

Vorwort

Mit diesem Infobrief möchten wir unsere Mandanten und andere interessierte Personen über aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet des Insolvenz- und Sanierungsrechts informieren. Schwerpunkte sind hierbei neben Sanierungsthemen die Möglichkeiten zur Vermeidung von Krise und Insolvenz sowie die Einflussmöglichkeiten von Gläubigern in der Krise und im Insolvenzverfahren.

In dieser Ausgabe werden verschiedene Aspekte der Absicherung von Altersteilzeitkonten durch die sog. „Doppeltreuhand“ beleuchtet. Die Verpflichtung zur Absicherung wurde 2004 als § 8a in das Altersteilzeitgesetz aufgenommen. Dabei bleiben jedoch viele Fragen offen, die nachstehend zumindest gestellt werden sollen.

Demgegenüber hat der BGH noch offene Fragen bei sog. „Überbrückungsdarlehen“ geklärt – zu Lasten der Gesellschafter.

Wir wünschen unseren Lesern mit dieser Ausgabe ein frohes und gutes Jahr 2007.

Themen dieser Ausgabe:

1. Gläubigerschutz bei „Unternehmensbestattungen“
2. Einflussmöglichkeiten von Insolvenzgläubigern: Gläubigerantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens
3. Unerkannte Risiken bei der Absicherung von Altersteilzeitkonten?
4. Überbrückungsdarlehen als Eigenkapitalersatz

1. Gläubigerschutz bei „Unternehmensbestattungen“

Gerade in Zeiten wirtschaftlicher Krise werben zahlreiche mehr oder minder seriöse Gesellschaften damit, in der Krise befindliche Gesellschaften aufzukaufen und Gesellschafter und Geschäftsführer durch eine angemessene „Bestattung“ der Gesellschaft von Haftungsrisiken zu befreien. Die Gesellschaftsanteile werden gegen Zahlung eines meist fünfstelligen Betrages an einen neuen Gesellschafter übertragen und ein neuer Geschäftsführer wird bestellt. Der neue Gesellschafter – Geschäftsführer, der zumeist mittellos ist bzw. zumindest über kein pfändbares Einkommen verfügt –, übernimmt den Geschäftsbetrieb und verlegt den Firmensitz an einen anderen Ort. In der Folgezeit werden alle Unterlagen des Unternehmens vernichtet, um den Nachweis von Insolvenzstraftaten, wie etwa der Insolvenzverschleppung, zumindest zu erschweren.

Die Gläubiger derartiger Gesellschaften stehen vor einer Reihe von Problemen: Auf Grund der Sitzverlegung ist ihnen häufig nicht klar, wo das Unternehmen nunmehr zu verklagen ist. Ferner können sie auf Grund der Vernichtung der Geschäftsunterlagen die Insolvenz bzw. die Haftungstatbestände kaum jemals nachweisen.

Die Rechtsprechung hat allerdings mittlerweile begonnen, dieser um sich greifenden Praxis einen Riegel vorzuschieben. So hat das AG Memmingen bereits 2003 entschieden, dass die im Zusammenhang mit der organisierten „Bestattung“ einer insolventen GmbH zur Vermeidung des Insolvenzantrages durchgeführte Übertragung der Geschäftsanteile und die damit verbundene Satzungsänderung sowie Abberufung und Neubestellung des Geschäftsführers wegen Verstoßes gegen die guten Sitten insgesamt nichtig sei. In Bezug auf die Zuständigkeitserschleichung eines Insolvenzgerichtes durch Sitzverlegung vor Insolvenzantragstellung hat der BGH erst kürzlich entschieden, dass das Insolvenzgericht, dem der Insolvenzantrag vorgelegt wird, die Umstände zu ermitteln hat, aus denen sich eine Zuständigkeitserschleichung ergeben könnte. Ergibt sich daraus, dass der Antrag mit dem Ziel der Unternehmensbestattung gestellt wurde, so ist an das örtlich zuständige Gericht zurückzuverweisen.

In zwei Urteilen in jüngster Zeit hat sich das LG Berlin schließlich mit der Anfechtung von Zahlungen an einen Unternehmensbestatter bzw. der Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Zahlungen an Unternehmensbestatter auseinandergesetzt. In beiden Fällen wurden die geltend gemachten Ansprüche – sowohl im Rahmen der Insolvenzanfechtung als auch der Haftung nach § 64 GmbHG wegen



Insolvenzverschleppung – zugesprochen. In beiden Verfahren setzte sich das LG Berlin bemerkenswerterweise auch mit der Eigenschaft der Unternehmensbestatter explizit auseinander.

Für die Praxis bedeuten diese neuen Beispiele aus der Rechtsprechung, dass Gläubiger einer Unternehmensbestattung nicht schutzlos ausgeliefert sind. Vielmehr können sie sowohl im Antragsverfahren dem Insolvenzgericht am vormaligen Sitz der Gesellschaft Umstände darlegen, aus denen sich der Anschein der Unternehmensbestattung ergibt, um so das Insolvenzverfahren am früheren Sitz der Gesellschaft durchführen zu können. Ferner können sie – zum Teil auch außerhalb des Insolvenzverfahrens – die Gesellschafter und/oder Geschäftsführer der entsprechenden Gesellschaften in die Haftung nehmen.

BGH, Beschl. v. 13.12.2005 – X ARZ 223/05

AG Memmingen, Beschl. v. 02.12.2003 – ARB 8361

LG Berlin, Urt. v. 06.03.2006 – 14 O 448/05 (nicht rechtskräftig)

LG Berlin, Urt. v. 08.03.2006 – 86 O 33/05 (nicht rechtskräftig)

2. Einflussmöglichkeiten von Insolvenzgläubigern: Gläubigerantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Das Insolvenzverfahren ist ein Antragsverfahren, wird also nur auf Antrag (entweder des Schuldners oder von Seiten der Gläubiger) und nicht von Amts wegen eröffnet. Neben dem Eigenantrag des Schuldners ist auch der eines Gläubigers zulässig, wenn dieser ein rechtliches Interesse an der Eröffnung hat und seine Forderung sowie die bestehende Zahlungsunfähigkeit bzw. (bei juristischen Personen) die Überschuldung des Schuldners glaubhaft machen kann.

Die Rechtsprechung hat im Laufe der Zeit gerade den unbestimmten Rechtsbegriff des „rechtlichen Interesses“ näher definiert. So fehlt das rechtliche Interesse z.B. nicht bei nur geringen Forderungen, es wird jedoch allgemein verneint bei der Verfolgung insolvenzfremder Zwecke, so z.B., wenn der Gläubiger so die Beitreibung einer angeblich bestehenden Forderung betreiben oder gar so einen Wettbewerber ausschalten will.

Ferner ist die Forderung glaubhaft zu machen, wobei der Insolvenzantrag grundsätzlich auch auf eine nicht titulierte Forderung gestützt werden kann. Die Glaubhaftmachung stellt eine gegenüber dem in einer Klage zu erbringenden Vollbeweis zwar grundsätzlich eine Erleichterung dar. Die Rechtsprechung hat, zumindest in Fällen, in denen der Eröffnungsgrund aus einer einzigen Forderung des Antrag stellenden Gläubigers abgeleitet wird, als Voraussetzung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (die „Begründetheit“ des Antrages) gefordert, dass zumindest dann, wenn diese Forderung

bestritten wird, diese zur Überzeugung des Gerichtes bewiesen werden muss. Da in der Praxis jedoch die meisten Insolvenzanträge auf Grund der Nichterfüllung von Verträgen – z.B. Nichtbezahlung der erbrachten Leistung – gestellt werden, und diese zumeist schriftlich geschlossen werden spielt der Unterschied zwischen Glaubhaftmachung und Vollbeweis häufig nur eine untergeordnete Rolle.

Das Vorliegen der Insolvenzgründe ist ebenfalls glaubhaft zu machen, wobei auf Grund häufig fehlender Einsicht in die Buchhaltung des Schuldners der Nachweis der Überschuldung recht schwierig zu führen sein dürfte. Der zuvor angesprochene Vollbeweis der Forderung im Rahmen der Prüfung der Begründetheit ist allerdings dann nicht erforderlich, wenn sich der Insolvenzgrund (Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung) aus anderen Verbindlichkeiten des Schuldners ergibt.

Dem Schuldner, der nach Zulassung des Antrages gemäß § 14 Abs. 2 InsO vom Insolvenzgericht zu hören ist, steht gegenüber dieser Glaubhaftmachung ein Recht auf Gegenglaubhaftmachung zu. Er kann also sowohl das Vorliegen eines Insolvenzgrundes als auch die Forderung widerlegen.

Für die Praxis bedeutet dies, dass zwar für die Zulässigkeit des Antrages die Glaubhaftmachung der bestehenden Forderung ausreichen dürfte. Allerdings ist es zur Vermeidung von Verzögerungen ratsam, die Glaubhaftmachung einer nicht-titulierte Forderung ernsthaft zu betreiben und auch ggf. eidesstattliche Versicherungen anzubieten. Das Insolvenzgericht muss nämlich den rechtlichen Bestand der Forderung nicht überprüfen, sollte sich dieser Vorgang als rechtlich schwierig darstellen. Hierbei wird dem Insolvenzgericht auch ein großer Ermessensspielraum von Seiten der höheren Instanzgerichte eingeräumt.

3. Unerkannte Risiken bei der Absicherung von Altersteilzeitkonten?

Die Frage, wie Ansprüche der Arbeitnehmer aus sog. „Altersteilzeitkonten“ gegen das Risiko der Insolvenz zu sichern sind, gewann nach einigen großen Pleiten, wie Holzmann, zunehmend an Bedeutung. Schnell nahm sich die Politik dieses öffentlichkeitswirksamen Themas an. Auf Grund eines Gesetzentwurfes der damaligen rot-grünen Regierung wurde ein § 8a in das Altersteilzeitgesetz (ATZG) eingefügt, der der Insolvenzsicherung dienen sollte.

Zunächst stellt sich die Frage, warum – angesichts der Regelungen zum Insolvenzgeld – überhaupt eine Insolvenzsicherung von Vergütungsansprüchen erforderlich ist. In der arbeitsvertraglichen Praxis haben sich Systeme entwickelt, bei der erst später fällig werdende Vergütungsansprüche erarbeitet werden (neudeutsch „Deferred Compensation“). Die Mitarbeiter verzichten hierbei auf einen Teil ihres Arbeitsentgeltes



und erhalten statt dessen vom Arbeitgeber mit dem ersparten Entgelt finanzierte Versorgungszusagen. In der Insolvenz des Arbeitgebers sind auch diese Forderungen der Arbeitnehmer grundsätzlich Insolvenzforderungen gemäß § 38 InsO. Damit stünden den Arbeitnehmern bezüglich dieser Forderungen lediglich ein Anspruch auf die sog. Insolvenzquote zu. Auch eine Absicherung über das Insolvenzgeld wird hier im Regelfall nicht ausreichen, da das Insolvenzgeld höchstens für drei Monate rückwirkend ab Insolvenzantragstellung gezahlt wird.

Nach der am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Regelung des § 8a ATZG ist der Arbeitgeber verpflichtet, das Guthaben eines Arbeitnehmers in Höhe des entstandenen aber noch nicht fälligen Arbeitslohnes (im Folgenden: ATZ-Guthaben) in „geeigneter Weise gegen das Risiko seiner Zahlungsunfähigkeit abzusichern“. In der Begründung zu der Regelung heißt es, dass sich das Gesetz einer abschließenden Festlegung, was unter einer geeigneten Insolvenzabsicherung zu verstehen sei, enthalte. In der Praxis seien eine Vielzahl unterschiedlicher geeigneter Insolvenzabsicherungsmodelle entwickelt, wie etwa Bankbürgschaften, Absicherung im Wege dinglicher Sicherheiten, bestimmte Versicherungsmodelle oder das Modell der doppelseitigen Treuhand.

Zu unterstreichen ist, dass § 8a ATZG – obwohl hier nur von „Zahlungsunfähigkeit“ die Rede ist – zumindest laut Gesetzesbegründung das Risiko der Insolvenz, also damit auch die Überschuldung nach § 19 InsO, abdecken soll. Insofern ist der Gesetzestext zumindest ungenau. Daneben wünscht die Politik laut Begründung zum Gesetzentwurf ausdrücklich einen Wettstreit der verschiedenen Sicherungssysteme. Es würde den Rahmen dieses Artikels sprengen, alle bislang in der Praxis angewandten Sicherungsmodelle zu diskutieren. Nachfolgend wird deswegen das Augenmerk beispielhaft auf die Konstruktion der sog. „Doppeltreuhand“ (auch „doppelseitige Treuhand“ genannt) gerichtet.

Bei dem Modell der „Doppeltreuhand“ überträgt der Arbeitgeber als Treugeber die für die Sicherungsrückstellung erforderlichen Mittel auf einen Treuhänder, der diese in seinem Interesse selbst oder durch einen weiteren Vermögensverwalter zu verwalten hat. Gleichzeitig wird den versorgungsberechtigten Mitarbeitern ab Eintritt des Sicherungsfalles ein eigenes Leistungsrecht gegen den Treuhänder zur Sicherung des Anspruchs auf das ATZ-Guthaben eingeräumt. Soweit die einfache Theorie.

In der Praxis wirft dieses Sicherungsmodell allerdings einige Fragen auf: So stellt sich für den avisierten Treuhänder die Frage der Erlaubnispflicht. Das BAFin („Bundesanstalt für Finanzdienst-Leistungsaufsicht“) geht grundsätzlich von der Erlaubnispflicht einer Treuhändertätigkeit im Rahmen von sog. „Contractual Trust Arrangements“ (also auch der Doppeltreuhand) aus, wenn der Treuhänder das übertragene Vermögen in bestimmte Finanzinstrumente anlegt. Zwar ist im Einzelfall eine Freistellung von der Erlaubnispflicht möglich, allerdings nur in einem kostenpflichtigen Verfahren und unter Auflagen.

Aber auch die Risiken für Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind noch nicht abschließend geklärt: Das Bundesarbeitsgericht hatte zwar in einem Urteil vom Dezember 2005 noch eine Haftung des Geschäftsführers für unterlassene Insolvenzabsicherung von Altersteilzeitguthaben abgelehnt, diese Rechtsprechung bezog sich aber noch auf die Gesetzeslage vor Inkrafttreten des § 8a ATZG. Bezüglich dieser neuen Regelung vermerkt das Gericht ausdrücklich, dass sich hieraus unmittelbar eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Absicherung des Wertguthabens gegen seine Zahlungsunfähigkeit ergebe. Damit ist davon auszugehen, dass eine unterlassene Insolvenzabsicherung für den Arbeitgeber haftungsrechtliche Konsequenzen haben wird.

Diese könnten sich auch daraus ergeben, dass der Arbeitgeber die Ansprüche nicht vollständig gegen den Ausfall sichert, ein Risiko, welches möglicherweise bei der Doppeltreuhand besteht. Nach herrschender Meinung in der Literatur begründet auch die Doppeltreuhand in der Insolvenz des Treugebers (Arbeitgeber) nur ein Absonderungsrecht. Nach ebenfalls von führenden Insolvenzrechtlern vertretener Ansicht hat der Treuhänder das Treugut im Falle der Insolvenz an den Insolvenzverwalter herauszugeben. Rechtsfolge wäre, dass dem Insolvenzverwalter das Verwertungsrecht zustehen würde und er einen Kostenbeitrag in Höhe von 9 % der Gesamtsumme zur Masse ziehen dürfte. Folglich würden dem Arbeitnehmer nur 91 % seines ATZ-Wertguthabens zufließen. Damit wäre das ATZ-Wertguthaben nicht vollständig gesichert, woraus sich also erneut ein Haftungsrisiko für die Geschäftsführer ergibt.

Die so in der Literatur vertretene Ansicht erscheint durchaus angreifbar, da dem Insolvenzverwalter nach den Regelungen der Insolvenzordnung grundsätzlich nur ein eigenes Verwertungsrecht bezüglich bestimmter, in seinem Besitz befindlicher Sachen und Forderungen zusteht. Folgt man der Ansicht der Literatur und kehrt der Treuhänder das Wertguthaben an den Insolvenzverwalter aus, so würde er erst dadurch Besitz des Insolvenzverwalters und daraus resultierend sein Verwertungsrecht begründet werden.

Für die Praxis bedeutet diese Unklarheit, dass – zumindest bis zu einer Klärung durch die Rechtsprechung – davon auszugehen ist, dass die doppelseitige Treuhand ein Absonderungsrecht begründet und der Arbeitgeber zur Vermeidung einer Kürzung der effektiv an den Arbeitnehmer ausgezahlten Beträge erhöhte Zahlungen an den Treuhänder leisten muss, um den vom Insolvenzverwalter ggf. erhobenen Kostenbeitrag auszugleichen.

Zu § 8a ATZG: Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucksache 15/1515 v. 05.09.2003, S. 134

BAG, Urt. v. 13.12.2005 – 9 AZR 436/04

Zur Doppeltreuhand: BGH, Urt. v. 12.10.1989 – IX ZR 184/88
<http://www.bafin.de/merkblaetter/0511.ktm>



4. Überbrückungsdarlehen als Eigenkapitalersatz

Der BGH hat in früheren Entscheidungen regelmäßig ausgeführt, dass „ganz kurzfristige Überbrückungskredite“ nicht dem Kapitalersatzrecht unterfallen sollen, wobei er jedoch die Kriterien für derartige Überbrückungskredite zunächst nicht genau festlegte. Mit seinem Urteil vom Juli dieses Jahres hat der BGH nun jedoch sehr eng bemessene Kriterien an Überbrückungsdarlehen angelegt.

In dem entschiedenen Fall hatte der Insolvenzverwalter (über eine Holding-Struktur mit der insolventen Gesellschaft verbundenen) Gesellschafter auf Zahlung in Anspruch genommen, nachdem vor der Insolvenz die Hausbank eine Zusatzkreditlinie zu Gunsten der später insolventen Gesellschaft gegen Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft durch den beklagten Gesellschafter eingeräumt hatte. Das Darlehen sollte zur Überbrückung von Liquiditätsengpässen wegen (angeblicher) Verzögerung eines Grundstücksverkaufs dienen. Die ursprüngliche Laufzeit des Darlehens betrug zwei Monate, die Laufzeit wurde jedoch zwei Mal verlängert. Erst ein halbes Jahr nach Auszahlung der Darlehenssumme forderte die Bank den Kredit zurück. Eine Rückzahlung erfolgte unter Ausnutzung der Liquidität innerhalb des Konzerns, wobei letztendlich die Gesellschaft dennoch in die Insolvenz fiel.

In Bezug auf das Merkmal der Kreditwürdigkeit nach §§ 32a, b GmbHG unterstellte der BGH, dass die Gesellschaft zumindest in dem Zeitpunkt überschuldet war, in welchem die Bank die Rückführung des Zusatzkredits forderte. In diesem Zusammenhang hob der BGH auch noch einmal hervor, dass auch der mittelbare Gesellschafter durch die Eigenkapitalersatzregelung gebunden sei.

In der vertieften Auseinandersetzung mit den Kriterien für die Annahme eines Überbrückungsdarlehens unterstreicht der BGH, dass in besonders gelagerten Ausnahmefällen Überbrückungskredite nicht unter die Eigenkapitalersatzregel fallen, wenn die Gesellschaft zwar für kurze Zeit dringend auf die Zufuhr von Geldmitteln angewiesen sei, auf Grund ihrer wirtschaftlichen Lage aber auch mit der fristgerechten Rückzahlung objektiv gerechnet werden könne. Die zeitliche Grenze für einen solchen Überbrückungskredit werde durch die in § 64 Abs. 1 GmbHG enthaltene Drei-Wochen-Frist gesetzt. Wird diese Frist – wie im vorliegenden Fall – überschritten bzw. das Darlehen wiederholt prolongiert, so kommt schon aus diesem Grund die Charakterisierung des Kredits als Überbrückungskredit nicht in Frage. Dient der Überbrückungskredit der Abwendung der Insolvenz, so hat er stets eigenkapitalersetzenden Charakter.

Für die Praxis bedeutet diese restriktive Handhabung von Überbrückungskrediten, dass diese nur im Falle ihrer Kurzfristigkeit und außerhalb der materiellen Insolvenz der Gesellschaft vergeben werden können, wenn sie nicht unter die Eigenkapitalersatzregelung fallen sollen.

BGH, Urt. v. 17.07.2006 – II ZR 106/05

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

Niederlassungen in: Achem, München, Nürnberg



Schultze & Braun GmbH
Rechtsanwalts-gesellschaft