



## Vorwort

*Mit diesem Infobrief möchten wir Sie über aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet des Insolvenz- und Sanierungsrechts informieren. Schwerpunkt sind hierbei neben Sanierungsthemen die Möglichkeiten zur Vermeidung von Krise und Insolvenz.*

*Ferner widmet sich der Infobrief den Einflussmöglichkeiten von Gläubigern in der Krise und in Insolvenzverfahren.*

### Themen dieser Ausgabe:

1. Konkretisierung der Zahlungsunfähigkeit
2. Einflussmöglichkeiten von Insolvenzgläubigern – hier: Verwalterauswahl
3. Neues zum Rangrücktritt
4. Wirksamkeit der Kapitalaufbringung im Rahmen eines Cash-Pool-Systems

## 1. Konkretisierung der Zahlungsunfähigkeit

Das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit ist, neben der Überschuldung, gemäß § 17 Insolvenzordnung (InsO) Insolvenzgrund. Die Feststellung dieses Insolvenzgrundes ist gerade bei Kapitalgesellschaften schon aus haftungsrechtlichen Gründen sehr wichtig.

Mit einem aktuellen Urteil hat der Bundesgerichtshof die eher generell formulierten Tatbestandsmerkmale der Norm näher konkretisiert. Ein Schuldner gilt gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO als zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Zwar enthält Satz 2 schon eine Konkretisierung derart, dass eine Zahlungsunfähigkeit in der Regel anzunehmen ist, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Schon unter Geltung der Konkursordnung bestand allerdings Streit, ab wann – außer bei Zahlungseinstellung – Illiquidität vorliegen soll. So wollte der Gesetzgeber der Insolvenzordnung „ganz geringfügige“ Liquiditätslücken außer Betracht lassen, ohne allerdings näher zu erläutern, was „ganz geringfügig“ bedeuten sollte.

Der BGH hat nunmehr entschieden, dass erst bei einer Liquiditätslücke von mehr als 10 Prozent von Zahlungsunfähigkeit auszugehen sei. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn bereits absehbar sei, dass die Lücke demnächst mehr als 10 Prozent betragen werde. Bei einer Liquiditätslücke von mehr als 10 Prozent sei regelmäßig von einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig beseitigt werden könne.

Unabhängig vom genannten Schwellenwert von 10 Prozent sei eine bloße Zahlungsstockung dann anzunehmen,

wenn der Zeitraum nicht überschritten werde, den eine kreditwürdige Person benötige, um sich die benötigten Mittel anderweitig zu beschaffen. Hierfür setzt der BGH eine Frist von drei Wochen.

Trotz des Bestrebens des Bundesgerichtshofes, hier eine Klarstellung der Tatbestandsmerkmale des § 17 InsO herbeizuführen, haben sich aus dieser Rechtsprechung bereits Folgefragen ergeben. Nach Ansicht einiger Autoren ist die vom BGH zur Beseitigung der bloßen Zahlungsstockung angesetzte Drei-Wochen-Frist nämlich nicht gleichbedeutend mit der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist im Sinne des § 64 GmbHG, § 93 AktG. Begründet wird diese Ansicht damit, dass nach AktG und GmbHG für den Beginn der Frist der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit maßgeblich sei, nach der Interpretation des BGH-Urteils der Ablauf der Drei-Wochen-Frist zur Beschaffung von liquiden Mitteln aber erst den Beginn der Zahlungsunfähigkeit markiere. Folgte man dieser Ansicht, so würde der Schuldner ab Eintritt der Zahlungsstockung insgesamt sechs Wochen bis zum Ablauf der Drei-Wochen-Frist nach § 64 GmbHG, § 93 AktG zur Verfügung haben. Gegen diese Ansicht sind gewichtige Stimmen in der Literatur laut geworden. Eine klarstellende Entscheidung des BGH zu diesem Punkt steht noch aus.

Unabhängig von der Frage der Vertretbarkeit der Ansicht, die eine insgesamt sechswöchige Frist zubilligen würde, sollte in der Beratungspraxis eine einheitliche Drei-Wochen-Frist zugrunde gelegt, also unterstellt werden, dass mit dem Eintritt der Zahlungsstockung auch gleichzeitig die Drei-Wochen-Frist des GmbHG bzw. AktG zu laufen beginnt. Nur so können Haftungsrisiken – zumindest bis zu einer klärenden Entscheidung des BGH – vermieden werden.

BGH, Urt. v. 24. 05. 2005 – IX ZR 123/04



## 2. Einflussmöglichkeiten von Insolvenzgläubigern – hier: Verwalterauswahl

Der Insolvenzverwalter ist die Schlüsselfigur bei der Abwicklung eines Insolvenzverfahrens, der Erfolg der Abwicklung hängt maßgeblich von seiner Persönlichkeit, seiner Ausbildung und Erfahrung ab.

Entsprechend bestimmt § 56 InsO, dass zum Insolvenzverwalter eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen ist. Zwar erfolgt nach dem Gesetz die Erstbestellung durch das Insolvenzgericht (§ 27 InsO), jedoch sieht § 57 InsO vor, dass in der ersten Gläubigerversammlung, die auf die Bestellung des Insolvenzverwalters folgt, die Gläubiger an dessen Stelle eine andere Person wählen können. Soweit die graue (Gesetzes-) Theorie.

In der Praxis ist mittlerweile die Zeit, als Richter noch händeringend über die Gerichtsflure liefen, um Insolvenzverwalter zu suchen, längst vorbei. Auf Grund des „Insolvenzbooms“ streben mehr oder minder geschäftskundige Personen in großer Zahl das Verwalteramt an. Dementsprechend kennt nunmehr auch das Insolvenzrecht – zumeist unbemerkt von der breiten Öffentlichkeit – die sog. „Konkurrentenklagen“, in denen sich Insolvenzverwalter gegen die Nichtberücksichtigung bei der Verwalterbestellung wehren.

Trotz dieses „Überangebotes“ an potenziellen Insolvenzverwaltern haben die Gläubiger aus rein faktischen Gesichtspunkten wenig Einfluss auf die Verwalterbestellung. So bestellt das Insolvenzgericht im vorläufigen Insolvenzverfahren – ohne rechtlich abgesicherte Einflussmöglichkeiten der Gläubiger – einen vorläufigen Insolvenzverwalter. Diese „Vorläufigkeit“ kann gerade bei Betriebsfortführungen allerdings bis zu drei Monaten dauern: Bei Unternehmensinsolvenzen nutzt der vorläufige Insolvenzverwalter nämlich häufig das sog. „Insolvenzgeld“, welches für bis zu drei Monate gezahlt wird, um die Fortführung des Unternehmens im vorläufigen Verfahren sicherzustellen. Eine „Abwahl“ des vorläufigen Insolvenzverwalters ist in diesem Verfahrensstadium schon deswegen nicht möglich, weil die Gläubigergesamtheit an sich noch nicht konstituiert ist. Zwar gibt es Überlegungen, in umfangreichen Verfahren auch sog. „vorläufige Gläubigerausüsse“ zu bestellen, diese haben sich in der Praxis jedoch bislang nicht durchsetzen können. Auch billigt die Rechtsprechung dem Insolvenzgericht bei der Bestellung des „vorläufigen“ Insolvenzverwalters einen großen Ermessensspielraum zu (OLG Stuttgart).

Allein unter Zeit- und Kostengesichtspunkten (Einarbeitung eines neuen Verwalters, etc.) ist natürlich die Motivation entsprechend gering, nach Eröffnung des Verfahrens im Rahmen der ersten Gläubigerversammlung, die innerhalb von sechs Wochen bis drei Monate nach Eröffnung des Verfahrens stattfinden muss, einen neuen Verwalter zu wählen.

Es stellt sich nun die Frage, wie die Gläubiger gleichwohl Einfluss auf die Auswahl eines geeigneten Verwalters nehmen können. Der Weg über die Empfehlung bei Gericht im Rahmen der Antragstellung ist dabei eher zwiespältig zu betrachten. Während bei manchen Gerichten die Empfehlung eines geeigneten Verwalters problemlos möglich ist, sichert bei anderen Gerichten eine derartige Empfehlung nur ab, dass die empfohlene Person gerade nicht als Verwalter bestellt wird. Es sollte also vorher abgeklärt werden, ob die Empfehlung eines Insolvenzverwalters zielführend ist oder nicht.

Ferner bestehen zwei Möglichkeiten, die Einberufung der ersten Gläubigerversammlung zu beschleunigen: Zahlt der antragstellende Gläubiger bei Antragstellung einen Kostenvorschuss für die Verfahrenskosten, so ist das Insolvenzverfahren zu eröffnen. Bei sofortiger Eröffnung verkürzt sich der Zeitraum bis zur ersten Gläubigerversammlung natürlich entsprechend und die Gläubiger sind in der Lage, relativ zügig einen neuen Insolvenzverwalter zu wählen, sollte das Gericht der ersten Empfehlung nicht gefolgt sein.

Ferner kann eine qualifizierte Mehrheit von Gläubigern unmittelbar nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Antrag auf eine sofortige Gläubigerversammlung stellen. So hat das Insolvenzgericht zwingend eine Gläubigerversammlung einzuberufen, wenn entweder fünf absonderungsberechtigte Gläubiger oder nicht nachrangige Insolvenzgläubiger, deren Forderungen mindestens 20 Prozent der Gesamtverbindlichkeiten des Schuldners betragen, oder zumindest ein absonderungsberechtigter Gläubiger oder nicht nachrangiger Insolvenzgläubiger, dessen Forderung mindestens 40 Prozent der Gesamtverbindlichkeiten des Schuldners betragen, dies beantragen.

In einer derartigen sofortigen Gläubigerversammlung, die innerhalb von drei Wochen nach Antragstellung stattfinden soll, besteht ebenfalls die Möglichkeit, einen anderen Insolvenzverwalter zu wählen.

Bei der Auswahl einer geeigneten Person als Insolvenzverwalter kann man sich durchaus die vorgenannten „Konkurrentenstreitigkeiten“ zunutze machen: So sind die Insolvenzgerichte nunmehr dazu übergegangen, eine Vorauswahl der in Frage kommenden Personen bezüglich der Insolvenzverwalterbestellung zu treffen. Diese „Vorauswahl“ wird zumeist anhand von Fragebögen durchgeführt, in denen die Insolvenzverwalter in spe nicht nur ihre Kenntnisse und Erfahrungen, sondern auch die Geeignetheit ihrer Büro-Infrastruktur für Insolvenzverfahren darlegen müssen. Es bietet sich deswe-



gen an, von ins Auge gefassten Verwaltern diese Fragebögen anzufordern, um sich über das Profil eines möglichen Verwalters Klarheit zu verschaffen.

*BVerfG, Urt. v. 03.08.2004 – 1 BVR 135/00,*

*1 BVR 1086/01*

*OLG Stuttgart, Beschl. v. 05.12.2006 – 19 VA 4/05*

*Fragebogen des AG Karlsruhe, ZinsO 2006, S. 78 ff.*

### 3. Neues zum Rangrücktritt

Der Rangrücktritt – genauer gesagt die Abgabe eines sog. „qualifizierten“ Rangrücktrittes – hat sich in den letzten Jahren als probates Mittel zur Beseitigung einer Überschuldungssituation erwiesen.

Mit BMF-Schreiben vom 18. August 2004 versuchte der Fiskus, einen solchen qualifizierten Rangrücktritt steuerlich mit einem Forderungsverzicht gleichzusetzen. Nach Ansicht des BMF wäre das mit einem qualifizierten Rangrücktritt versehene Darlehen insoweit gewinnwirksam auszubuchen, als im Zeitpunkt der Abgabe des Rangrücktrittes das Darlehen nicht mehr werthaltig ist. Eine Verrechnung dieses Gewinnes mit Verlustvorträgen unterläge aber möglicherweise einer Mindestbesteuerung. Dies könnte u.U. weitere Zahlungsverpflichtungen der sowieso schon in der Krise befindlichen Gesellschaft nach sich ziehen.

Diesem Vorgehen ist der BFH zunächst mit Urteil vom 20. Oktober 2004 und schließlich mit Urteil vom 10. November 2005 entgegengetreten. Danach ist der qualifizierte Rangrücktritt im Sinne des BGH-Urteils vom 8. Januar 2001 einem Forderungsverzicht nicht gleichzusetzen, sondern handels- und steuerbilanziell wie der einfache Rangrücktritt zu behandeln. Das heißt, er ist in der Handelsbilanz zu passivieren und grundsätzlich als ergebnisneutral zu bewerten. Die (ergebniswirksame) Ausbuchung einer mit einem Rangrücktritt versehenen Verbindlichkeit in der Steuerbilanz erfolgt entgegen dem BMF-Schreiben vom 18. August 2004 nicht bereits dann aufgrund § 5 Abs. 2a EStG, wenn ein ausdrücklicher Hinweis auf die Tilgungsmöglichkeit auch aus sonstigem freien Vermögen fehlt, vielmehr ist die Rangrücktrittsvereinbarung zunächst auszulegen. Bei der Auslegung ist zu ermitteln, ob sich nicht auch aus den Umständen des Rangrücktrittes eine Zahlungsverpflichtung aus freiem Vermögen ergeben kann.

Für die Praxis bedeutet dies, dass nur dann, wenn der – mittlerweile allgemein übliche – Zusatz fehlt, dass „die Tilgung, Zinsen und Kosten auf die Forderungen lediglich aus einem Liquidationsüberschuss oder einem sonstigen die anderen Verbindlichkeiten übersteigenden freien Vermögen des Schuldners“ zu leisten sind, überhaupt eine (ergebniswirksame) Ausbuchung des Darlehensbetrages in Betracht kommt.

Ferner müsste aber auch eine Auslegung der wörtlichen Erklärung und ihrer Begleitumstände ergeben, dass die oben genannte Tilgungsvariante gerade nicht gewollt ist. Um unliebsame Überraschungen zu vermeiden, sollte aber auf die genaue Formulierung des Rangrücktritts unter Verwendung der genannten Formulierung in Bezug auf die Tilgungsmodalitäten geachtet werden.

*BFH, Urt. v. 10. 11. 2005 – IV R 13/04*

*BFH, Urt. v. 20. 10. 2004 – I R 11/03*

*BMF-Schreiben v. 08.08. 2004, BStBl. I, 850*

*Allgemein zum Rangrücktritt:*

*Beissenhirtz, Der Steuerberater, 2003, S. 443 ff.*

### 4. Wirksamkeit der Kapitalaufbringung im Rahmen eines Cash-Pool-Systems

Das sog. „Cash-Pooling“ erfreut sich mittlerweile bei Konzernen großer Beliebtheit. In einem Cash-Pool sollen grundsätzlich die liquiden Mittel eines Konzerns gebündelt werden, um die Finanzausstattung effektiv und effizient zu gestalten. Heruntergebrochen auf die einzelne (Konzern-) Gesellschaft bedeutet dies, dass sie ihre liquiden Mittel an eine gesonderte – quasi als Bank fungierende – Gesellschaft abführt und bei Bedarf „cash“ zurück von dieser (bzw. deren Bank) erhält.

Während an den betriebswirtschaftlichen Vorteilen des Cash-Poolings keine Zweifel bestehen, sind mit ihm allerdings nicht unerhebliche rechtliche Risiken verbunden. Auch aufgrund neuerer Entscheidungen des BGH zu dieser Frage sollten die rechtlichen Rahmenbedingungen für ein Cash-Pool-System deswegen vorab geklärt werden.

So kann das Bestehen eines konzerninternen Cash-Pools wegen des damit regelmäßig verbundenen realen Abflusses von Finanzmittelüberschüssen insbesondere zu Konflikten mit den Grundsätzen der Kapitalaufbringung führen. Dies gilt sowohl bei Gründung einer neuen Gesellschaft als auch im Rahmen einer Kapitalerhöhung bei bereits existierenden und in einen Konzern eingebundenen Gesellschaften, wenn die anlässlich der Bargründung oder Barkapitalerhöhung geleistete Einlage innerhalb des Konzerns weitergeleitet wird. So hat der BGH in seiner Entscheidung vom 6. Januar 2006 betont, dass die im Zuge einer Barkapitalgründung entstandenen Einlageverbindlichkeiten dann nicht wirksam getilgt seien, wenn der Gesamtbetrag der Kapitaleinlage in zeitlich und sachlich engem Zusammenhang wieder aus dem neu gegründeten Unternehmen fließt.



Hintergrund war, dass in einer Gesellschaft, die in einen Konzern eingebunden war, eine Barkapitalerhöhung durchgeführt wurde, die hierfür erforderlichen Gelder vom Konzern-Cash-Pool auf ein Sonderkonto der betreffenden Gesellschaft überwiesen, dort bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung verblieben und danach wieder abgezogen wurden.

Der BGH wertete diesen Tatbestand als verdeckte Sacheinlage. Eine solche ist gegeben, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger auf Grund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache einen Sachwert erhalten soll. Auf Grund des zuvor geschilderten verrechnungsähnlichen Hin- und Herzählens sei der Gesellschaft im wirtschaftlichen Ergebnis objektiv nicht der im Kapitalerhöhungsbeschluss verlaubliche Barbetrag, sondern eine Sachleistung (in Form des Rückzahlungsanspruchs bezüglich der ausgekehrten Barmittel) zugeflossen.

Aus der Anwendung der Grundsätze über die verdeckte Sacheinlage folgt, dass sowohl das dingliche als auch das schuldrechtliche Rechtsgeschäft (also die vertragliche Abrede zur Erbringung der Barkapitalerhöhung und die dingliche Einbringung der Forderung) nichtig ist. Die weitere Rechtsfolge ist damit, dass die Einlageschuld der Gesellschafter nicht getilgt ist und sie weiterhin für die Einzahlung des Stammkapitals bzw. des erhöhten Betrages auf das Stammkapital persönlich haften.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber auch darauf, dass selbst wenn die Vorschriften über die Kapitalaufbringung eingehalten werden, hier noch ein Haftungsrisiko im Falle des Abflusses von liquiden Mitteln aus der Gesellschaft besteht. So hat der BGH bereits 2003 entschieden, dass die Kreditgewährung an Gesellschafter (um nichts anderes handelt es sich bei einem Kapitalabfluss aus der Gesellschaft an eine andere mit ihr im Konzern verbundene Gesellschaft), die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des

gebundenen Vermögens der GmbH erfolgen, auch dann grundsätzlich als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen zu bewerten ist, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig sein sollte.

Es ist deswegen zu empfehlen, die im Rahmen einer Gründung oder Kapitalerhöhung bei einer Konzerngesellschaft geleistete Einlage außerhalb des Cash-Pools auf einem Sonderkonto der jeweiligen Konzerngesellschaft zu belassen, und für operative Zwecke zu verbrauchen. Eine andere Möglichkeit besteht darin, eine Sachkapitalerhöhung durchzuführen. Dabei sind dann allerdings die entsprechenden Vorschriften über Sachkapitalerhöhungen zu beachten, was zu einer erhöhten Komplexität im Vergleich zur „einfachen“ Barkapitalerhöhung führt. Unabhängig von etwaigen Kapitalmaßnahmen sollte jede Konzerngesellschaft, aber auch die „Konzernfinanzierungsgesellschaft“ die Vermögens- und Liquiditätssituation der einzelnen Unternehmen im Blick behalten und gegebenenfalls in der Krise befindliche Gesellschaften aus dem Cash-Pool herausnehmen zu können, um Haftungsrisiken zu verringern.

BGH, *Urt. v. 16.01.2006 – 2 ZR 75/04, 2 ZR 76/04*

BGH, *Urt. v. 24.11.2003 – 2 ZR 171/01*

#### Ansprechpartner:



**Dr. Volker Beissenhertz**  
Rechtsanwalt, LL.M.

Krausenstraße 9-10  
10117 Berlin  
VBeissenhertz@schubra.de

*Sollten Sie Fragen zu dem Infobrief oder aktuellen Entwicklungen auf dem Gebiete des Sanierungs- und Insolvenzrechts haben, so steht Ihnen der Ansprechpartner jederzeit gerne zur Verfügung. Dieser Infobrief ist ein reines Informationsschreiben und dient der allgemeinen Unterrichtung unserer Mandanten sowie anderer interessierter Personen. Er kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Falls Sie kein Interesse mehr an unseren kostenlosen Infobriefen haben, teilen Sie uns das bitte mit.*

#### Schultze & Braun GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft

Krausenstraße 9-10  
10117 Berlin  
Telefon 0 30/3 08 30 38-0  
Telefax 0 30/3 08 30 38-10  
Internet: <http://www.schubra.de>  
E-Mail: [Mail@schubra.de](mailto:Mail@schubra.de)

*Niederlassungen in: Aachen, München, Nürnberg*



**Schultze & Braun GmbH**  
Rechtsanwalts-gesellschaft