegenüber diesen Vermutungsregelungen hat der Geschäftspartner (Anfechtungsgegner) schon deswegen kaum eine Verteidigungsmöglichkeit, weil er – im Gegensatz zum Insolvenzverwalter – keinerlei Einblick in die Buchhaltung des späteren Schuldners hat.

## II. Entwicklung der Rechtsprechung seit 2010

Der Anfechtungsgrund der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung beruht überwiegend auf subjektiven Merkmalen – also auf inneren Tatsachen, die einem Beweis nicht zugänglich sind. Ob der Schuldner mit Benachteiligungsvorsatz gehandelt oder der Gläubiger Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit hatte, lässt sich daher nur aus objektiven (äußeren) Tatsachen herleiten. Hierzu hat der Bundesgerichtshof eine Reihe von Vermutungsregeln und Beweiserleichterungen entwickelt – und insbesondere seit 2010 weiterentwickelt -, die den Insolvenzverwalter begünstigen:

1.

Von zentraler Bedeutung ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, wonach der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners zu vermuten ist, wenn der Schuldner zum Zeitpunkt der anfechtbare Handlung bereits zahlungsunfähig war (BGH, ZInsO 2006, 94 ff. Az. IX ZR 182/01; 2005, 260 ff.). Damit ist der Nachweis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners für den Insolvenzverwalter regelmäßig kein Problem, wenn er die objektive Zahlungsunfähigkeit anhand der Liquiditätslage des Schuldners belegen kann. Dazu reichen ihm in aller Regel Kontoauszüge und betriebswirtschaftliche Auswertungen (BWA) aus.

2.

Für die Kenntnis des Geschäftspartners (Gläubiger und späteren Anfechtungsgegners) vom Vorliegen des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes gilt anschließend die gesetzliche Vermutungsregel in § 133 Abs. 1 S. 2 InsO. Das dort verlangte „Wissen“ des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (Wissen um die Zahlungsunfähigkeit = Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners) leitet der BGH aus sogenannten „Beweisanzeichen“ ab:

In seinem Urteil vom 30.06.2011 hat der Bundesgerichtshof sich zu diversen Beweisanzeichen geäußert, aus denen auf die Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden könne (BGH, Urteil vom 30.06.2011, IX ZR 134/10):

- tatsächliche Nichtzahlung der eigenen Forderungen
- Nichtzahlung einer einzigen Verbindlichkeit von nicht unbeträchtlicher Höhe
- schleppende Zahlungen
- Vollstreckungsversuche
- geplatzte Schecks
- geschlossene Ratenzahlungsvereinbarungen
- Rückbuchung von Lastschriften

Bereits aus dem Wissen um die Nichtzahlung einzelner, erheblicher und fälliger Forderungen schließt der Bundesgerichtshof auf die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, die daher auch dem Anfechtungsgegner bekannt war.

3.

Mit Urteil vom 06.12.2012 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Anfechtungsgegner zu beweisen habe, eine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sei durch eine mit ihm geschlossene Ratenzahlungsvereinbarung nachträglich entfallen (BGH, Urteil vom 06.12.2012, IX ZR 3/12 ). Dieser Beweis ist dem Anfechtungsgegner regelmäßig unmöglich. Bis heute ist kein einziges Urteil des Bundesgerichtshofs bekannt, bei dem einem Gläubiger der Nachweis des nachträglichen Wegfalls der Zahlungsunfähigkeit geglückt wäre, wenn deren Eintritt zunächst angenommen wurde.

4.

Diese Rechtsprechung führt zu einer sogenannten Kettenvermutungsregel, gegen die sich der Anfechtungsgegner kaum verteidigen kann. Denn im Ergebnis wird eine Zahlungseinstellung unter anderem bereits angenommen, wenn der Schuldner Löhne schleppend zahlt (BGH, ZInsO 2008, 378). Bei Zahlungseinstellung wird schon aufgrund der gesetzlichen Vermutung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners angenommen, § 17 Abs. 2 InsO. Wegen dieser angenommenen Zahlungsunfähigkeit wird infolge der höchstrichterlichen Rechtsprechung weiter unterstellt, der Schuldner handele mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz. Bei demjenigen, der mit dem Schuldner eine Ratenzahlungsvereinbarung schließt, wird vermutet, er habe Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Aus dieser vermuteten Kenntnis wird weiter angenommen, der Gläubiger habe den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldners gekannt, § 133 Abs. 1 S. 2 InsO. 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.

Der Anfechtungsgegner ist dazu gezwungen (Beweislast), diese Vermutungen durch konkreten gegensätzlichen Vortrag zu widerlegen. Ein Nachweis kann dem Gläubiger aber schon deshalb regelmäßig nicht gelingen, weil alle relevanten Beweistatsachen außerhalb seiner Sphäre liegen.

5.

Bereits im Jahr 2006 war eine Gesetzesinitiative mit dem Ziel der Einschränkung des Tatbestandes von § 133 InsO (Stichwort: „Unlauteres Verhalten“) gestartet worden. Seinerzeit hatte der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages jedoch eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorsatzanfechtung ausdrücklich abgelehnt. Allerdings gab es damals auch noch nicht die extensive Auslegung der Vorschrift durch den BGH, zu der es erst seit 2010 gekommen ist. Zuletzt hatte das BMJ in einer Stellungnahme des zuständigen Referatsleiters vom 14.08.2013 ein Erfordernis zur Änderung der Vorschrift weiterhin verneint, ausdrücklich „unter Berücksichtigung der seit 2006 ergangenen Rechtsprechung“. Dies allerdings, ohne sich mit der genannten Rechtsprechung auch nur ansatzweise auseinanderzusetzen.

### III. Auswirkungen auf einzelne Branchen

1.

Die Geschäftsbeziehungen unserer Mitglieder sind vielfältig und häufig langfristig angelegt. Sie beschränken sich nicht auf den Warenhandel. Angeboten und nachgefragt werden auch Beratungs- und Unterstützungsleistungen (Marketing, Vertrieb, Ausbildung, Betriebsorganisation, EDV etc.).

In langfristigen Geschäftsbeziehungen besteht regelmäßig das Risiko, wegen des Abschlusses von Ratenzahlungsvereinbarungen oder der Kenntnis sonstiger Umstände, die auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit eines Geschäftspartners schließen lassen, von einem künftigen Insolvenzverwalter des Geschäftspartners auf Erstattung sämtlicher Zahlungen des Schuldners in Anspruch genommen zu werden. Dieses Risiko bedroht die Unternehmen über einen Zeitraum von bis zu zehn Jahren.

Die Auswirkungen der Vorsatzanfechtungen in der Rechtsanwendung sind jeweils branchenspezifisch und nicht immer leicht erkennbar. Wir haben sie daher, bezogen auf einzelne Branchen, in der **Anlage** zu diesem Positionspapier stichwortartig aufgeführt.

2.

Eine weitere Problematik hat sich durch die Verkürzung der handels- und steuerrechtlichen Aufbewahrungsfristen für Unterlagen ergeben. Unterlagen, die bisher zehn Jahre aufbewahrt werden mussten, können nun bereits früher vernichtet werden. Im Interesse des Bürokratieabbaus sollen die Aufbewahrungsfristen in einem Schritt (ab 2013) auf acht Jahre, in einem weiteren Schritt (ab 2015) auf sieben Jahre verkürzt werden.

Dieser grundsätzlich positive Ansatz wird durch die Anfechtungsfrist des § 133 Abs. 1 InsO von zehn Jahren konterkariert. Schließlich müssen die Parteien die Zahlungsunfähigkeit bzw. Zahlungsfähigkeit des Schuldners mittels Dokumenten vor Gericht belegen können, um den Anfechtungsvorwurf i. S. d. § 133 Abs. 1 InsO zu entkräften.

### IV. Lösungsvorschläge

Denkbar sind Korrekturen des Gesetzeswortlauts bei § 142 InsO (Bargeschäft) und bei § 133 InsO (Vorsatzanfechtung).

#### 1. Generelle Unanfechtbarkeit von Bargeschäften

Bargeschäfte sind solche Leistungen des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt. Es geht also nicht darum, dass „bar“ bezahlt wurde, sondern dass der Austausch Ware/Dienstleistung gegen Geld so zeitnah erfolgt, dass von einer Minderung des Schuldnervermögens nicht mehr gesprochen werden kann. Ein „unmittelbarer“ Leistungsaustausch i. S. d. Vorschrift läge nach der Rechtsprechung des BGH dann vor, wenn der Austausch von Leistung und Gegenleistung innerhalb von 30 Tagen erfolgt ist. Solche Bargeschäfte sind der Insolvenzanfechtung entzogen – allerdings nicht im Anwendungsbereich von § 133 Abs. 1 InsO.

Der Gesetzeswortlaut lautet wie folgt:

„§ 142 Bargeschäft

*Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind.“*

Die Einschränkung im letzten Halbsatz der Vorschrift soll es ermöglichen, Rechtshandlungen anzufechten, durch die nur eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung eintritt. Zu keinem Zeitpunkt war es Ziel des Gesetzgebers, die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs eines Unternehmens dadurch zu verhindern, indem seine Lieferanten zahlungstechnische Konzessionen machen. Die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung durch die Rechtsprechung des BGH, insbesondere seit dem Jahr 2010, engt daher den Anwendungsbereich des Bargeschäfts in einer Weise ein, wie dies nie vorgesehen war.

Die Rechtsprechung hat die Problematik erkannt und, soweit ihr das möglich war, auch schon Korrekturen vorgenommen. Trotz der Einschränkung im letzten Halbsatz von § 142 InsO lässt sie die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 bei Bargeschäften häufig nicht durchgreifen. In diesen Fällen hat die Rechtsprechung zuletzt des Öfteren das Vorhandensein eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes beim Schuldner verneint (z.B. BGH, Beschluss vom 24.09.2009, Az. IX ZR 178/07).

Um auch angesichts der neueren Rechtsprechung den Regelungsgehalt des § 142 InsO zu erhalten, sollte die Tendenz der Rechtsprechung aufgegriffen und der Gesetzeswortlaut entsprechend geändert werden. Nur dann können sich alle am Rechtsverkehr Beteiligten darauf verlassen, dass Bargeschäfte unanfechtbar sind und bleiben. Zu diesem Zweck müsste lediglich der letzte Halbsatz von § 142 InsO gestrichen werden.

Die Vorschrift würde dann lauten:

**„§ 142 Bargeschäft**

**Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nicht anfechtbar.“**

Durch eine solche Formulierung wäre sichergestellt, dass alle Rechtshandlungen von der Vorsatzanfechtung ausgenommen werden, bei denen Leistung, Rechnungslegung und Zahlung innerhalb von 30 Tagen erfolgen.

**2. Tatbestandliche Korrekturen des § 133 InsO**

Branchenüblich und im Übrigen auch gesetzlich in § 286 Abs. 3 S. 1 BGB so vorgesehen, ist jedoch eine regelmäßige Bezahlung nach Rechnungslegung innerhalb von 30 Tagen. Wenn in diesen Fällen die Rechnungslegung erst einige Tage nach der Leistungserbringung erfolgte, greift für den Lieferanten der Bargeschäftseinwand nach § 142 InsO nicht ein, obwohl es sich um einen üblichen und vertragsgemäßen Leistungsaustausch gehandelt hat. Allein die oben aufgeführte Neufassung des § 142 InsO ist daher nicht weitreichend genug.

Angesichts der vorherigen Schilderungen der Auswirkungen für die einzelnen Branchen (Ziff. IV und Anlage) wird offenbar, dass die gesetzliche Ausgangslage, wonach kongruente Leistungen mit dem Risiko der zehnjährigen Anfechtungsfrist behaftet sind, praktisch für die Bedürfnisse des Wirtschaftslebens nicht mehr handhabbar ist. Es bedarf daher auch einer unmittelbaren Korrektur des Tatbestandes des § 133 InsO.

Der Schuldner, der eine kongruente (=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. Kongruente Deckungsgeschäfte dürfen daher nur bei absichtlicher Gläubigerbenachteiligung anfechtbar sein. Weiterhin muss auch bei der inkongruenten Deckung die indizielle Wirkung der Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit beseitigt und allein auf die Kenntnis von der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit beschränkt werden. Wir schlagen daher nachfolgende gesetzliche Neuregelung vor:

### § 133 Absatz 1 InsO Vorsätzliche Benachteiligung

Geltende Fassung	Neue Fassung
<p>„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 zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.“</p>	<p>„Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, <u>die dem Gläubiger eine inkongruente Deckung gewährt</u> und die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, <u>dass der Schuldner zahlungsunfähig war</u> und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. <u>Eine Rechtshandlung, die dem Gläubiger eine kongruente Deckung gewährt, ist nur dann innerhalb derselben Frist anfechtbar, wenn sie der Schuldner mit der Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen.</u>“</p>

Die Einschränkung der Vermutungsregelung in Satz 2 des ersten Absatzes des § 133 InsO entspricht auch inhaltlich dem Vorschlag von Dr. Hans Gerhard Ganter, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D, der in seinem letzten Aufsatz in der WM 2014, 49-54 dafür plädiert, eine Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nur noch aus der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit, nicht mehr aber aus der Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit, abzuleiten.



Die auf dem Deckblatt genannten Verbände bieten ausdrücklich ihre Unterstützung bei der Lösung der geschilderten Probleme an und sind jederzeit bereit, konkrete Fälle und Sachverhalte in anonymisierter Form beizusteuern. Bitte wenden Sie sich dafür an Ihren Ansprechpartner, der Ihnen das Papier überreicht hat oder an die auf dem Deckblatt genannten Personen. Für Rückfragen und Anregungen stehen wir Ihnen jederzeit gern zur Verfügung.

## **ANLAGE**

## \* Kurzbeschreibung der teilnehmenden Verbände

1.

Der Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e. V. (BGA) ist die Spitzenorganisation des Groß- und Außenhandels. Er vertritt die Interessen von 130.000 Außenhandels- und Dienstleistungsunternehmen in Deutschland. Der BGA steht für 1,9 Millionen Beschäftigte in Deutschland und einen durch seine Mitgliedsunternehmen erwirtschafteten Jahresumsatz von EUR 1,1 Billionen.

2.

Der Bundesverband Deutscher Baustoff-Fachhandel e.V. (BDB) ist ein dem Bundesverband Groß- und Außenhandel e.V. (BGA) angeschlossener, eigenständiger Wirtschaftsverband. Er vertritt die Interessen der angeschlossenen Mitgliedsfirmen auf Bundes- und Länderebene sowie in Europa.

Der Bundesverband Deutscher Baustoff-Fachhandel e.V. ist seit mehr als 100 Jahren die branchenspezifische Interessensvertretung für aktuell 840 Baustoff-Fachhändler mit bundesweit 2.100 Betriebsstätten und einem Umsatz von ca. 15 Milliarden EUR.

3.

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, vertritt über 1800 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu überregionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Stromabsatzes, gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, 90 Prozent des Erdgasabsatzes sowie 80 Prozent der Trinkwasser-Förderung und rund ein Drittel der Abwasser-Entsorgung in Deutschland

4.

Die BDS AG - Bundesverband Deutscher Stahlhandel - ist ein seit über 40 Jahren etablierter Verband mit derzeit 435 Mitgliedsunternehmen. BDS-Mitgliedsunternehmen haben im Jahr 2012 10,3 Millionen Tonnen Walzstahlfertigerzeugnisse und 1,5 Millionen Tonnen Stahlrohre abgesetzt. In der Branche sind ca. 100.000 Mitarbeiter beschäftigt, der Umsatz in 2012 belief sich auf ca. 10 Milliarden EUR.

5.

Im Bundesverband für Credit Management (BvCM) sind aktuell 1150 Unternehmen bzw. deren Credit Manager organisiert. Das Credit Management ist für die Einschätzung der Kreditwürdigkeit und die Gewährung entsprechender Kreditlimite an Abnehmer von Unternehmen zuständig, die ihre Kunden auf Rechnung beliefern, also selbst in Vorleistung gehen. Darüber hinaus zeichnen Credit Manager im Regelfalle dafür verantwortlich, eine zügige Realisierung überfälliger Forderungen sicher zu stellen. Das Gesamtvolumen der von den Mitgliedern des Verbands jährlich betreuten Kreditentscheidungen liegt bei rund 800 Milliarden EUR.

6.

Der Bundesverband Druck und Medien e.V. (bvdm) ist der Spitzenverband der deutschen Druckindustrie. Er wird von neun regionalen Verbänden getragen und vertritt die Interessen von knapp 2.500 Unternehmen in einer Branche mit ungefähr 150.000 Beschäftigten. Als erster fachlicher Wirtschaftsverband wurde der bvdm bereits 1869 gegründet. Heute ist der

Verband eine weit verzweigte und moderne Branchenvertretung, in der Unternehmen aus allen Bereichen der Druckindustrie organisiert sind.

7.

Der Verband Deutscher Gas- und Stromhändler e.V. wurde als Tochter der European Federation of Energy Traders (EFET) gegründet, um die Interessen der auf dem deutschen Markt tätigen Energiehandelsunternehmen gegenüber Politik, Verbänden und Öffentlichkeit zu vertreten. Ziel der Verbandstätigkeit ist die Förderung des nationalen und internationalen Energiehandels. Derzeit vertritt der Verband 32 sowohl deutsche als auch europäische Unternehmen von stark divergierender Größe.

8.

Der Gesamtverband textil+mode (t+m) ist der Dachverband der deutschen Textil- und Modeindustrie. t+m vertritt die Interessen der Branche in unterschiedlichen Bereichen der Wirtschaftspolitik mit einem Büro in Berlin und Kooperationsbüros in Moskau und Shanghai. Im Büro Berlin befindet sich außerdem der Arbeitgeberverband, zu dessen Aufgaben Tarif-, Sozial- und Bildungspolitik gehören. Die deutsche Textil- und Bekleidungsindustrie ist mit etwa 1 200 Unternehmen und 400 000 Beschäftigten im In- und Ausland die zweitgrößte Konsumgüterindustrie. Deutsche Textil- und Modeunternehmen erwirtschaften einen Umsatz von rund 28 Milliarden Euro (davon 60 % Textil, 40 % Bekleidung) und sind damit in Europa führend. Textilunternehmen sind wichtige Zulieferer für Branchen wie Automobil, Luft- und Raumfahrt, Medizin, Geotechnologie etc.

9.

Der Bundesverband Deutscher Leasing-Unternehmen e.V. (BDL) mit Sitz in Berlin ist die Interessenvertretung der deutschen Leasing-Wirtschaft, die ein jährliches Investitionsvolumen von derzeit 48,54 Mrd. Euro generiert.

Gut die Hälfte (52%) aller außenfinanzierten Investitionen und 23% der gesamtwirtschaftlichen Ausrüstungsinvestitionen werden über Leasing realisiert. Damit hat sich Leasing in seiner über 50jährigen Geschichte zur Investitionsalternative Nr. 1 entwickelt und ist in allen Zweigen der Wirtschaft - vor allem jedoch beim Mittelstand - weit verbreitet.

Rund 180 Leasing-Unternehmen - vom Mittelständler bis zum internationalen Leasing-Konzern - haben sich im BDL zusammengeschlossen, um sich im Dialog mit Gesetzgeber, Verwaltung und interessierter Öffentlichkeit für die Belange dieser Finanzdienstleistung einzusetzen. Mit einem Marktanteil seiner Mitglieder von über 90 Prozent ist der BDL zentraler Ansprechpartner in allen Fragen rund um das Leasing und seinen Markt.

10.

Der Deutsche Franchise-Verband e.V. vertritt die Interessen der deutschen Franchisewirtschaft im nationalen und internationalen wirtschaftspolitischen Umfeld. 2013 erwirtschafteten rund 1.000 Franchisegeber, gemeinsam mit circa 76.600 Franchisenehmern und 525.300 Mitarbeitern einen Umsatz von etwa 62,8 Milliarden Euro.

11.

Die Centralvereinigung Deutscher Wirtschaftsverbände für Handelsvermittlung und Vertrieb (CDH) e.V. vertritt als Spitzenverband die Interessen der Handelsvermittlungsbetriebe und Vertriebsunternehmen im Business-to-Business-Bereich. Darunter befinden sich ca. 48.000 Handelsvertreter- und Handelsmaklerbetriebe aller Branchen. Dazu gehören insbesondere

die Handelsvertretungen als Marktpartner von Industrie und Handel. Sie sind selbständige Unternehmen, die Produkte zwischen Industriebetrieben, zwischen Industrie und Handel oder zwischen Groß- und Einzelhandel vermitteln. Die Handelsvermittlungen als Bindeglied zwischen den Marktstufen spielen in der deutschen Wirtschaft eine bedeutende Rolle. So vermitteln Handelsvertretungen jährlich Waren im Wert von ca. 175 Mrd. Euro einschließlich eines Eigenumsatzes von ca. 5 Mrd. Euro.

# ANLAGE

## a). **Energieversorgung**

Die Netzbetreiber der leitungsgebundenen Energieversorgung sind durch § 20 EnWG dazu verpflichtet, allen Lieferanten den Netzzugang sowie die Netznutzung der Verteilernetze zu gewährleisten. Eine Kündigung der Netznutzungsverträge wegen Vermögensverfalls des Kunden ist nur in besonderen Fällen mit Zustimmung durch die Bundesnetzagentur möglich, so dass sich die Energiewirtschaft dem Insolvenzrisiko nicht entziehen kann. Die Vereinbarung einer Raten- oder Teilzahlung für Rückstände bei den Nutzungsentgelten aus der Vergangenheit ist in diesen Fällen alternativlos.

Energielieferanten sind grundsätzlich vorleistungspflichtig und unterliegen im Rahmen der Grund- und Ersatzversorgung dem Kontrahierungszwang. Bei der Androhung der Liefersperre wegen Zahlungsrückständen wird der Schuldner erwartungsgemäß sämtliche finanziellen Ressourcen ausschöpfen und verfügbar machen, um die Versorgungseinstellung und damit die Beendigung seines Geschäftsbetriebes zu verhindern. Soweit für den Ausgleich der Rückstände die Liquidität nicht ausreicht, wird seitens des Schuldners häufig der Versuch unternommen, ratenweise Tilgung mit dem Versorger zu vereinbaren. Vereinbart das Energielieferant infolge der Sperrandrohung mit dem Kunden eine Ratenzahlungsvereinbarung, kommt regelmäßig neben einer Anfechtung nach § 130 InsO auch eine Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO in Betracht, da dem Energielieferanten aufgrund der ihm bekannten Umstände die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners regelmäßig unterstellt wird

Im Übrigen sehen sich die Energiehandelsunternehmen der Gefahr ausgesetzt, dass eine insolvenzbedingte Beendigung von oft im Energiehandel genutzten Rahmenverträgen unwirksam sein kann. Damit ist die wesentliche Rechtsfolge einer Beendigung, nämlich die Verrechnung der Erfüllungsrisiken aller unter den Rahmenvertrag fallenden Einzelverträge zu einer Netto-Risikoposition (sog. Close-Out Netting) gefährdet. Bei Besicherung auf Basis der Brutto-Risikoposition erhöhen sich automatisch die Kosten für die Besicherung bei Energiehandelsgeschäften.

## b). **Baubranche**

Der Bauunternehmer muss in der Regel vorleisten, weil er seine Vergütung erst nach Fertigstellung der einzelnen Gewerke erhält. Bauunternehmen sind daher häufig auf eine Zwischenfinanzierung angewiesen, die neben Banken insbesondere durch den Baustofffachhandel und dessen Warenkredite erfolgt. Besondere Bedeutung bekommt diese Zwischenfinanzierung im Winter, da der Baufortschritt im hohen Maße witterungsabhängig ist. Dann können vereinbarte Zahlungs- und Fertigstellungstermine häufig nicht eingehalten werden und es kommt zu Zahlungsaufschüben, verlängerten Zahlungszielen oder zum Abschluss von Ratenzahlungsvereinbarungen. Dies nehmen die Insolvenzverwalter häufig zum Anlass für eine Vorsatzanfechtung.

### **c). Stahlhandel**

Bedingt durch den aufwendigen Produktionsprozess von Stahlwaren wird im Stahlhandel den Kunden nur selten Vorkasse vereinbart. Die Regel sind Raten- und Teilzahlungen. Wichtigster Abnehmer des Stahlhandels ist wiederum die Bauindustrie, deren Finanzkraft saisonal und witterungsbedingten Schwankungen unterliegt (s. o). Der Stahlhandel versucht, dies durch individuelle Zahlungsvereinbarungen auszugleichen, mit den vorstehend genannten Risiken

### **d). Credit Management**

Das Credit Management ist für die Einschätzung der Kreditwürdigkeit und die Gewährung entsprechender Kreditlimite an Abnehmer von Unternehmen zuständig, die bei ihren Kunden in Vorleistung gehen. Durch das Ausufern der Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung gerät die Einräumung großzügiger Zahlungsbedingungen bei entsprechend bedürftigen Abnehmern für das Credit Management zum unkalkulierbaren Risiko. Der Versicherungsschutz durch eine Kreditversicherung reicht in diesen Fällen nicht aus, weil bei Vertragsschluss jeweils nicht absehbar war, dass das Volumen unbezahlter Forderungen sich rückwirkend (also durch die Anfechtung) um ein Vielfaches erhöht.

### **e). Handel**

Der Handel ist durch die Rechtsprechung besonders belastet und hierbei insbesondere die kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU). Diesen entsteht ein nicht zu bewältigender Aufwand, wenn Zeiträume von bis zu zehn Jahren auf Grund einer Anfechtung aufgearbeitet werden müssen. Hinzu kommt, dass Händler durch diese Rechtsprechung Rückstellungen bilden müssen, deren Höhe sie nur schätzen können. Diese Rückstellungen belasten Liquidität und Kreditwürdigkeit, wo doch die KMU ohnehin schon nur unter großen Schwierigkeiten bei den Banken Kredite bekommen.

### **f). Inkassobranche**

Das Vertrauen auf den Ausgleich fälliger Forderungen ist ein unverzichtbarer Bestandteil eines funktionierenden Wirtschaftskreislaufes. Für dieses Ziel sind die im BDIU organisierten Inkassounternehmen tätig, die dem Wirtschaftskreislauf pro Jahr zwischen fünf und zehn Milliarden Euro wieder zuführen und damit nicht nur die Liquidität der kleinen und mittleren Unternehmen sichern, sondern auch für stabiles Preisniveau Sorge tragen. Als Mittler zwischen Gläubigern und Schuldern sind Inkassounternehmen darauf spezialisiert, insbesondere im außer- und nachgerichtlichen Bereich praxisnahe Lösungen für Schuldner anzubieten. Ratenzahlungen sind dabei ein häufiges Mittel, um laufende Geschäftsbeziehungen nicht zu gefährden und es dem Schuldner zu ermöglichen, seine finanzielle Leistungsfähigkeit zurück zu erlangen. Die Vorschriften der Insolvenzanfechtung in ihrer Ausprägung der Rechtsprechung führen jedoch dazu, dass selbst die vom Gesetzgeber ausdrücklich in § 802b ZPO vorgesehenen Ratenzahlungen an den

Gerichtsvollzieher über einen Zeitraum von zehn Jahren nicht insolvenzfest sind. Die rechtssichere Rückführung offener Forderungen wird daher erheblich erschwert.

#### **g). Verbundgruppen**

Eine Vielzahl von Verbundgruppen sind als eingetragene Genossenschaft (eG) organisiert und damit dem in § 1 Genossenschaftsgesetz festgelegten Förderauftrag verpflichtet. Diesem entspricht es, auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten Verantwortung gegenüber ihren Anschlusshäusern zu übernehmen und die reibungslose Belieferung beim Warengeschäft zu gewährleisten. Saisonale oder witterungsbedingte geschäftliche Schwankungen werden insbesondere durch individuelle Zahlungsvereinbarungen kompensiert. Die aktuelle Anfechtungspraxis mancher Insolvenzverwalter bedroht die Wahrnehmung dieses Förderauftrags und riskiert damit Sanierungsmöglichkeiten.

#### **h). Druckindustrie**

Druckereien werden häufig für Agenturen und Verlage tätig, die ihrerseits das Endprodukt (z.B. Bücher) ausliefern und auf entsprechende Zahlungen ihrer Kunden angewiesen sind. Folge und häufige Handelspraxis der oftmals langfristig angelegten Geschäftsbeziehungen mit Druckereien sind Vereinbarungen von langen Zahlungszielen, Zahlungsaufschüben und Ratenzahlungsvereinbarungen. Diese in der Praxis verbreiteten Zahlungsgepflogenheiten können bei unveränderter Handhabung der aktuell praktizierten Vorsatzanfechtungen zu dramatischen Folgen der ohnehin angeschlagenen Druckindustrie führen.

#### **i). Textil- und Modeindustrie**

Die Textil- und Modeindustrie ist sehr mittelständisch geprägt. Die Unternehmen haben deshalb kaum die Möglichkeit, von ihren Abnehmern Auskünfte über deren wirtschaftliche Situation zu erlangen. Im Bekleidungsbereich sehen sich Unternehmen einer starken Konzentration auf Seiten der Abnehmer gegenüber. Deshalb ist es üblich, einem langjährigen Kunden, mit dem man immer gute Umsätze gemacht hat, im Zweifelsfall aus Kulanz Sonderkonditionen einzuräumen, damit dieser nicht aus dem Markt ausscheidet oder ihn als Großabnehmer zu behalten. Die meisten Unternehmen verfügen nicht über eine eigene Rechtsabteilung und scheuen, eine teure Anwaltskanzlei zu beauftragen, um eine fällige Forderung gerichtlich durchzusetzen. Die Erfahrung lehrt, dass eine Ratenzahlungsvereinbarung in der Regel schneller zum Ziel führt und die Geschäftsbeziehung nicht beschädigt. Schließlich ist auch noch das Wetter zu erwähnen. Einzelhändler hängen beim Abverkauf von der Witterung ab. Wenn es zum Winter nicht kalt wird, kauft niemand warme Bekleidung. Das führt zu Liquiditätsengpässen, die durch die Einräumung von Zahlungszielen überbrückt werden.

#### **j). Leasingwirtschaft**

Ratenzahlungen und langfristige Vertragslaufzeiten sind im Leasing-Geschäft der Normalfall. Inzwischen besteht bei nahezu jedem Leasing-Vertrag, bei dem der Vertragspartner

insolvent wird, eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Leasing-Geber mit einem Herausgabeverlangen nach § 133 InsO durch den Insolvenzverwalter konfrontiert wird. Denn bei langfristigen Vertragsbeziehungen werden durchaus häufig, Zahlungsstundungen vereinbart, weil es einen kurzfristigen - beispielsweise saisonal bedingten - Engpass beim Kunden gibt. In diesem Fall ist so gut wie sicher, dass die Vorsatzanfechtung pauschal als Ceterum Censeo herangezogen wird. Dadurch sind meist automatisch viele Leasing-Raten des Vertragsverhältnisses betroffen, die vom Gläubiger zurück gefordert werden. Das kann in vielen Fällen zu einem wirtschaftlichen Totalausfall führen. Da Leasing ein klassisches Finanzierungsinstrument insbesondere für den Mittelstand ist, führt diese Problematik mittelfristig zu erschwerten Zugangsvoraussetzungen mit entsprechenden, sicherlich unerwünschten Konsequenzen für den Mittelstand.

### **k). Franchising**

Franchising ist eine auf Partnerschaft beruhende Vertriebsform, die im Rahmen eines Franchisevertrages zwischen dem Franchisegeber und den Franchisenehmern auf Zeit geschlossen wird. Der Franchisenehmer ist dabei ein rechtlich selbstständiger und eigenverantwortlicher agierender Unternehmer. Im Rahmen der Franchisepartnerschaft verpflichtet sich der Franchisegeber zur Betreuung und Fürsorge gegenüber dem Franchisenehmer. Diese Verpflichtung beinhaltet unter anderem einen stetigen Know-how-Transfer, Schulung und Weiterbildung sowie Beratung und Unterstützung des Franchisenehmers von Seiten des Franchisegebers. Gerade diese auf Partnerschaft beruhende Unternehmerbeziehung hat zur Folge, dass in wirtschaftlicher Schieflage oder bei Liquiditätsproblemen des Franchisenehmers, dieser eine professionelle Unterstützung durch den Franchisegeber erfährt. Nur so kann ein Franchisesystem, welches sehr stark auf gegenseitigem Vertrauen und Austausch beruht, nachhaltig wachsen. Die aktuelle Entwicklung in der Anfechtungspraxis einiger Insolvenzverwalter riskiert das Funktionieren einer Franchisepartnerschaft gerade im Hinblick des Wiederaufbaus und der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit wirtschaftlich notleidender Franchisenehmer durch den Franchisegeber.

### **l.) Vertrieb über Handelsvertretungen**

Das Vertragsverhältnis zwischen einer Handelsvertretung und einem vertretenen Unternehmen ist geprägt von einer gegenseitigen Interessenwahrnehmungs- und Treuepflicht. Die Handelsvertretung hat sich demnach jederzeit loyal gegenüber den von ihr vertretenen Unternehmen zu verhalten und unterliegt u.a. auch einer strikten Absatzförderungspflicht. Einen "Dienst nach Vorschrift" verbietet insoweit nicht nur die Verpflichtung zur Vermittlung und zum Geschäftsabschluss selbst, sondern auch die Interessenwahrnehmungspflicht.

Aktuelle Berichte über eine sich entwickelnde Anfechtungspraxis einiger Insolvenzverwalter in Bezug auf erhaltene Provisionszahlungen von Handelsvertretungen geben Anlass zur Sorge. Würden sich Handelsvertretungen dieser Praxis folgend von Herstellerunternehmen gerade dann abwenden, wenn sich diese in Absatzschwierigkeiten befinden, würde dies mit Sicherheit dazu führen, dass eine weit größere Anzahl von Herstellerunternehmen in eine Insolvenz geraten werden. Auch würde es unter dem Gesichtspunkt einer drohenden



Insolvenzanfechtung von für konkrete Geschäftsabschlüsse erhaltene Provisionen nicht mehr möglich sein, in einer solchen Situation überhaupt noch eine Handelsvertretung zu beauftragen.

---