



SCHIEBE UND COLLEGEN  
RECHTSBERATUNG | INSOLVENZVERWALTUNG | SANIERUNG

NEWSLETTER  
09-10/13

## PRAXIS DES INSOLVENZRECHTS

---

# Verwertung von Grundbesitz im Insolvenzverfahren vor dem Ende?

Mit Urteil vom 16.05.2013 hat der vierte Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) entschieden, dass die Einkommensteuerschuld, die aus der Verwertung der zur Insolvenzmasse gehörenden Wirtschaftsgüter resultiert, Masseverbindlichkeit i.S. des § 55 I Nr. 1 InsO ist (Az. IV R 23/13; ZIP 2013, 1481). Dies soll – und darin liegt die eigentliche Sprengkraft der Entscheidung – selbst dann gelten, wenn das verwertete Wirtschaftsgut mit Absonderungsrechten belastet war und der tatsächlich zur Masse gelangte Erlös nicht ausreicht, um die aus der Verwertungshandlung resultierende Einkommensteuerforderung zu befriedigen.

Mit seiner Entscheidung gibt der BFH die bisherige Rechtsprechung (Urt. v. 29.03.1984, Az. IV R 271/83, BFHE 141, 2) auf und stellt die Praxis vor erhebliche Probleme, indem er einmal mehr einen insolvenzrechtlichen Sachverhalt ausschließlich nach steuerrechtlichen Grundsätzen beurteilt. Er setzt sich damit in Widerspruch zur überwiegenden Auffassung im insolvenzrechtlichen Schrifttum, wonach die Einkommensteuer nur insoweit als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren ist, als stille Reserven nach Insolvenzeröffnung entstanden sind. Auch der fünfte BFH-Senat hatte zuletzt die

Ansicht vertreten, dass – entsprechend der BGH-Rechtsprechung – die Verwirklichung des zivilrechtlichen Tatbestandes maßgebend sei.

Durch die nun vorliegende Entscheidung des vierten Senats wird die Besteuerung der stillen Reserven nicht interessengerecht gelöst. Es ist zu beachten, dass die stillen Reserven eines Wirtschaftsgutes bereits vor Insolvenzeröffnung steuerverstrickt sind. Der Steueranspruch selbst ist lediglich bis zur Verwirklichung (Verwertungshandlung) als aufschiebend bedingt anzusehen. Nach seiner bisherigen Rechtsprechung wurde die Masseverpflichtung auf den zur Konkursmasse gelangten Betrag reduziert. Die restliche Steuerforderung wäre jedoch als Forderung gegen das insolvenzfremde Vermögen des Schuldners zu qualifizieren. Eine solche Forderung nimmt indes am Restschuldbefreiungsverfahren nicht teil, weil sie nicht gegenüber einem Insolvenzgläubiger besteht. Von dieser Forderung kann der Schuldner auch nicht durch ein zweites Insolvenz- bzw. Restschuldbefreiungsverfahren befreit werden: Die Eröffnung eines solchen zweiten Insolvenzverfahrens wäre unzulässig, da ohne Freigabe von Vermögen wegen §§ 35 I, 36 InsO kein verwertbares Vermögen



vorhanden ist. Diesem Einwand begegnet der BFH nunmehr dadurch, dass er die gesamte Steuerforderung als Masseverbindlichkeit einordnet, so dass insoweit ein Konflikt mit der beantragten Restschuldbefreiung nicht auftreten könne.

Praktische Folge der neuen Rechtsprechung dürfte es sein, dass Insolvenzverwalter künftig in vielen Fällen gezwungen sein werden, den belasteten Gegenstand – also insbesondere Immobilien – zur Vermeidung von Masseverbindlichkeiten freizugeben. Ein unbefriedigendes Ergebnis, das zu einer weiteren Verringerung der Insolvenzquoten führen wird. So bleibt nur zu hoffen, dass der BFH in einem beim neunten Se-

nat anhängigen Revisionsverfahren (Az. IX R 17/12) in einem vergleichbaren Fall anders entscheiden wird. Inzwischen müssen Insolvenzverwalter, insbesondere bei Verwertungsvereinbarungen mit dem Grundpfandgläubiger die durch das Urteil geänderte Rechtsprechung beachten. ■



**Mirko Lehnert**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenzrecht

## RECHTSPRECHUNG

BGH, Urteil vom 18.07.2013 – IX ZR 219/11

### **Wird eine für ein Gesellschafterdarlehen anfechtbar bestellte Sicherung verwertet, greift die Anfechtung nach § 135 I Nr.1 InsO auch dann durch, wenn die Verwertung länger als ein Jahr vor der Antragstellung erfolgt ist.**

Erneut hatte sich der Bundesgerichtshof (BGH) mit Fragen der Auslegung des § 135 InsO in der durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) geänderten Fassung zu beschäftigen. Geklagt hatte der Insolvenzverwalter einer GmbH („Schuldnerin“), über deren Vermögen auf einen Eigenantrag vom 06.06.2009 hin am 01.10.2009 das Insolvenzverfahren eröffnet worden war. Beklagte waren zum einen eine GmbH & Co. KG (Beklagte zu 1), zum anderen der Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin (Beklagter zu 2). Der Beklagte zu 2 hielt 50 % der Geschäftsanteile an der Komplementärin der Beklagten zu 1, war deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer und außerdem Kommanditist der Beklagten zu 1. Die Beklagte zu 1 hatte der Schuldnerin verschiedene Darlehen gewährt. Am 15.07.2004 trat die Schuldnerin eine Forderung gegen die B-GmbH zur Sicherung dieser Darlehen an die Beklagte zu 1 ab. Am 29.06.2007 zahlte die B-GmbH auf Weisung der Schuldnerin einen Betrag über € 40.766,49 an die Beklagte zu 1. Bereits am 13.03.2007 hatte der Beklagte zu 2 für die seit dem Jahre 2003 bilanziell überschuldete Schuldnerin die eidesstattliche Versicherung abgegeben. Der Kläger nahm die Beklagte zu 1 unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung und den Beklagten zu 2 nach § 43 II GmbHG auf Erstattung dieses Betrages in Anspruch. Das Landgericht hatte der Klage gegen die Beklagte zu 1 stattgegeben und sie gegen den Beklagten zu 2 abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten zu 1 hatte das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der Berufung des Klägers die Klage insgesamt abgewiesen. Die zugelassene Revision zum Bundesgerichtshof führte nun zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

In seiner Begründung erteilte der BGH einer im Schrifttum vertretenen Auffassung, wonach bei der Verwertung einer

Sicherung durch den Gesellschafter wegen der darin liegenden Befriedigung nur eine Anfechtung nach § 135 I Nr. 2 InsO in Betracht komme, eine klare Absage. Eine solche Sperrwirkung des Befriedigungstatbestandes sei abzulehnen. Deshalb scheiterte die Anfechtung im vorliegenden Fall auch nicht daran, dass die Verwertung der Sicherheit bereits länger als ein Jahr zurück und damit außerhalb des Anfechtungszeitraums des § 135 I Nr. 2 InsO lag. Da der Beklagte zu 2 Alleingesellschafter der Schuldnerin und gleichzeitig mit 50 % an der Beklagten zu 1 beteiligt und deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer war, sah der BGH die Beklagte zu 1 auch als Gesellschafterin im Sinne des § 135 I Nr. 1 InsO an. Im Ergebnis wurde daher ein Anspruch auf Wertersatz in Höhe des von der B-GmbH an die Beklagte zu 1 bezahlten Betrags von € 40.766,49 bejaht. Dagegen drang der Kläger mit dem gegen den Beklagten zu 2 gemäß § 43 II GmbHG geltend gemachten Schadenersatzanspruch nicht durch: Nach Ablauf der fünfjährigen Frist des § 43 IV GmbHG war diese Forderung verjährt.

Nach der vorliegenden Entscheidung steht fest, dass Gesellschafterdarlehen nur sehr eingeschränkt anfechtungsfrei zurückgeführt werden können, der BGH stärkt also die Anfechtungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters nach § 135 InsO. Wird eine Sicherheit verwertet, so ist diese Verwertung einer Anfechtung nur dann entzogen, wenn die Sicherheit mehr als zehn Jahre vor dem Insolvenzantrag gewährt wurde und die Verwertung mehr als ein Jahr vor dem Insolvenzantrag erfolgte. ■



**Dr. Christoph Glatt LL.M.**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenzrecht





## PRAXIS

# Verlust der Insolvenzantragspflicht nach § 6 II Nr. 3 GmbHG?

Gerade die derzeit bei einigen Insolvenzgerichten anhängigen Insolvenzantragsverfahren von gescheiterten Kapitalanlagesystemen mit strafrechtlichen Verquickungen (z.B. S&K und Trend Capital) zeigen die Schwierigkeit einer wirksamen Insolvenzantragstellung. Diese Systeme zeichnen sich durch eine Vielzahl von Gläubigern im Range des § 39 InsO aus. Forderungen gem. § 38 InsO sind dagegen kaum vorhanden, sodass mit Insolvenzanträgen der institutionellen Gläubiger wie Finanzämter und Krankenkassen eher nicht zu rechnen ist. Die Anleger schrecken aufgrund einer möglichen Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter meist von einer Antragstellung zurück. Es verbleibt daher der Antrag der Vertretungsorgane. Sofern diese bereits in Untersuchungshaft sitzen, ist alleine schon eine den Formalien genügende Antragstellung schwierig. Sollte sogar schon eine Verurteilung der Geschäftsführer erfolgt sein, ist zwingend die Regelung des § 6 II Nr. 3 GmbHG zu beachten. Bei einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr in einer der Katalogstraftaten entfällt die Fähigkeit zur Führung einer Kapitalgesellschaft. Der Geschäftsführer verliert sein Amt, ohne dass es eines weiteren gesellschaftsrechtlichen Aktes oder der Kenntnis der Gesellschafter bzw. des vermeintlichen Geschäftsführers bedarf (*Heybrock*, Praxiskommentar zum GmbH-Recht, § 6 GmbHG, Rn. 18). Damit wäre die Gesellschaft führungslos. Da sich Kapitalanlagebetrugssysteme durch eine auswuchernde Konzernstruktur auszeichnen und in den Gesellschaften meist die gleichen Beteiligten Organstellungen innehaben, geht die Antragspflicht nach

§ 15a III InsO für den Gesellschafter gleichfalls ins Leere, da auch diese Gesellschaften führungslos sind. Dies führt letztlich zum unbilligen Ergebnis, sollte man das Fortbestehen der Antragspflicht verneinen (*Klöhn* in Münchener Kommentar zum Insolvenzrecht, § 15 Rn. 9; a. A. FK-InsO/*Schmerbach*, § 15 Rn. 15), dass die bereits verurteilten Organe gänzlich von ihren Pflichten zur Insolvenzantragstellung befreit würden.

In der Literatur wird daher vorgeschlagen, im Falle der Nichtigkeit der Bestellung eines Organmitglieds nicht von einer Führungslosigkeit der Gesellschaft im Sinne der Insolvenzordnung auszugehen, wenn der Bestellte tatsächlich und mit Wissen der Gesellschafter für die Gesellschaft tätig ist (*Schmerbach* in Frankfurter Kommentar zur InsO, § 15a Rn. 15; *Berger*, ZinsO 2009, 1977, 1980; *Schmahl*, NZI 2008, 6, 7). Demnach verbliebe es bei einem Antragsrecht bzw. einer Antragspflicht des ehemaligen Geschäftsführers. Letztlich käme auch die Qualifizierung des ehemaligen Geschäftsführers als faktischer Geschäftsführer in Betracht. Dessen Antragspflicht ist anerkannt (BGH, Urt. v. 11.07.2005, Az. II ZR 235/03). In einer nicht rechtskräftigen Entscheidung wurde jedoch das Antragsrecht des nach § 6 II Nr. 3 GmbHG ausgeschlossenen Geschäftsführers verneint und der Insolvenzantrag als unzulässig zurückgewiesen. ■



**Florian Bandrack**  
Rechtsanwalt

## BETRIEBSWIRTSCHAFT

# Fortführungsprognose

Mit der Neuregelung des Überschuldungsbegriffs des § 19 II InsO Ende 2012 hat die Frage nach der Wahrscheinlichkeit einer Unternehmensfortführung nicht mehr allein Bedeutung für den bei der Erstellung der Überschuldungsbilanz anzuwendenden Bewertungsmaßstab für Unternehmenswerte und Verbindlichkeiten, sondern es liegt bereits keine Überschuldung vor, wenn eine positive Fortführungsprognose besteht. Rechnerisch überschuldete Unternehmen können somit der Insolvenzantragspflicht entgehen, sofern sie eine positive Fortführungsprognose aufstellen können. Eine positive Fortführungsprognose setzt voraus, dass die Überwindung der Überschuldungssituation überwiegend

wahrscheinlich ist. Damit kann das Gesellschaftsvermögen neu bewertet werden. Anstelle von Liquidationswerten kann im Überschuldungsstatus von Fortführungswerten ausgegangen werden. Ergibt sich auch dann eine Überschuldung, bleibt es bei der Insolvenzantragspflicht. Wenn dagegen unter Zugrundelegung von Fortführungswerten (Going-Concern-Werten) festgestellt wird, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gedeckt werden, liegt keine Überschuldung vor. Das Unternehmen kann weiter am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, ohne einen Insolvenzantrag stellen zu müssen. Ist die Fortführungsprognose negativ, folgt daraus die Insolvenzantragspflicht bei rechnerischer Überschuldung. ■

**Mainz**

Hindenburgstraße 22  
55118 Mainz  
Tel. 06131 61923-0  
Fax 06131 61923-11  
mainz@schiebe.de

**Darmstadt**

Kasinostraße 9  
64293 Darmstadt  
Tel. 06151 39682-0  
Fax 06151 39682-20  
darmstadt@schiebe.de

**Heilbronn**

Bismarckstraße 108  
74074 Heilbronn  
Tel. 07131 203354-0  
Fax 07131 203354-9  
heilbronn@schiebe.de

**Koblenz**

Rheinzollstraße 16  
56068 Koblenz  
Tel. 0261 4509999-20  
Fax 0261 4509999-29  
koblenz@schiebe.de

**Frankfurt am Main**

Kaiserstraße 11  
60311 Frankfurt am Main  
Tel. 069 219315-0  
Fax 069 219315-99  
frankfurt@schiebe.de

**Mannheim**

Seckenheimer Landstraße 4  
68163 Mannheim  
Tel. 0621 3098398-0  
Fax 0621 3098398-9  
mannheim@schiebe.de

**Saarbrücken**

Nell-Breuning-Allee 6  
66115 Saarbrücken  
Tel. 0681 588167-0  
Fax 0681 588167-9  
saarbruecken@schiebe.de

**Dr. Robert Schiebe**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenzrecht  
Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth)

**Jessica Kießling**

Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Insolvenzrecht

**Dr. Christoph Glatt LL.M.**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenzrecht

**Katja Dönges**

Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Insolvenzrecht

**Mirko Lehnert**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenzrecht

**Oliver Willmann**

Rechtsanwalt

**Johannes Reinheimer**

Rechtsanwalt

**Florian Bandrack**

Rechtsanwalt

**Catharina Mudersbach**

Rechtsanwältin

**Tanja Bindrin**

Rechtsanwältin

