Insolvenzrecht
Finanzmarktstabilisierungsgesetz
Insolvenz
Überschuldungsbilanz

Die Insolvenzordnung im Licht der Finanzmarktkrise

– Rückkehr zum „alten" Überschuldungsbegriff –

RA/FAInsR Stefan Meyer / Christoph Chrobok, Berlin/Hannover/Lübbecke/Münster

steuer-journal Nr.
sj 0823 0020

Mehr zum Thema:

- Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG)
- Gesetzentwurf zum FMStG (BT-Drucks. 16/10600)
- BGH, Beschluss v. 09.10.2006 – II ZR 303/05 (Zur Auslegung des Begriffs der Überschuldung in § 19 Abs. 2 InsO)

Spätestens mit dem seit Ende September bekannten Zusammenbruch der Hypo Real Estate Group hat die Finanzmarktkrise auch die Bundesrepublik erreicht. Der Niedergang weiterer namhafter Kreditinstitute in Europa (Fortis, Bradford & Bingley) und den USA (Lehman Brothers u.a.) sowie der Zusammenbruch des gesamten Bankensektors in Island haben die Bundesregierung dazu veranlasst, per Eilgesetz das sog. Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) auf den Weg zu bringen. In diesem Kontext ist nahezu unbemerkt und außerhalb öffentlicher Aufmerksamkeit eine Änderung des Überschuldungsbegriffs in § 19 Abs. 2 InsO vorgenommen worden. Diese gesetzliche Änderung ermöglicht es den Unternehmen im Ergebnis künftig wieder, lediglich aufgrund einer positiven Fortführungsprognose trotz Vorliegens einer bilanziellen sowie insolvenzrechtlichen Überschuldung auf den bis dato zwingend erforderlichen Insolvenzantrag zu verzichten.

I. Situationsbericht

Neben Kreditinstituten, die aktuell auf ihre Vermögenswerte in erheblichem Umfang Wertberichtigungen vornehmen müssen, trifft die Finanzmarktkrise sekundär auch Unternehmen aus allen anderen Wirtschaftssektoren. Aufgrund des teils erheblichen Wertverlusts z.B. im Bereich von Finanz- und Sachanlagen (Aktien, Immobilien etc.) sind aktuell und wohl auch zukünftig erhebliche Abschreibungen erforderlich, die gerade im Fall geringer Eigenkapitalausstattung sehr kurzfristig zu einer **bilanziellen Überschuldung** führen können.

Unproblematisch ist dies dann, wenn die Verluste (z.B. über eine Kapitalerhöhung, Rangrücktrittserklärungen) ausgeglichen werden können. Ist das nicht möglich, haben die zuständigen Organe (Geschäftsführer/Vorstand bei Kapitalgesellschaften) – insbesondere auch zur Vermeidung eigener Haftungsrisiken – fortwährend zu prüfen, ob eine Pflicht zur Insolvenzantragstellung besteht (vgl. § 64 GmbHG, § 92 AktG). Dabei war nach der bisherigen Rechtslage unter Rückgriff auf § 19 Abs. 2 InsO im Rahmen einer **Überschuldungsbilanz** zu prüfen, ob das Vermögen des schuldnerischen Unternehmens die bestehenden Verbindlichkeiten deckt.

Die Bewertung, ob für das Unternehmen eine **positive Fortführungsprognose** besteht, war nur insofern von Bedeutung, als bei einer positiven Prognose Fortführungswerte in der Überschuldungsbilanz in Ansatz gebracht werden durften, während im Fall einer negativen Fortführungsprognose nur die i.d.R. geringeren Liquidationswerte anzusetzen waren. Ergab sich selbst bei Ansatz von Fortführungswerten noch eine Überschuldung, war zwingend ein Insolvenzantrag zu stellen.

Wohl aus nicht unberechtigter Sorge, dass die aktuelle Finanzmarktkrise bei einer Vielzahl von Unternehmen trotz grds. positiver Fortführungsprognose und Ansatz von Fortführungswerten zu einer Überschuldung führt und damit ein Insolvenzantrag die logische und gesetzlich unvermeidliche Konsequenz wäre, hat der Gesetzgeber im Rahmen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes

(FMStG, BGBl. I 2008 S. 1982, vgl. unter „Mehr zum Thema“) den Überschuldungsbegriff in § 19 Abs. 2 InsO „angepasst“. Historisch einmalig und bemerkenswert ist die Geschwindigkeit, mit der das FMStG verabschiedet wurde: Zwischen dem Beschluss über die Gesetzesvorlage durch das Bundeskabinett (13.10.2008) und der Veröffentlichung im BGBl. (17.10.2008) sind gerade einmal fünf Tage vergangen.

Nachfolgend wird diese gesetzliche „Anpassung“ des Überschuldungsbegriffs analysiert. Unter II. wird zunächst die Entwicklung des Überschuldungsbegriffs bis zum Inkrafttreten der InsO dargestellt. Anschließend (unter III.) wird der Überschuldungsbegriff erläutert, der seit dem 01.01.1999 bis zur jetzigen „Anpassung“ Gültigkeit hatte. Abschn. IV. wird § 19 Abs. 2 InsO in der neuen Fassung vorstellen, bevor die Ausführungen unter V. mit einer Bewertung der Neufassung des § 19 Abs. 2 InsO abschließen.

II. Überschuldungsbegriff vor der InsO

Vor dem zeitlichen Geltungsbereich der InsO (Inkrafttreten am 01.01.1999) war der Überschuldungsbegriff, der sich in vielen verstreuten Einzelvorschriften finden ließ (z.B. §§ 207, 209 KO, § 63 GmbHG), nicht legal definiert. Vor diesem Hintergrund sind in Literatur und Rspr. zum Überschuldungstatbestand mehrere Ansätze diskutiert worden:

1. Der einstufige (statische) Überschuldungsbegriff

Der einfache oder statische Überschuldungsbegriff berücksichtigt bei der Aufstellung einer Überschuldungsbilanz (unabhängig von Fortführungsprognosen) in jedem Fall nur Liquidationswerte. Dieser Ansatz ist zu keinem Zeitpunkt ernsthaft diskutiert worden. Die Gründe dafür sind offensichtlich:

Aufgrund der niedrigen Eigenkapitalausstattung der deutschen Wirtschaft wären viele Unternehmen – obwohl tatsächlich wirtschaftlich gesund – zu einem Insolvenzantrag gezwungen. Auch Unternehmensgründungen wären unter Berücksichtigung regelmäßiger „Anlaufverluste“ nicht möglich bzw. würden in unmittelbar zeitlichem Zusammenhang mit der Gründung bereits wieder zur Insolvenzantragspflichtigkeit führen.

2. Der zweistufige Überschuldungsbegriff

Bei dieser Methode zur Überschuldungsfeststellung wird im ersten Schritt danach gefragt, ob für das zu bewertende Unternehmen eine **positive Fortführungsprognose** abgegeben werden kann. Kann das bejaht werden, dürfen Fortführungswerte (Going-concern-Werte) in die Überschuldungsbilanz eingestellt werden. Im Fall einer negativen Prognose sind nur Liquidationswerte zu erfassen.

Die Überschuldungsbilanz ist nicht zu verwechseln mit der Handelsbilanz. Die handelsrechtlichen Ansatz- und Bewertungsvorschriften gelten hier nicht bzw. nur eingeschränkt. Vielmehr sind in der Überschuldungsbilanz grds. Verkehrswerte i.S.v. **realistischen Veräußerungswerten** anzusetzen. Stille Reserven sowie immaterielle Vermögensgegenstände z.B. sind zu berücksichtigen und dürfen insoweit eingestellt werden.

3. Der modifiziert-zweistufige Überschuldungsbegriff

Nach der durch Karsten Schmidt begründeten modifiziert-zweistufigen Überschuldungsprüfung ist eine Überschuldung dann zu bejahen, wenn das Vermögen bei Ansatz von Liquidationswerten die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt und das Unternehmen zudem **nicht fortführungsfähig** ist. Eine Überschuldung ist allerdings bereits allein dadurch ausgeschlossen, dass sich die Überlebensprognose des Unternehmens positiv gestaltet.

Insoweit ist allein die positive Fortführungsprognose Ausschlussgrund für eine – damals konkursrechtliche – Überschuldung.

Eine **positive Fortführungsprognose** setzt voraus (Definition), dass eine dokumentierte Ertrags- und Finanzplanung vorliegt und die überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Unternehmen mittelfristig (= laufendes und folgendes Geschäftsjahr) Überschüsse erzielen wird, aus denen die gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten gedeckt werden können (vgl. BGH, Beschluss v. 09.10.2006 – II ZR 303/05, sj 0623 2072).

Die Praxis, die herrschende Literaturmeinung sowie die (insoweit entscheidende) höchstrichterliche Rspr. (vgl. BGH, Urteil v. 13.07.1992 – II ZR 269/91, DB 1992 S. 2022) haben sich diesem modifiziert-zweistufigen Überschuldungsbegriff angeschlossen.

III. § 19 Abs. 2 InsO a.F.

Der Gesetzgeber hingegen hat sich im Gesetzgebungsverfahren zur InsO von dem „modifiziert-zweistufigen Überschuldungsbegriff“ (vgl. II.3.) ausdrücklich distanziert. Vielmehr ist der in § 19 Abs. 2 InsO a.F. legal definierte Überschuldungsbegriff verschärft worden:

„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“

Auch wenn die Vorschrift auf den ersten (oberflächlichen) Blick kaum Unterschiede zu dem modifiziert-zweistufigen Überschuldungsbegriff aufweist, so ergeben sich bei näherer Betrachtung doch entscheidende Abweichungen. Denn eine

positive Fortführungsprognose eines Unternehmens **allein** lässt die Überschuldung **nicht** mehr entfallen. Die positive Fortführungsprognose dient lediglich noch als Festlegung für den Bewertungsmaßstab, nämlich dahingehend, ob bei Aufstellung des Überschuldungsstatus Liquidations- oder Fortführungswerte anzusetzen sind. Die Prüfung der Überschuldung erfolgte nach § 19 Abs. 2 InsO a.F. regelmäßig in zwei Schritten:

Es wird in einem ersten Schritt nach der Fortführungsprognose für das Unternehmen gefragt. Eine positive Fortführungsprognose setzt nach der Rspr. des BGH (Beschluss v. 09.10.2006, sj 0623 2072) zunächst ein subjektives Element, namentlich den **Fortführungswillen** des Schuldners bzw. seiner Organe, voraus. Für eine positive Prognose hinzutreten muss zudem ein objektives Element, das z.B. aus einer **dokumentierten Ertrags- und Finanzplanung** besteht und zu dem Ergebnis führt, dass das Unternehmen mittelfristig zahlungsfähig bleibt und positive Betriebsergebnisse ausweist. Als Prognosezeitraum werden regelmäßig das laufende und das folgende Geschäftsjahr zugrunde gelegt.

Ist die Fortführungsprognose positiv, wird in einem zweiten Schritt eine **Überschuldungsbilanz** erstellt, die Fortführungswerte zugrunde legt. Bei einer negativen Prognose sind Liquidationswerte anzusetzen.

Der Gesetzgeber hat die Verschärfung des Überschuldungsbegriffs mit einer Verstärkung des Gläubigerschutzes begründet; insbesondere das Prognoserisiko wird nicht mehr den Gläubigern zugewiesen. Zudem sollte durch eine realistische Bewertung des vorhandenen Vermögens und eine verschärfte Antragspflicht zusammen mit einem Bündel weiterer Maßnahmen das Ziel einer rechtzeitigen Verfahrenseröffnung gefördert und damit im Ergebnis die Sanierungsfähigkeit der Unternehmen gestärkt werden.

IV. § 19 Abs. 2 InsO n.F.

Gem. Art. 5 FMStG vom 17.10.2008 (vgl. unter „Mehr zum Thema") ist § 19 Abs. 2 InsO wie folgt gefasst (geändert) worden:

„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich."

Erneut muss man ein zweites Mal (genau) hinschauen, um den juristisch erheblichen Unterschied zu § 19 Abs. 2 InsO a.F. zu erkennen. Die Neuformulierung führt dazu, dass die anzustellende Fortführungsprognose des in Rede stehenden Unternehmens nicht zu einer Bewertung darüber führt, ob Liquidations- oder Fortführungswerte anzusetzen sind. Eine **positive Fortführungsprognose** lässt vielmehr die **Überschuldung entfallen**, so dass ein Insolvenzantrag nicht erforderlich ist. Die Fortführungsprognose ist nicht mehr „nur" Bewertungsmaßstab, sie steigt darüber hinaus wieder zu einem eigenständigen Bewertungselement auf.

Der Gesetzentwurf zum FMStG (vgl. BT-Drucks. 16/10600 unter „Mehr zum Thema") teilt zur Begründung Folgendes mit:

„Der Gesetzentwurf will das ökonomisch völlig unbefriedigende Ergebnis vermeiden, dass auch Unternehmen, bei denen die überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie weiter erfolgreich am Markt operieren können, zwingend ein Insolvenzverfahren zu durchlaufen haben. Deshalb wird mit dem neuen § 19 Abs. 2 wieder an den sog. zweistufigen modifizierten Überschuldungsbegriff angeknüpft, wie er vom BGH bis zum Inkrafttreten der InsO vertreten wurde (...)." (vgl. II.3.).

V. Bewertung

Die vorherrschende und aus Sicht der Verfasser noch lange nicht gebannte Finanzkrise stellt eine absolute Ausnahmesituation dar, die sicherlich mit allen verfügbaren Mitteln eingedämmt werden muss, um nicht absehbare volkswirtschaftliche Schäden zu vermeiden. Vor diesem Hintergrund ist der Regelungszweck aus Sicht der Verfasser durchaus legitim, indem der Gesetzgeber durch eine Änderung des Überschuldungsbegriffs Unternehmen, die zwar insolvenzrechtlich überschuldet, aktuell aber sehr wohl zahlungsfähig sind und im Übrigen auf mittel- und langfristige Sicht **wirtschaftlich überlebensfähig** bleiben, die Möglichkeit eröffnet, zunächst auf einen Insolvenzantrag zu verzichten. Weil zudem mit dem FMStG insbesondere dem Finanzsektor eine besondere „Hilfestellung" zuteil wird, gebietet es die Systemgerechtigkeit, auch anderen Wirtschaftszweigen Hilfen (z.B. durch eine Lockerung der insolvenzrechtlichen Rahmenbedingungen) an die Hand zu geben.

Gleichwohl sei an dieser Stelle ebenso deutlich darauf hingewiesen, dass der bisherige Überschuldungsbegriff des § 19 Abs. 2 InsO a.F. aus guten Gründen sehr „scharf" gefasst war: Durch einen **rechtzeitigen** Insolvenzantrag sollte eine Unternehmensfortführung und dessen Erhalt unterstützt werden. Die Sanierungsfähigkeit eines schuldnerischen Unternehmens im Rahmen eines Insolvenzverfahrens wird maßgeblich vom Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung bestimmt. Mit dem Erhalt der Unternehmungen sollte insbesondere die Rettung möglichst vieler Arbeitsplätze erreicht werden. Auch für die Haftungsverwirklichung und damit für die Optimierung der Gläubigerbefriedigungsaussichten war der „strenge" Überschuldungsbegriff des § 19 Abs. 2 InsO a.F. ein Schritt in die richtige Richtung.

Hinweis

Weitere Quellen:

Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, § 19 InsO;
Jaeger, InsO, § 19 InsO.

Besonders bedenklich erscheint die sehr naheliegende Befürchtung, dass neben denjenigen Unternehmen, die der Gesetzgeber mit seiner Gesetzesänderung eigentlich im Fokus hatte, eine Reihe (bereits seit geraumer Zeit insolvenzantragspflichtiger) Unternehmen diese Gesetzesänderung missbrauchen werden. Die teilweise höchst unglücklichen Veröffentlichungen (vgl. z.B. Pressemitteilung des BMJ v. 13.10.2008, vgl. sj 0822 0025) zur Lockerung der Antragspflicht könnten für „notorisch insolvenzantragspflichtige“ Unternehmen zum Anlass genommen werden, ihr gesetzwidriges Verhalten (Verletzung der Antragspflicht auch bei Anwendung des § 19 Abs. 2 InsO n.F.) zu rechtfertigen.

Inwieweit die jetzige Rückkehr zum „alten“ Überschuldungsbegriff die bisher mit der InsO verfolgten und volkswirtschaftlich ihrerseits bedeutsamen Ziele (z.B. Sanierung, Haftungsverwirklichung, Ordnungsfunktion) konterkariert, wird erst die Zukunft zeigen können.

Ein wichtiger Schritt ist allerdings getan, als dass nicht zuletzt auf Intervention der Verbände (z.B. Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. – VID) geäußerte Bedenken im Hinblick auf diese Gesetzesänderung insoweit in das FMStG aufgenommen wurden, als die jetzige Fassung des § 19 Abs. 2 InsO n.F. zumindest bis zum 31.12.2010 befristet worden ist. Hiernach tritt erneut (automatisch, ohne erneutes i.d.R. langwieriges Gesetzgebungsverfahren) der seit Inkrafttreten der InsO geltende Überschuldungsbegriff in Kraft (vgl. Art. 7 Abs. 2 FMStG). Diese Befristung ist quasi „in letzter Minute“ über den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags in das Gesetz eingebracht worden.

Beratungskonsequenzen:

Für die Beraterpraxis bleibt festzuhalten, dass sich durch die Gesetzesänderung die Risiken für Geschäftsführer und Vorstände (§ 64 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 AktG, § 283 StGB) keinesfalls verringert haben. Die Tatsache, dass die positive Fortführungsprognose nicht mehr nur als Bewertungsmaßstab gilt, sondern die Überschuldung und damit die Insolvenzantragspflicht ganz entfallen lässt, führt aus Sicht der Verfasser dazu, dass die zu erstellende Prognose zusätzlich an Bedeutung gewonnen hat.

Zur Vermeidung eigener Haftungsrisiken sollte die Prognose daher zwingend auf Basis ausführlicher Überprüfungen vorgenommen und durch fundierte Unterlagen und Aufzeichnungen detailliert unterlegt werden. Hierzu gehören ein in sich schlüssiges Unternehmenskonzept sowie eine entsprechende Finanz- bzw. Liquiditätsplanung, aus der ohne weiteres ersichtlich ist, dass das Unternehmen zahlungsfähig ist und mittelfristig auch bleibt sowie zukünftig infolge positiver Betriebsergebnisse die Vermögenssituation wieder verbessert wird.

Meldungen

Freie Fahrt für den Stabilisierungsfonds – EU-Kommission genehmigt den deutschen Bankenschirm

Die EU-Kommission hat am 27.10.2008 das „Finanzmarktstabilisierungsgesetz“(BGBl. I 2008 S. 1982) als EU-konforme Beihilferegelung genehmigt. Die nun vorliegende Genehmigung des erst vor Kurzem in Kraft getretenen Pakets gibt jetzt allen Beteiligten die Sicherheit, dass hierauf basierende Rettungsmaßnahmen aus dem Fonds europarechtlich zulässig sind. Damit steht der konkreten Anwendung nichts mehr im Weg. Maßnahmen zur Stabilisierung von Banken und anderen Finanzinstituten können nun umgehend realisiert werden. Das stützt den gesamten Finanzmarkt in Deutschland. Die Bundesregierung hatte den Gesetzentwurf frühzeitig und vorbehaltlich des laufenden parlamentarischen Verfahrens bei der EU-Kommission notifiziert und stand mit der Generaldirektion Wettbewerb seitdem im ständigen Kontakt. Nunmehr erging die Entscheidung der Kommission innerhalb kürzester Zeit. Die Bundesregierung begrüßt ausdrücklich die zügige Herangehensweise der Kommission. Mit dem Gesetz stehen Bundesbürgschaften von bis zu 400 Mrd. € und Eigenkapitalhilfen von bis zu 80 Mrd. € bereit, um den Kreditverkehr zwischen den Banken wieder in Gang zu bringen und die notwendige Kreditversorgung der Wirtschaft weiterhin zu gewährleisten. Das Maßnahmenpaket zielt darauf ab, neues Vertrauen auf den Märkten zu schaffen und dient damit vorrangig dem Schutz der Bürgerinnen und Bürger.

(BMWi/BMF, gemeinsame PM v. 28.10.2008)