

# **INSOLVENZBLATT.** Ausgabe November 2010

## **Inhalt**

Rechtsanwalt: Dr. Günter Trutnau Verwaltung und Verwertung von Immobilien im Insolvenzverfahren	Seite 2
Rechtsanwalt: Dr. Johannes Graute   Fachanwalt für Insolvenzrecht Eingeschränkte Wirksamkeit der Globalzession kontokorrentgebundener Forderungen	Seite 5
Rechtsanwalt: Dr. Andreas Schröder Modernisierung bei GmbHs durch das MoMiG Kapitalaufbringungs-, Kapitalerhaltungs- und Eigenkapitalersatzrechtes	Seite 6
<b>Ansprechpartner. Standorte. Impressum.</b>	Seite 8





## Verwaltung und Verwertung von Immobilien im Insolvenzverfahren

Rechtsanwalt: Dr. Günter Trutnau

Gehören Immobilien zur Insolvenzmasse, hat der Verwalter zu entscheiden, wie die Verwaltung und Verwertung des Objektes oder der Objekte erfolgen soll. Da im Regelfall die Immobilien belastet sind, kann eine Entscheidung über die Verwertung und Verwaltung der Immobilien nur im Einvernehmen mit den Grundpfandgläubigern erfolgen.

Besonderheiten ergeben sich dann, wenn Immobilien im Ausland belegen sind. Die Schwierigkeiten beginnen dann, wenn in dem betreffenden Land keine Grundbücher wie in Deutschland geführt werden. Dann gilt es zunächst, die Immobilie entsprechend zu sichern. Diese Sicherung kann einerseits durch Eintragung in ein landesspezifisches Katasterregister erfolgen. Um die Eintragung zu erreichen, muss in den meisten Fällen ein ausländischer Anwalt eingeschaltet werden, um die entsprechende Korrespondenz mit dem Register zu führen. Eine Eintragung auf Veranlassung des Insolvenzgerichts wird wegen der Einschaltung des diplomatischen Weges meist so lange Zeit in Anspruch nehmen, dass eine zeitgerechte Eintragung und damit Sicherung nicht mehr möglich ist. In vielen Ländern, in denen keine öffentlichen Grundbücher oder sonstige Register geführt werden, ist es mitunter erforderlich, die betreffenden Immobilienobjekte durch professionelle Verwaltungsunternehmen in Besitz nehmen und sichern zu lassen, um einen gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten zu verhindern.

### 1. Verwaltung der Immobilie

Zur Verwaltung der Immobilie stehen dem Insolvenzverwalter folgende Wege offen:

- \_Verwaltung durch ein professionelles Immobilienunternehmen
- \_Beantragung der Zwangsverwaltung (§ 165 InsO)
- \_Verwaltung durch den Insolvenzverwalter selbst

Die Einschaltung eines Immobilienverwaltungsunternehmens verursacht hohe Kosten, die nicht immer durch die Träger aus der verwalteten Immobilie erzielt werden. Deshalb wird diese Verwaltungsform meist nur dann in Betracht kommen, wenn es sich um ein großes Immobilienobjekt handelt, das nur mit erheblichen Aufwand verwaltet werden kann und für das möglicherweise eine besondere Expertise erforderlich ist.

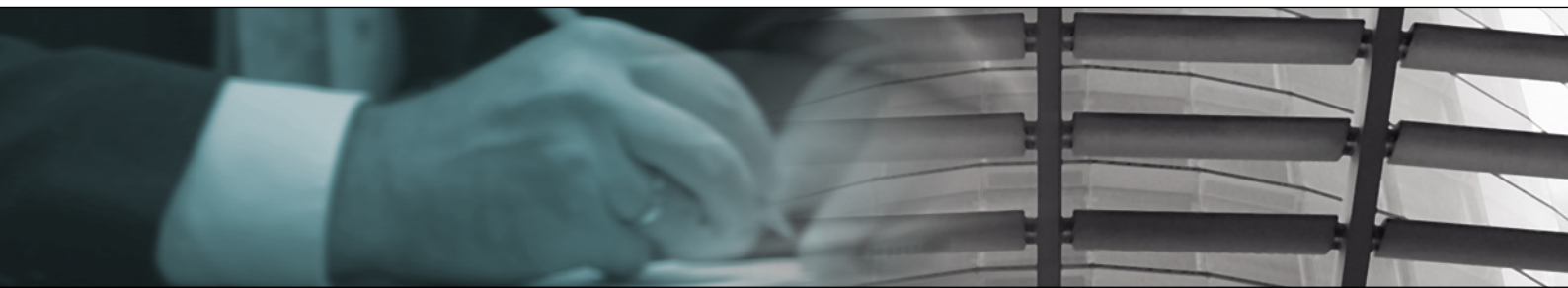
Die Beantragung einer Zwangsverwaltung scheint für einen Insolvenzverwalter wenig sinnvoll. Eine Zwangsverwaltung bringt im Insolvenzverfahren weder wirtschaftliche noch rechtliche

Vorteile. Deshalb sollte ein Insolvenzverwalter auch tunlichst vermeiden, dass ein Grundpfandgläubiger die Zwangsverwaltung beantragt. Die Verwaltung durch den Insolvenzverwalter kann sowohl für die Insolvenzmasse wie auch für den Grundpfandgläubiger von Vorteil sein. Für den Grundpfandgläubiger liegt der Vorteil darin, dass er einerseits die Einzelheiten der Verwaltung und Verwertung mit dem Insolvenzverwalter frei aushandeln kann. Der Grundpfandgläubiger hat sowohl für die Verwertung wie auch für die Verwaltung nur einen Ansprechpartner. Die Verwaltung kann schließlich auch kostengünstiger als wie bei einer Zwangsverwaltung vereinbart werden. Für die Insolvenzmasse hat die Verwaltung durch den Insolvenzverwalter den Vorteil, dass einerseits für die Masse zusätzliche Einkünfte aus der Verwaltung des Objektes generiert werden können. Zudem kann der Verwalter die Verwertung der Immobilie besser steuern, weil er unmittelbaren Einfluss auf die Einkünfte und die Mieterbesetzung hat.

Notwendige Voraussetzung für eine Verwaltung durch den Insolvenzverwalter ist, dass zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Grundpfandgläubiger eine Verwertungs- und Verwaltungsvereinbarung abgeschlossen wird. In dieser Vereinbarung verpflichten sich die Grundpfandgläubiger, auf Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung zu verzichten. Es werden die Fragen der Haftung, der Einziehung der Mietzinsforderungen, der Abrechnung, der Höhe des Masseanteils etc. umfassend geregelt.

Die Verwaltung einer Immobilie setzt für den Insolvenzverwalter professionelle Kenntnisse und Erfahrungen im Immobilienmanagement voraus. Vor allem geht es um die Bewältigung folgender Problembereiche:

\_Bei der Vermietung oder Neuvermietung geht es zunächst um die Frage, ob ein Objekt freigezogen oder freibleiben soll. Eine möglichst schnelle Räumung eines Objektes ist dann erforderlich, wenn ein Mieter keine Miete mehr zahlt. Auf die Nichtzahlung muss unverzüglich reagiert werden, um die Verluste aus der fehlenden Vermietung so gering wie möglich zu halten. Ist ein Objekt ganz oder teilweise frei, ist – immer im Einvernehmen mit dem Grundpfandgläubigern – zu erklären, ob eine Neuvermietung eine Verwertung des Objektes beeinträchtigen kann. Eine solche Beeinträchtigung kann vorliegen, wenn es sich bei dem Verwaltungsobjekt um eine Eigentumswohnung oder ein Einfamilienhaus handelt. Derartige Objekte werden überwiegend an Selbstnutzer veräußert.



„Eine besondere Schwierigkeit für die Verwaltung stellen die laufenden Kosten für die Immobilie dar. Besonders gefährlich sind die Grundsteuer und die Versicherungsprämien für die Immobilie. Diese Kosten sind Masseverbindlichkeiten und deshalb besonders prekär, solange das Objekt keine Mieteinkünfte erzielt und unklar ist, ob eine Verwertung gelingt. Am wenigsten vermeiden lassen sich die Versicherungsprämien für die Gebäudeversicherung. Sollte der Abschluss einer Gebäudeversicherung oder einer Prämienzahlung durch den Insolvenzverwalter versäumt werden, droht ihm eine persönliche Haftung, wenn die Immobilie in ihrer wesentlichen Substanz beeinträchtigt wird. Sollten deshalb keine ausreichenden Mietzinseinkünfte zur Abdeckung der Versicherung erzielt werden, müsste mit den Grundpfandgläubigern eine Vereinbarung getroffen werden, wonach diese Versicherungsprämien erstattet. Ebenso gefährlich kann der Nichtabschluss einer Haftpflichtversicherung für die Immobilie sein. Der Insolvenzverwalter haftet nämlich für die Einhaltung der Verkehrssicherungspflicht. Dies gilt insbesondere für die Durchführung des Winterdienstes. Kommt es hier zu Versäumnissen, gerät der Insolvenzverwalter nicht nur in die persönliche Haftungsverpflichtung, sondern ihm drohen unter Umständen Bußgelder der zuständigen Gemeinde. Hinsichtlich der Zahlung der Grundsteuer eröffnen sich in der Praxis verschiedene Vermeidungsstrategien. Zunächst wird der Verwalter einen Erlassantrag gemäß § 33 GrStG wegen wesentlicher Ertragsminderung zu prüfen haben. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, kann allenfalls auf die unmittelbare Haftung des Grundstückes wegen der Grundsteuern gemäß § 10 Abs. 1 Ziffer 3 ZVG verwiesen werden. In den meisten Fällen betreiben dann die Gemeinden von sich aus die Zwangsversteigerung des Objektes. Ähnliches gilt für die Hausgeldzahlungen bei Wohnungseigentumsgemeinschaften gemäß § 10 Abs. 1 Ziffer 2 ZVG.

„Ähnliche Probleme stellen sich, wenn notwendige Instandhaltungsmaßnahmen durchgeführt werden müssen, entweder um das Objekt zu erhalten oder eine Vermietbarkeit wieder herzustellen. Die dafür notwendigen Investitionen können meist nur nach eingehenden Verhandlungen von den Grundpfandgläubigern als Vorschuss erlangt werden.

„Ein weiteres gravierendes Problem stellt die Abrechnung von Nebenkosten dar. Die meisten Immobilienobjekte sind vor der Insolvenz des Schuldners vor allem im Hinblick auf die Nebenkosten vernachlässigt worden. Fehlen bereits ausreichende Regelungen im Mietvertrag, ist es bereits schwer, überhaupt Nebenkosten bei den Mietern einzufordern.

Dies kann dazu führen, dass aufgrund der Kosten des Objektes die effektiven Mietzinserträge drastisch sinken. Generell kann dadurch die Rentabilität eines Objektes in Frage gestellt werden. Dies kann sich auch erheblich nachteilig für einen Verkauf auswirken. Ein weiterer Hinderungsgrund für eine wirtschaftliche tragfähige Abrechnung der Nebenkosten kann sein, dass keine ausreichenden Verteilungsmechanismen vertraglich vereinbart oder faktisch vorhanden sind (Messgeräte etc.). In derartigen Fällen werden vom Insolvenzverwalter daher zusätzliche Investitionen in das Abrechnungssystem getätigt werden müssen.

## 2. Verwertung von Immobilien in der Insolvenz

Für den Verwalter eröffnen sich mehrere Möglichkeiten, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Immobilie zu verwerten:

- „freihändige Verwertung
- „freiwillige Versteigerung
- „Zwangsversteigerung gemäß § 165 InsO

Eine Zwangsversteigerung bringt in den wenigsten Fällen hinreichenden Ertrag für die Insolvenzmasse. Dies resultiert schon daraus, dass in den meisten Fällen die dinglichen Belastungen den Wert des Immobilienobjektes überschreiten. Deshalb wird in den seltensten Fällen mit den Grundpfandgläubigern bei der Durchführung einer Zwangsversteigerung ein Masseanteil vereinbart werden können. Hierzu sind die Grundpfandgläubiger meist nur dann bereit, wenn der Insolvenzverwalter gezielt Bietinteressenten für das Zwangsversteigerungsverfahren beschafft hat und die Bietinteressenten zu einer notariellen Ausbietungsgarantie überreden konnte. Zwangsversteigerungsverfahren lassen sich indes dann nicht vermeiden, wenn der Schuldner nur Miteigentümer einer Immobilie ist und die übrigen Miteigentümer sich einer freihändigen Verwertung verweigern.

Eine freiwillige Immobilienversteigerung über einen Immobilienauktionator bietet sich insbesondere bei schwierigen Objekten an, für die über die normalen Akquisitionskanäle keine Erwerbsinteressenten gewonnen werden können. Die Erfahrung hat gezeigt, dass freiwillige Versteigerungen in fast über 90 % aller Fälle zu einer Verwertung des Objektes führen. Dies setzt allerdings voraus, dass ein bundesweit tätiger Auktionator mit entsprechender Resonanz eingesetzt wird. Dies ist bisher nur bei der Deutsche Grundstücksauktion AG und ihren Tochtergesellschaften gewährleistet. Ein Grundpfandgläubiger kann zu einer solchen freiwilligen Versteigerung nur mit Schwierigkeiten gewonnen werden, weil die oft recht niedrigen Mindestgebote abschreckend wirken.



In den meisten Fällen wird eine freihändige Verwertung einer Immobilie in Betracht kommen. Nicht immer gelingt dabei ein Verkauf allein über das Internet. Die wesentlichen Internetportale sind hierbei Immobilienscout und Immonet. Die übrigen Immobilienportale verfügen über zu wenig Angebote und Interessentenzuspruch. Ein Verkauf über Internetportale ist meist nur bei „Standardobjekten“ in übersichtlichen Ballungsräumen erfolgsversprechend. In allen anderen Fällen empfiehlt noch immer die Einschaltung eines Maklers, der aufgrund seiner Fachkunde in der Lage ist, auch schwierigere Objekte interessant aufzubereiten und bekannten Käuferkreisen zuzuführen. Die meisten seriösen Makler sind dann auch bereit, nur mit einer Käuferprovision zu operieren, so dass die Masse nicht mehr zusätzlich belastet wird. Man muss sich allerdings darüber im Klaren sein, dass letztendlich auch die Käuferprovision von dem Verwertungserlös abgeht, sofern der Makler aufgrund seiner Fachkunde und seiner Fähigkeit nicht in der Lage ist, einen höheren Kaufpreis zu erwirken, als dies von dem Insolvenzverwalter in Eigenregie verwirklicht wird.

Ein sehr wichtiges Thema bei der Verwertung von Immobilien ist die Preisfindung. Für Mehrfamilienhäuser und Gewerbeobjekte existieren Faustformeln, an denen man sich meist recht gut orientieren kann. Das ändert aber nichts daran, dass eine Bewertung eines Objektes aufgrund der Lage und des Erhaltungszustandes erhebliche Differenzierungsprobleme aufwerfen kann. Zusätzliche Hilfsinstrumente sind die Preistabellen der Gutachterausschüsse. Keine Orientierungsmaßstäbe sind häufig die Preisvorgaben der Grundpfandgläubiger, weil diese sich zunächst an dem Valutenstand der Grundpfandrechte orientieren. Liegt der Valutenstand niedriger als der Wert des Objektes, muss doch wieder eine eigene Wertermittlung durchgeführt werden. Bei großen und schwierigen Objekten wird es erforderlich sein, zuvor Wertgutachten eines qualifizierten Maklers oder Gutachters einzuholen.

Ein wesentlicher Bestandteil des Erfolgs einer Immobilienverwertung ist der Kaufvertrag. Wichtig für den Insolvenzverwalter ist, sich in keinem Fall auf Garantie- oder Haftungszusagen einzulassen. Dies wird häufig von institutionellen Anlegern gefordert. Ein Insolvenzverwalter kann sich in der Regel auf derartige Forderungen nicht einlassen, weil ihm eine persönliche Haftung drohen kann. Weitere Problemfelder sind versteckte Kosten wie die Freischaffung von Grundpfandrechten, fortlaufenden Lasten bis zur Übernahme des Objektes durch den Käufer, Rückstände an öffentlichen Lasten, insbesondere noch nicht abgerechnete Erschließungsbeiträge und ähnliches. Hier

muss durch entsprechende Vertragsregelungen sichergestellt werden, dass der Anteil für die Insolvenzmasse nicht durch derartige Kosten geschmälert oder gar ein Verlust herbeigeführt wird.

Eine freihändige Verwertung wird häufig durch nachrangig eingetragene Grundpfandrechte behindert. Hier hat die Rechtsprechung Hilfestellung dadurch gegeben, dass vom Insolvenzverwalter an nachrangig eingetragene Gläubiger gezahlte „Lästigkeitsgebühren“ zurückgefordert werden können, wenn feststeht, dass der betreffende Grundpfandgläubiger im Falle einer Zwangsversteigerung auf sein Grundpfandrecht in keinem Fall eine Ausschüttung hätte erwarten können.

Ein besonderes Augenmerk muss auf die Steuerproblematik gerichtet werden. Ist von dem Schuldner zuvor Vorsteuer aus Aufwendungen für die Immobilie gezogen worden, ist der Insolvenzverwalter verpflichtet, das Objekt mit Umsatzsteuer zu veräußern. Anderenfalls droht eine Umsatzsteuerrückforderung gemäß § 15a UStG. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist der Umsatzsteuerberichtigungsanspruch eine Masseverbindlichkeit. Vereinzelt vertreten Finanzgerichte inzwischen die Auffassung, dass es sich nur um Insolvenzforderungen handelt.

Ob sich diese Meinung durchsetzt, ist noch offen. Ist der Schuldner umsatzsteuerpflichtig gewesen, ist der Insolvenzverwalter jedenfalls verpflichtet, für den mit dem Grundpfandgläubiger vereinbarten Masseanteil aus dem Kaufpreiserlös Umsatzsteuer abzuführen. Dies muss bei den Vereinbarungen mit dem Grundpfandgläubiger beachtet werden.





## Eingeschränkte Wirksamkeit der Globalzession kontokorrentgebundener Forderungen

Rechtsanwalt: Dr. Johannes Graute | Fachanwalt für Insolvenzrecht

Globalzessionen sind insbesondere für Banken ein wichtiges Kreditsicherungsmittel. Dieses Kreditsicherungsmittel hat durch eine neue BGH-Entscheidung allerdings seine Wirksamkeit verloren, soweit kontokorrentgebundene Forderungen abgetreten werden.

**Im Einzelnen:** Durch die Einbindung in das Kontokorrent verlieren die Forderungen ihre rechtliche Selbständigkeit. Die Abtretung einzelner Forderungen ist daher nicht möglich, soweit diese in ein Kontokorrent eingestellt werden. Darüber hinaus werden bei einer Kontokorrentabrede auch die Saldoforderungen jeweils auf die neue Rechnungsperiode vorgetragen, so dass sie ihrerseits wiederum kontokorrentgebunden und damit unabtretbar sind (de Bra und Ganninger NZI 2009, 601 m. w. N.). Wenn die Forderungen ins Kontokorrent eingestellt werden, kann sich die Bank somit lediglich den Schlusssaldo nach Beendigung des Kontokorrents im Wege der Vorausabtretung übertragen lassen. Kommt es zu einer Insolvenzeröffnung, erlischt die Kontokorrentabrede gemäß §§ 115, 116 InsO. Mit der Insolvenzeröffnung kommt es somit zu einem Anspruch auf den Überschuss (sog. kausaler Schlusssaldo). Der BGH hatte zu entscheiden, ob die Bank sich diesen kausalen Schlusssaldo auch für den Fall der Insolvenz wirksam abtreten lassen kann.

Nach bisheriger Rechtsprechung wurde die Vorausabtretung des erst mit der Verfahrenseröffnung entstehenden Anspruchs auf den kausalen Schlusssaldo als möglich angesehen. Insbesondere die zwischenzeitliche Insolvenzeröffnung stand nach der bisherigen Rechtsprechung einer wirksamen Abtretung nicht entgegen. Dabei wurde argumentiert, dass es sich bei dem kausalen Schlusssaldo nicht um einen künftigen, erst mit oder nach Verfahrenseröffnung entstehenden Anspruch handele. Der kausale Saldoanspruch habe vielmehr seine Grundlage in den einzelnen Forderungen, die in das Kontokorrent eingestellt worden seien (BGHZ 70, 86). Diese Auffassung wurde in der Literatur fast einhellig geteilt (de Bra und Ganninger aaO. m. w. N.).

Der BGH hat durch Urteil vom 25.06.2009 die zu § 15 KO ergangene Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben. Dabei stellt der BGH nunmehr auf § 91 Abs. 1 InsO ab, wonach „Rechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden kön-

nen.“ Deshalb befasst sich der BGH zunächst mit der Frage, wie der Wortlaut des Gesetzes („nach“ der Insolvenzeröffnung) zu verstehen ist. In diesem Zusammenhang prüft der BGH, ob die Regelung des § 91 InsO erst nach dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung als juristischer Sekunde einsetzt. Eine solche Auslegung wird vom BGH aber verworfen. Nach der Entscheidung des BGH können damit im Ergebnis Rechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse bereits mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr wirksam erworben werden.

Nach der Rechtsprechung des BGH tritt das Erwerbsverbot des § 91 InsO nur dann zurück, wenn der Sicherungsnehmer bereits vor der Insolvenzeröffnung eine „gesicherte Rechtsposition“ hinsichtlich der abgetretenen Forderung erlangt hat (BGH NJW RR 2009, 755). Eine solche gesicherte Rechtsposition besteht beim Kontokorrent allerdings nicht, da die Parteien der Kontokorrentabrede ebenso wie der vorläufige Insolvenzverwalter durch Verfügungen bis zur Verfahrenseröffnung den kausalen Saldoanspruch noch beseitigen können (BGH NZI 599, 600).

Die wiedergegebene Entscheidung des BGH vom 25.06.2009 hat weitreichende Folgen. Dem Fall lag ein 3-Personen-Verhältnis zugrunde. Die Grundsätze der Entscheidung sind aber auch auf das übliche Girokonto des Bankkunden übertragbar. Guthaben auf dem Girokonto scheiden danach als Sicherungsmittel für die Bank aus. Die Bank kann daher etwa bei anderweitigen Darlehensforderungen keine Aufrechnung gegen ein Guthaben des Kunden auf dem ungekündigten Girokonto vornehmen (§ 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Daneben würde der Bank auch eine Beendigung des Kontokorrentverhältnisses unmittelbar vor der Verfahrenseröffnung nicht helfen. Die Aufrechnung würde dann zwar nicht an § 91 Abs. 1 Nr. 1 InsO scheitern; die Aufrechnung wäre in diesem Fall aber eine inkongruente Deckung und würde somit gegen § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO verstoßen (BGHZ 159, 388, de Bra und Ganninger NZI 2009 601). Im Ergebnis stellt somit das Kontokorrentkonto bzw. Girokonto für die Banken kein taugliches Sicherungsmittel mehr dar. Um Guthaben auf einem Kontokorrent als Sicherheit nutzen zu können, ist es aus Sicht der Banken erforderlich, solche Beträge auf einem nicht kontokorrentgebundenen Konto zu separieren (de Bra und Ganninger aaO).



## Modernisierung bei GmbHs durch das MoMiG Kapitalaufbringungs-, Kapitalerhaltungs- und Eigenkapitalersatzrecht

Rechtsanwalt: Dr. Andreas Schröder

Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 01.11.2008 hat das Kapitalaufbringungs-, Kapitalerhaltungs- und Eigenkapitalersatzrecht bei GmbHs grundlegende Änderungen erfahren.

Die Änderungen zur Kapitalaufbringung betreffen insbesondere Sacheinlagen anstelle von Barzahlungsverpflichtungen auf das Stammkapital (Stichwort: verdeckte Sacheinlage), Auszahlungen an Konzerngesellschaften im Rahmen eines sog. Cash-Poolings und der Aufgabe des bisherigen Verständnisses des Eigenkapitalersatzrechtes, welches die höchstrichterliche Rechtsprechung seit nahezu 30 Jahren entwickelt hatte.

### 1. Modernisierung des Kapitalaufbringungsrechts

#### a) Verdeckte Sacheinlage

Eine verdeckte Sacheinlage hatte die höchstrichterliche Rechtsprechung vor Inkrafttreten des MoMiG immer dann angenommen, wenn der Gesellschafter und die Gesellschaft eine Bareinlage vereinbart und erbracht hatten, der Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung aufgrund einer im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Bareinlage getroffenen Absprache eine Sache oder ein Recht übertragen wurde. Das war beispielsweise dann der Fall, wenn sich die Gesellschaft verpflichtete, einen Gegenstand, z. B. einen Personenkraftwagen, vom Gesellschafter zu kaufen.

Als Konsequenz dieser Rechtsprechung blieb die Bareinzahlungsverpflichtung des Gesellschafters unerfüllt, so dass er nochmals die Stammeinlagenverpflichtung gegenüber der Gesellschaft – zumeist in der Insolvenz der Gesellschaft – erfüllen musste.

Nach Inkrafttreten des MoMiG bestimmt nunmehr § 19 Abs. 4 GmbHG, dass zwar nach wie vor eine Bareinlageverpflichtung bei entsprechender Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter bestehen bleibt, allerdings Verträge über Sacheinlagen und die entsprechenden Rechtshandlungen zu ihren Ausführungen nicht unwirksam sind und der Wert der verdeckten Sacheinlage auf die fortbestehende Geldeinlageverpflichtung des Gesellschafters kraft Gesetzes angerechnet wird. Der Gesellschafter haftet in diesem Fall nur auf den Fehlbetrag zwischen dem tatsächlichen Wert der Sacheinlage zum Zeitpunkt der Überlassung an die Gesellschaft und der Ge-

genleistung. Der Gesellschafter muss aber tatsächlich nachweisen, welchen Wert der übertragene Vermögensgegenstand zum Zeitpunkt der Einbringung hatte.

Besonders bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber in der Überleitungsvorschriften zum MoMiG ausdrücklich angeordnet hatte, dass Tatbestände in der Vergangenheit, also vor Inkrafttreten des MoMiG, ebenfalls nach der neuen Vorschrift des § 19 Abs. 4 GmbHG zu beurteilen sind. Wenn beispielsweise ein Vorgang zwischen einer Gesellschaft und einem Gesellschafter im Jahre 1999 als verdeckte Sacheinlage zu beurteilen war, ist dieser Vorgang bereits nach dem neuen Recht zu beurteilen.

#### b) Hin- und Herzahlen

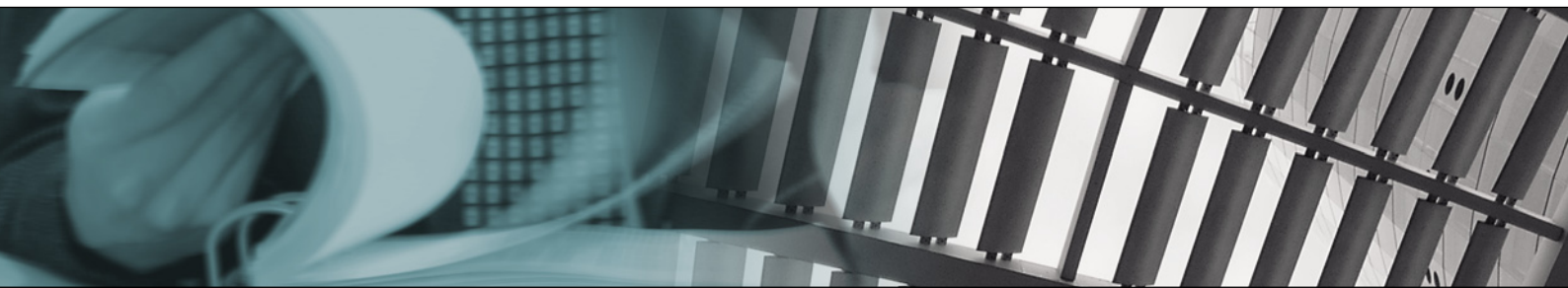
Bei der sog. Fallgruppe des Hin- und Herzahlens hatte der Gesellschafter nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ebenfalls seine Bareinlageverpflichtung gegenüber der Gesellschaft nicht erbracht. Dies betraf z. B. die Fälle, in denen der Gesellschafter mit der Gesellschaft abgesprochen hatte, die von ihm erbrachte Bareinlage wieder an ihn als Darlehen auszuzahlen. Die Rechtsprechung begründete die unwirksame Erfüllungshandlung des Gesellschafters damit, dass das Kapital der Geschäftsführung der Gesellschaft nicht zur freien Verfügung gestanden hatte, weil die Gesellschaft verpflichtet war, den in bar erhaltene Betrag sofort wieder an den Gesellschafter auszuzahlen.

Durch die neue Vorschrift des § 19 Abs. 5 GmbHG verstößt das Hin- und Herzahlen jedenfalls dann nicht gegen Kapitalaufbringungsgrundsätze, wenn die Leistung an den Gesellschafter durch einen vollwertigen und jederzeit fälligen oder durch die Gesellschaft fällig zu stellenden Rückgewähranspruch (in dem Beispielsfall auf Rückzahlung des Darlehens) gedeckt ist.

### 2. Modernisierung des Kapitalerhaltungsrechts

Nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG durfte das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Eine entgegen dieses Verbotes ausgeführte Zahlung musste der Gesellschafter an die Gesellschaft erstatten.

Ob eine derartige haftungsrelevante Auszahlung vorlag, wurde bis zum BGH-Urteil vom 24.11.2003 rein bilanziell betrachtet. Führte die Auszahlung an den Gesellschafter zu einer Unterbilanz der Gesellschaft und entstand gleichzeitig ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter, fand lediglich ein Aktivtausch statt und das Stammkapital der Gesell-



schaft wurde nicht berührt. Durch das Urteil des BGH vom 24.11.2003 stellten Auszahlungen aus dem gebundenen Vermögen der Gesellschaft an den Gesellschafter auch dann eine verbotene Einlagenrückgewähr dar, wenn bei reiner bilanzieller Betrachtung ein vollwertiger Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter aktiviert werden konnte.

Dies führte dazu, dass sog. Cash-Pool-Systeme im Rahmen von Konzernfinanzierungen rechtlich erheblichen Unsicherheiten und Gefahren ausgesetzt waren. Bei den Cash-Pool-Systemen gleichen Konzernternehmen die Liquidität der verschiedenen Konzerngesellschaften dadurch aus, dass die liquiden Mittel (eventuell taggleich) von den beteiligten Gesellschaften in Form von Darlehen an die Cash-Pool führende Gesellschaft (zumeist die Muttergesellschaft) geleistet werden und umgekehrt bei Liquiditätsbedarf die Cash-Pool führende Gesellschaft Darlehen an die beteiligten Gesellschaften vergibt.

Die jeweiligen Ausreichungen stellten nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung unter Umständen eine verbotene Einlagenrückgewähr dar. Da die Geschäftsführer der jeweiligen Gesellschaften auch persönlich für derartige verbotene Auszahlungen haften, wurde durch das oben genannte Urteil des Bundesgerichtshofs eine erhebliche Unsicherheit in der Praxis hervorgerufen.

Der Gesetzgeber hat durch eine Neuformulierung des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auf die Rechtsprechung reagiert und insbesondere in der Gesetzesbegründung auf die praxisrelevante Durchführung von Cash-Pool-Systemen verwiesen. Hiernach verstößt eine Leistung an einen Gesellschafter nicht mehr gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist. Auch hier hat der Gesetzgeber die rein bilanzielle Betrachtungsweise wieder eingeführt.

Zum neuen Recht sind mittlerweile schon BGH-Entscheidungen ergangen (sog. Quivive- und Cash-Pool-II-Entscheidungen). Die Entscheidungen betreffen Fälle, wenn die Gesellschafter anstatt zur Erbringung von Bareinlagen oder Sacheinlagen sich verpflichten, Dienstleistungen zu erbringen. Bei Cash-Pool-Systemen kommt es nunmehr nach neuerer Rechtsprechung darauf an, ob bei Auszahlungen zu Lasten der Gesellschaft ein negativer Saldo oder ein positiver Saldo entsteht.

### 3. Modernisierung des Eigenkapitalersatzrechtes

Das äußerst komplizierte Recht zum Eigenkapitalersatz, welches die höchstrichterliche Rechtsprechung insbesondere seit Beginn der 80er Jahre in zahlreichen Entscheidungen fortent-

wickelt hat, ist nunmehr durch das MoMiG auf eine komplett neue rechtliche Grundlage gestellt worden.

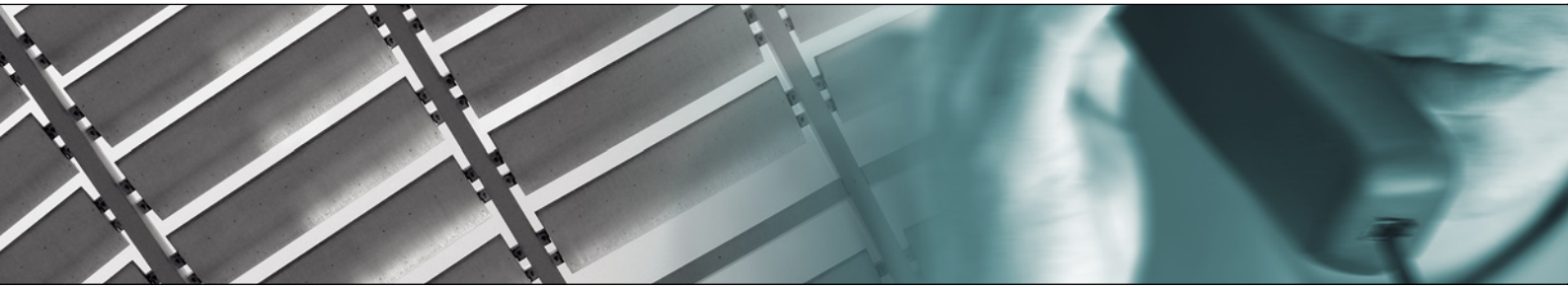
In der Vergangenheit waren sämtliche Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen oder gleichgestellte Rechtshandlungen, die ab dem Eintritt der Krise der Gesellschaft erfolgt sind, vom Gesellschafter an die Gesellschaft zurückzuerstatten. In der Folgezeit gab es unzählige Fallkonstellationen, die allesamt von der Rechtsprechung und der Beratungspraxis berücksichtigt werden mussten.

Neuerdings unterscheidet das MoMiG nicht mehr zwischen eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen und normalen Gesellschafterdarlehen, sondern unterwirft sämtlichen Auszahlungen, die auf ein Gesellschafterdarlehen in einem Zeitraum von einem Jahr vor Insolvenzantragsstellung einer Gesellschaft erfolgt sind, dem Insolvenzanfechtungsrecht und damit einer Rückzahlungsverpflichtung in der Insolvenz, unabhängig davon, ob sich die Gesellschaft zum Zeitpunkt der jeweiligen Rückzahlung in der Krise befand oder nicht. Ausgenommen sind nur Darlehen von nicht geschäftsführenden Gesellschaftern, die mit weniger als 10% am Stammkapital beteiligt sind oder wenn das Darlehen zum Zweck der Sanierung der Gesellschaft gewährt wird.

Durch das Inkrafttreten des MoMiG sind ausdrücklich die zum Eigenkapitalersatzrecht ergangenen Rechtsprechungsregelungen aufgehoben worden. Allerdings gibt es auch hier wiederum zahlreiche Zweifelsfragen, so wenn beispielsweise ein Darlehen in der Vergangenheit gewährt und über das Inkrafttreten des MoMiG hinaus fortbesteht.

### 4. Zusammenfassung

Die vom Gesetzgeber durch das MoMiG beabsichtigte Erleichterung der Rechtspraxis bezüglich der Themen Eigenkapitalersatzrecht, Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsrecht bei der GmbH ist zwar in weiteren Bereichen eingetreten, im Gegenzug wurden wiederum zahlreiche neue Fragen aufgeworfen, die erst in Zukunft durch Rechtsprechung und Literatur gelöst werden müssen.



## **Ansprechpartner**

Dr. Günter Trutnau, Rechtsanwalt  
Telefon: 0171-4026280  
E-Mail: trutnau@raehp.de

Dr. Johannes Graute, Rechtsanwalt  
Telefon: 0201-1095-415  
E-Mail: graute@raehp.de

Dr. Andreas Schröder, Rechtsanwalt  
Telefon: 0201-1095-405  
E-Mail: schroeder@raehp.de

Thorsten Snyders, Rechtsanwalt  
Telefon: 0151-11649992  
E-Mail: snyders@raehp.de

Robert Baude, Rechtsanwalt  
Telefon: 0341-868370  
E-Mail: baude@raehp.de

## **Internet**

[www.raehp.de](http://www.raehp.de)

## **IMPRESSUM.**

Verantwortlicher Redakteur: Dr. Andreas Schröder  
Herausgeber: Heinemann & Partner Rechtsanwälte, Essen  
Gestaltung: F22 Agentur, Essen  
Druck: Druckhaus Garcia, Leverkusen

## **Standorte**

### **Essen**

Ill. Hagen 30  
45127 Essen  
Telefon: 0201-1095-6  
Telefax: 0201-1095-500  
E-Mail: essen@raehp.de

### **Leipzig**

Paulinerweg 27  
04299 Leipzig  
Telefon: 0341-86837-0  
Telefax: 0341-8683737  
E-Mail: leipzig@raehp.de

### **Erfurt**

Hans-Sailer-Straße 10/11  
99089 Erfurt  
Telefon: 0361-7775955  
Telefax: 0361-7775953  
E-Mail: kontakt@rae-erfurt.de

### **Nordhorn**

Heideweg 72  
48529 Nordhorn  
Telefon: 05921-7139145  
Telefax: 05921-7139146  
E-Mail: snyders@raehp.de

### **Bochum**

Emil-Weitz-Straße 2  
44866 Bochum-Wattenscheid  
Telefon: 02327-606670  
E-Mail: klassen@raehp.de

### **Wuppertal**

Nessebergstraße 21  
42349 Wuppertal  
Telefon: 0202-2836788  
E-Mail: klassen@raehp.de



**HEINEMANN & PARTNER**  
Rechtsanwälte