



F O R D E R U N G S P A P I E R

des MITTELSTANDSVERBUNDS – ZGV e.V.

zum Problem der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO

DER MITTELSTANDSVERBUND – ZGV e.V. vertritt als Spitzenverband der Deutschen Wirtschaft in Berlin und Brüssel die Interessen von ca. 230.000 mittelständischen Unternehmen, die in rund 320 Verbundgruppen organisiert sind. Die kooperierenden Mittelständler erwirtschaften mit 2,5 Mio. Vollzeitbeschäftigten einen Umsatz von mehr als 460 Mrd. Euro (rund 18 Prozent des BIP) und bieten 440.000 Ausbildungsplätze. Einzelne Verbundgruppen treten unter einer Marke auf, z. B. EDEKA, REWE, INTERSPORT, EP: ElectronicPartner, Expert, hagebau und BÄKO. Alle fördern ihre Mitglieder durch eine Vielzahl von Angeboten wie etwa Einkaufsverhandlungen, Logistik, IT, Finanzdienstleistungen, Beratung, Marketing, Ladeneinrichtung und Trendforschung.

Vorbemerkung

DER MITTELSTANDSVERBUND unterstützt grundsätzlich das Ziel des Bundesministeriums der Justiz (BMJ), durch eine Reform des Insolvenzrechts den Wirtschaftsstandort Deutschland zu stärken, um für künftige Krisen besser gerüstet zu sein und für alle am Wirtschaftsleben Beteiligten Planungs-, Kalkulations- und Rechtssicherheit zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund gehört die dreistufige Insolvenzreform derzeit sicherlich zu den wichtigsten Reformprojekten im Wirtschaftsrecht.

Es kann zudem durchaus festgestellt werden, dass sich die Insolvenzordnung im Großen und Ganzen bewährt hat. Es haben sich allerdings auch Schwachstellen gezeigt. Auf eine solche Schwachstelle möchten wir heute hinweisen: der Tatbestand der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO.

Unser Anliegen als MITTELSTANDSVERBUND ist die Änderung des § 133 Abs. 1 InsO, da die derzeitige Gesetzesfassung sowie die hierzu ergangene – aus unserer Sicht ausufernde - Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) zur Insolvenzanfechtung Verbundgruppen und deren Anschluss Häuser, sowie insgesamt viele Gläubiger vor erhebliche Probleme stellen.



Sach- und Problemlage

Eine Vielzahl von im MITTELSTANDSVERBUND organisierten Verbundgruppen (Einkaufskooperationen; Einkaufsgenossenschaften) sind im Warengeschäft tätig (Großhandelsgeschäft; Zentralfakturierungsgeschäft/Streckengeschäft) und stellen so die reibungslose Belieferung ihrer Anschluss Häuser (Fachhandels-, Handwerks- und Dienstleistungsunternehmen) mit Waren und Dienstleistungen sicher. Teilweise werden für die Anschluss Häuser eigens Konditionen mit den Vertragslieferanten vorverhandelt, so dass die Notwendigkeit zu Verhandlungen im Einzelfall entfällt, teilweise übernehmen die Verbundgruppen auch das Ausfallrisiko für ihre Anschluss Häuser gegenüber den Vertragslieferanten. Dies hat den Vorteil, dass die Lieferanten keine Kreditprüfungen im Einzelfall vornehmen müssen. Die Geschäftsbeziehungen zwischen den Verbundgruppen und ihren Anschluss Häusern, die sehr langfristig angelegt sind, beschränken sich allerdings nicht auf den (gemeinsamen) Einkauf von Waren und Dienstleistungen. Die meisten Verbundgruppen verstehen sich darüber hinaus als Systemverbund mit zahlreichen Beratungs- und Unterstützungsleistungen für ihre Anschluss Häuser (Marketing, Vertrieb, Ausbildung, Betriebsorganisation, EDV etc.).

Weil Verbundgruppen und deren Anschluss Häuser häufig bei der Erschließung von Beschaffungsmärkten für Rohstoffe, Halbfabrikate, Fertigwaren, Verpackungsmaterialien und Investitionsgüter in die Lieferkette eingebunden sind (so z.B. bei der genossenschaftlich organisierten Wirtschaftsorganisation für Bäcker und Konditoren BÄKO sowie weiteren Fachgroßhandelssystemen in zahlreichen Branchen), besteht das latente Risiko, wegen des Abschlusses von Ratenzahlungsvereinbarungen oder sonstigen kenntnisvermutenden Umständen im Sinne des § 133 Abs. 1 InsO durch den (späteren) Insolvenzverwalter auf Rückzahlung der vereinnahmten Gelder in Anspruch genommen zu werden. Und das bis zu 10 Jahre nach Erhalt der Gelder.

Besonders deutlich tritt das Problem auch in der Baubranche zutage. Hier erfolgt die Zahlung von Bauleistungen in der Regel erst nach Fertigstellung der einzelnen Gewerke. Dadurch sind Bauunternehmen häufig auf eine Zwischen- oder Refinanzieren angewiesen, denn sie treten bis zur Bezahlung durch ihre eigenen Kunden mit ihren Leistungen in Vorleistung. Neben Banken stellt insbesondere der in Verbundgruppen organisierte Baustofffachhandel mit Warenkrediten erhebliche Mittel zur Zwischenfinanzierung zur Verfügung. Die Baustofffachhändler sichern ihren finanziellen Einsatz üblicherweise durch einen einfachen und verlängerten Eigentumsvorbehalt ab. Besondere Bedeutung bekommt diese Zwischenfinanzierung in der Regel im Winter, da der Baufortschritt in hohem Maße witterungsabhängig ist. Vereinbarte Zahlungs- und Fertigstellungstermine können in dieser Zeit nicht immer eingehalten werden. Branchenüblich gewährt der Fachhandel daher Zahlungsaufschübe, verlängerte Zahlungsziele oder Ratenzahlungsvereinbarungen. Dies ist eine erhebliche Finanzierungsleistung des kooperierenden Fachhandels zur Unterstützung der Bauunternehmen. Geraten die Bauunternehmen dennoch in die Insolvenz, müssen die Baustofffachhändler häufig feststellen, dass ihre Sicherheiten nichts oder nur wenig wert sind und sie auch dann, wenn sie bereits Zahlungen erhalten haben, die Gelder wegen Anfechtungsklagen der Insolvenzverwalter zurückzahlen müssen.

Dabei stützen sich die Insolvenzverwalter häufig lediglich auf die Existenz einer Ratenzahlungsvereinbarung oder eine Rücklastschrift, um systematisch alle damit zusammenhängenden Rechtshandlungen bis zu 10 Jahre rückwirkend anzufechten.

Noch ein weiterer Punkt ist bei den Verbundgruppen zu berücksichtigen: Viele unserer Mitglieder sind als Genossenschaft (eG) organisiert und damit dem in § 1 GenG festgelegtem Förderauftrag verpflichtet. Dies bedeutet, dass der Zweck der Genossenschaft darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. Aber auch nicht genossenschaftlich organisierte Verbundgruppen haben in der Regel diesen Förderauftrag im Gesellschaftsvertrag verankert. So übernehmen Verbundgruppen gerade auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten Verantwortung gegenüber ihren Anschlusshäusern und unterstützen diese – auch finanziell. Dabei handelt es sich um eine Grundaufgabe der Verbundgruppen. Für die Überwachung der Unterstützungsmaßnahmen gibt es bewährte Rating- und Debitorenmanagement-Programme, die über ein rein betriebliches Controlling hinausgehen. Eine Vielzahl mittelständischer Unternehmen konnte so erhalten werden.

Es ist deshalb besonders unverständlich für Verbundgruppen, wenn sie – Ihrem (gesetzlichen) Förderauftrag nachkommend – die ihnen angeschlossenen Unternehmen unterstützen und sodann im Rahmen der Insolvenzanfechtung „zur Kasse gebeten“ werden.

Dieser Zustand ist für die beteiligten Unternehmen in höchstem Maße unbefriedigend, von Planungs-, Kalkulations- oder Rechtssicherheit ganz zu schweigen. Aus diesem Grund setzt sich der MITTELSTANDSVERBUND für eine Änderung der Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung ein.

Rechtslage

Mit Einführung der Insolvenzordnung sind die Voraussetzungen für die Vorsatzanfechtung erleichtert worden. Nach der aktuellen Gesetzesformulierung des § 133 Abs. 1 S. 1 InsO ist eine Rechtshandlung unter folgenden Voraussetzungen 10 Jahre lang anfechtbar:

§ 133 Vorsätzliche Benachteiligung

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

Im Sinne des §133 InsO wird ein Handeln des Insolvenzschuldners ohne Gläubigerbenachteiligungsabsicht nur dann angenommen, wenn er aufgrund konkreter Umstände mit einer baldigen Überwindung der Krise rechnen konnte. Bereits dieses Tatbestandsmerkmal wird von den Insolvenzverwaltern und Gerichten häufig mit nur wenig Sachverhaltsvortrag unterstellt.

Erforderlich ist zudem, dass der andere Teil den Vorsatz des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, kannte. 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“

Daran anknüpfend hat insbesondere die Rechtsprechung des BGH weitere Erleichterungen der Beweisführung geschaffen. Viele Unternehmen können so auch nach Ablauf von fast 10 Jahren nicht sicher sein, das erhaltene Geld für gelieferte Waren und erbrachte Leistungen wirklich realisiert zu haben. Dies macht eine kaufmännisch notwendige Finanzplanung nahezu unmöglich.

Dreh- und Angelpunkt der Problematik ist aus unserer Sicht die für die Anfechtung von Zahlungen erforderliche Kenntnisvermutung auf Seiten des Gläubigers (§ 133 Abs. 1 S. 2 InsO). Es genügt die Kenntnis der Umstände, aus denen auf die drohende Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden kann. Zudem setzt die Gläubigerbenachteiligung keine anderen Gläubiger voraus. Bei entsprechenden Rückständen ist die Problematik der Zahlungs(un)fähigkeit deshalb schnell bekannt. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Ratenzahlungsvereinbarung getroffen wurde oder der Schuldner sich in einer Mahnstufe befindet.

Besonders bedeutend ist, dass nach aktueller Rechtslage sämtliche Zahlungen nach der Vereinbarung der ersten Ratenzahlung mit einem Rückzahlungsrisiko behaftet sind. Das kann auch viele Jahre später der Fall sein. Die Wiedererlangung der allgemeinen Zahlungsfähigkeit muss der Anfechtungsgegner beweisen, um sich zu entlasten. Dies ist in der Praxis aber mangels Einsicht in die Bücher des Schuldners kaum möglich. Die Zahlung der Beträge im Rahmen der Ratenzahlungsvereinbarung bzw. nach der dritten Mahnung ist rechtlich als eine Rechtshandlung des (dann späteren) Insolvenzschuldners einzuordnen. Dies eröffnet das Risiko, dass die Zahlungen der letzten zehn Jahre angefochten werden können. Ein derartiges Risiko ist wirtschaftlich für den Gläubiger nicht kalkulierbar und damit unzumutbar.

Es würde auch die erhebliche Finanzierungsleistung vieler Gläubiger völlig unberücksichtigt lassen, die z.B. saisonalen Branchen ein Überleben in wirtschaftlich schwierigen Zeiten ermöglichen. Hieraus darf nicht auf die Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden.

Im Vergleich zur Intention des Gesetzgebers, dehnt die Rechtsprechung des BGH die Anfechtungsvoraussetzungen noch weiter aus. Dadurch herrscht bei den Gläubigern erhebliche Rechtsunsicherheit. Während der BGH z.B. die Definition der o.g. Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 17 InsO dergestalt definiert hat, dass zahlungsunfähig ist, wer 3 Wochen lang die Zahlungsmittel nicht aufbringen kann, um mindestens 11% seiner fälligen Verbindlichkeiten bezahlen zu können, legen die Oberlandesgerichte den Begriff der „Zahlungsunfähigkeit“ moderater aus. So haben sie beispielsweise eine Zahlungsunfähigkeit über mehrere Monate in der Baubranche lediglich als „saisonale Zahlungsstockung“ qualifiziert, um die Zahlungsunfähigkeit als Anfechtungsvoraussetzung ablehnen zu können.

In seinem Urteil vom 30.06.2011¹ hat der BGH sich zu diversen Beweisanzeichen geäußert, aus denen auf die Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden kann:

- tatsächliche Nichtzahlung
- Nichtzahlung einer einzigen Verbindlichkeit
- schleppende Zahlungen
- Vollstreckungsversuche
- geplatzte Schecks
- geschlossene Ratenzahlungsvereinbarungen

Bereits aus der Nichtzahlung erheblicher fälliger Forderungen schließt der Bundesgerichtshof auf die Zahlungsunfähigkeit, die daher auch dem Anfechtungsgegner bekannt ist.²

Ende letzten Jahres hat dann der BGH entschieden, dass der Gläubiger zu beweisen hat, dass die bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners durch eine mit ihm getroffene Ratenzahlungsvereinbarung nachträglich entfallen ist.³ Dies ist in der Praxis aber nur in seltenen Fällen möglich. Die Kenntnis des Gläubigers von einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit entfalle nicht bereits durch den Abschluss einer von dem Schuldner vereinbarungsgemäß bedienten Ratenzahlungsvereinbarung, wenn bei dem gewerblich tätigen Schuldner mit weiteren Gläubigern zu rechnen sei, die keinen vergleichbaren Druck zur Eintreibung ihrer Forderungen ausüben.⁴

Eine weitere Unzulänglichkeit hat sich durch die Verkürzung der handels- und steuerrechtlichen Aufbewahrungsfristen für Unterlagen ergeben. Unterlagen, die bisher 10 Jahre aufbewahrt werden mussten, können nun bereits früher vernichtet werden. Im Interesse des Bürokratieabbaus sollen die Aufbewahrungsfristen in einem ersten 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 10 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.

Von dieser uneinheitlichen Rechtsprechung und Rechtsunsicherheit sind nicht nur die Fach- und Großhändler betroffen. Insbesondere der Mittelstand und die KMU können diese Situation nicht auf Dauer mittragen. Als vorsichtige Kaufleute müssten sie jahrelang Rückstellungen bilden. Die Rückstellungen belasten jedoch die Liquidität und die Kreditwürdigkeit der Unternehmen. Das führt zum bekannten Problem, da die KMU ohnehin schon Schwierigkeiten haben, bei den Banken Kredite zu bekommen. Darüber hinaus können sich viele die Rückzahlungen gar nicht leisten, wodurch auch Anschlussinsolvenzen provoziert werden. Die Liste der betroffenen Gläubiger lässt sich noch endlos fortsetzen, da es mittlerweile zur gängigen Praxis der Insolvenzverwalter gehört, die Bücher erst auf Ratenzahlungsvereinbarungen und andere „kenntnisvermutende Umstände“

¹ BGH, Urteil vom 30.06.2011, IX ZR 134/10

² BGH, Urteil vom 15.03.2012, IX ZR 239/09

³ BGH, Urteil vom 06.12.2012, IX ZR 3/12

⁴ wie vor.

i.S.d. § 133 Abs. 1 InsO zu prüfen und dann systematisch alle damit zusammenhängenden Rechtshandlungen bis zu 10 Jahre rückwirkend anzufechten.

Lösungsvorschlag

Die Anfechtungsvoraussetzungen müssen nach Ansicht des MITTELSTANDSVERBUNDES dringend konkretisiert werden. Die Kriterien müssen dem Umstand Rechnung tragen, dass eine Rechtshandlung es nicht verdient, über 10 Jahre hinweg rechtsunsicher zu bleiben. Die Kriterien sollten daher klar zum Ausdruck bringen, dass es sich um die Sanktion eines kriminellen Verhaltens handelt, nicht um den Versuch, im Rahmen eines Förderauftrages ein Mitglieds-Unternehmen zu unterstützen.

Die Finanzierung von Unternehmen durch Ratenzahlungs-, Stundungs- und Verzichtvereinbarungen muss privilegiert werden. Verbundgruppen, deren Anschluss Häuser und andere Gläubiger erfüllen dadurch eine volkswirtschaftlich wichtige Aufgabe, insbesondere im Bereich mittelständischer Strukturen. Andernfalls droht den Firmen und deren Arbeitnehmern gleichermaßen Schaden.

Darüber hinaus sollte auch im Bereich der Vorsatzanfechtung eine Privilegierung der Bargeschäfte nach § 142 InsO erfolgen, wie dies bei §§ 130, 131 InsO schon heute der Fall ist. Es gehört in vielen Branchen u.a. im Groß- und Fachhandel zur gängigen Praxis, Zwischenfinanzierungen zu organisieren oder saisonale oder witterungsbedingte Einflüsse in Abstimmung mit den Auftragnehmern zu meistern. Die Refinanzierungsform z.B. des Lieferantenkredites oder der Nutzung von Zahlungszielen ist neben der Refinanzierung durch Finanzinstitute eine flexibles, kurzfristig genutztes Instrument, dem gerade im Mittelstand eine hohe Bedeutung zukommt und insgesamt volkswirtschaftlich eine wichtige Aufgabe, die durch die aktuelle Rechtslage und Rechtsprechung immer mehr in Gefahr gebracht wird.

Um all diesen Bedenken Rechnung zu tragen und die Regelungslücke zu schließen, könnte § 133 Abs. 1 InsO folgendermaßen lauten:

§ 133 Vorsätzliche Benachteiligung

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

Durch die Auswechslung des Begriffes "Vorsatz" durch "Absicht" wird deutlich, dass die Benachteiligung der anderen Gläubiger Ziel des Handelns sein muss. Es genügt nicht, wenn die Benachteiligung der anderen Gläubiger sich als Reflex der Handlung ergibt. Ebenso wenig reicht ein bloßer Eventualvorsatz (dolus eventualis) aus. Dies wird durch die Einfügung des Wortes "ausschließlich" noch weiter verstärkt. Hieraus ergibt sich, dass immer dann eine Anfechtung nach § 133 InsO ausgeschlossen ist, wenn es andere nachvollziehbare Gründe für die Handlung des Schuldners gegeben hat. Dazu mag bei-

spielsweise zählen die Fertigstellung eines Bauvorhabens, um damit insgesamt die Werklohnforderung zu realisieren.

Darüber hinaus halten wir es für dringend geboten, dass in § 142 InsO (Bargeschäft) eine Anfechtung nach § 133 InsO ebenfalls ausgeschlossen wird. Der diesbezügliche Vorbehalt in § 142 InsO ist daher zu streichen.

Dr. Marc Zgaga
19.04.2013