



Leitung: Professor Dr. Ingo Saenger
Westfälische Wilhelms-Universität
Rechtswissenschaftliche Fakultät

„Der neue Überschuldungsbegriff in der insolvenzrechtlichen Praxis“

Anlässlich der Finanzkrise und des damit verbundenen Konjunkturerinbruchs hat der Gesetzgeber das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) erlassen, das am 17.10.2008 in Kraft getreten ist. Durch das FMStG wurde der Überschuldungsbegriff in der Insolvenzordnung (InsO) neu definiert, zunächst befristet bis zum 31.12.2010. Aus diesem Grund hat die Forschungsstelle Anwaltsrecht Herrn

Rechtsanwalt Joachim Walterscheid, LL.M.,
Kanzlei Walterscheid, Bad Oeynhausen,

eingeladen, einen Vortrag¹ zum neuen Überschuldungsbegriff zu halten. Herr Walterscheid ist als Fachanwalt für Insolvenzrecht mit den praktischen Fragen auf diesem Gebiet bestens vertraut.

Aufgrund der befristeten Neufassung der InsO begann Herr Walterscheid seinen Vortrag mit dem Überschuldungsbegriff der bis zum 17.10.2008 und nach dem 31.12.2010 wieder geltenden „alten“ Fassung, bevor er sich dem aktuell gültigen Recht zuwandte.



¹ Die Vortragspräsentation des Referenten ist im Anhang beigefügt.



Zum Einstieg stellte der Referent den Begriff der Überschuldung als Eröffnungsvoraussetzung für ein Insolvenzverfahren vor. Dieser ist in § 19 InsO (a.F.) geregelt und ist Eröffnungsgrund für juristische Personen und ihnen nach § 11 Abs. 1 S. 2 InsO gleichgestellten nicht rechtsfähigen Vereinen ebenso wie für Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Bedeutung kommt der Überschuldung gleichfalls für ein Nachlassinsolvenzverfahren sowie für ein Insolvenzverfahren über das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft zu.

Anschließend zeichnete Herr Walterscheid die historische Entwicklung der Überschuldung von der Rechtslage unter Geltung der Konkursordnung (KO) über die Rechtslage seit Einführung der InsO am 01.01.1999 bis zu ihrer Änderung durch das FMStG am 17.10.2008 nach. In diesem Zusammenhang ging er unter anderem auf die zum Recht der KO ergangene Rechtsprechung und insbesondere auf den Dornier-Fall von 1992 ein, in dem der BGH den sog. „zweistufigen Überschuldungsbegriff“ geprägt hat: Überschuldung setzte hiernach neben einer *rechnerischen Überschuldung* kumulativ auch eine negative *Fortbestehensprognose* voraus.² Aus den Diskussionen zum Überschuldungsbegriff der InsO griff Herr Walterscheid sodann den Vorschlag der zur InsO eingesetzten Kommission, die Fassung des Referentenentwurfs und schließlich das Ergebnis, das in § 19 Abs. 2 InsO (a.F.) seinen Niederschlag gefunden hat, heraus und erörterte diese. Im Ergebnis lag bis zur Änderung durch das FMStG Überschuldung gemäß § 19 Abs. 2 InsO (a.F.) dann vor, wenn das Vermögen 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.



² Fundstellennachweis und Näheres dazu in den Materialien des Referenten, vgl. Folie 5, im Anhang beigefügt.

Der zweistufige Überschuldungsbegriff war damit überholt. Die Fortführungsprognose, so betonte Herr Walterscheid, hatte folglich nur noch Bedeutung für die Frage, wie das Vermögen zu bewerten ist. Für diese Beurteilung kommt es bei der Prüfung der Überschuldung darauf an, ob Fortführungswerte oder Liquidationswerte angesetzt werden. Die folgenden Ausführungen des Referenten galten der Überschuldungsprüfung im Einzelnen.³ Für die Aufstellung des Überschuldungsstatus ist im Regelfall die Überschuldungsprüfung nach Liquidationswerten vorzunehmen, während der Überschuldungsstatus mit Fortführungswerten



die Ausnahme darstellt. Ist der Überschuldungsstatus mit Liquidationswerten festgestellt, schließt sich hieran die Fortführungsprognose an.⁴ Fiel das Ergebnis der Fortführungsprognose positiv aus, dann

konnten Fortführungswerte bei der Aufstellung des Überschuldungsstatus angesetzt werden. War auch bei Zugrundelegung von Fortführungswerten im Vermögensvergleich eine Überschuldung festzustellen, so bestand die Antragspflicht. Hieran änderte dann auch eine positive Fortführungsprognose nichts.

Durch Art. 5 des FMStG vom 17.10.2008 wurde der Überschuldungsbegriff der InsO schließlich geändert, zunächst befristet bis zum 31.12.2010. Nach aktuell geltender Rechtslage liegt Überschuldung 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. Die aktuelle Rechtslage ist damit zum zweistufigen Überschuldungsbegriff zurückgekehrt. Herr Walterscheid wies im Folgenden auf die Probleme hin, die sich in der Praxis nun stellen. Insbesondere ist der Prognosezeitraum in Anbetracht der Befristung der Neuregelung problematisch, was



³ Näheres dazu s. Folien 9 ff.

⁴ Im Einzelnen s. Folien 12 f.

die Beurteilung und Prüfung der Überschuldung insgesamt schwieriger mache. Darüber hinaus stellt sich bereits die Vorfrage, in welcher Reihenfolge die Überschuldungsprüfung nun vorgenommen werden solle. Herr Walterscheid plädierte für die Beibehaltung der bisherigen Prüfungsfolge von 1. Überschuldungsprüfung nach Liquidationswerten und 2. Erstellen der Fortführungsprognose. Die Fortführungsprognose am Anfang als eine Vorprüfung anzustellen, lehnte er hingegen ab.



Im Fortgang des Vortrags widmete sich der Referent den zivilrechtlichen Haftungsfragen, insbesondere des Geschäftsführers/Vorstands, der Gesellschafter, des Aufsichtsrats und ihrer Berater.⁵ Mit abschließenden Bemerkungen zur Strafbarkeit endete Herr Walterscheid.

In der sich hieran anschließenden Diskussionsrunde mit interessanten Fragen aus dem Publikum stand der Referent mit praktischen Tipps hilfreich Rede und Antwort.

Die Präsentation des Referenten finden Sie im Anhang.

⁵ Folien 16 ff.

Der "neue" Überschuldungsbegriff

Ein Beitrag zum alten, aktuellen und
zukünftigen Überschuldungsbegriff

Die Überschuldung als Eröffnungsgrund

- Überschuldung = Eröffnungsgrund für alle jur. Personen und den nach § 11 Abs. 1 S.2 InsO gleichgestellten nicht rechtsfähigen Vereinen;
- Gemäß § 19 Abs. 3 InsO gilt dies auch bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit iSd § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.
- Gemäß §§ 320 + 332 InsO ist die Überschuldung auch Eröffnungsgrund beim Nachlass bzw. Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft
- !! § 98 GenG liegt eine Überschuldung nur vor, wenn bei einer Nachschusspflicht die Überschuldung ein Viertel des Gesamtbetrages der Haftungssumme aller Genossen übersteigt;

Die praktische Relevanz der Überschuldung

- Insolvenzstatistik 2000-2007
 - 2,17%
 - 4,55% bezogen nur auf Kapitalgesellschaften + Personenhandelsgesellschaften mit Kapitalgesellschaften
 - wirkt sich nur strafrechtlich aus
 - früher im Bereich "Eigenkapitalersatz" wichtig;
- Insolvenzzrechtliche Anfechtung/nur Zahlungsunfähigkeit bzw. drohende Zahlungsunfähigkeit relevant
- Europa: Abschaffung des Tb "Überschuldung"
 - USA, Frankreich, Italien, Niederlande, Norwegen, Spanien
 - UK Überschuldung ja, aber nur Unterfall der Zahlungsunfähigkeit

Die historische Entwicklung der Überschuldung bis zum 17.10.2008

- I. Die Überschuldung in der KO
 - 1. keine allgemeine Regelung; keine Legaldefinition
 - 2. Rückgriff auf die gesellschaftsrechtlichen Regelungen;
 - 3. Überschuldung als Begriff lediglich in §§ 207 Abs. 1 , 209 Abs. 1, 213 KO und § 63 GmbHG;
- II. Der Überschuldungsbegriff in der KO
 - 1. Vermögen < Verbindlichkeiten
 - 2. Karsten Schmidt „modifizierten zweistufigen Methode“, AG 1978, 334
 - 3. BGH-Entscheidung vom 13.7.1992 „Dornier-Fall“ (BGHZ 119, 210 ff.)

Die historische Entwicklung der Überschuldung bis zum 17.10.2008

- „Dornier-Fall“ BGHZ 119, 201:
 - „Nach zutreffender neuerer Erkenntnis kann von einer Überschuldung im Sinne dieser Regeln nur dann gesprochen werden, wenn das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz von Liquidationswerten unter Einbeziehung der stillen Reserven die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt (rechnerische Überschuldung) und die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht (Überlebens- oder Fortbestehensprognose). Es gilt mithin der zweistufige Überschuldungsbegriff.“

Die historische Entwicklung der Überschuldung bis zum 17.10.2008

- III. Die Überschuldung in der InsO
 - allgemeine (vor die Klammer gezogene) Regelung in § 19 Abs. 2 InsO
- IV. Der Überschuldungsbegriff in der InsO
 - 1. LS 1.2.6. Abs. 1 des Berichts
 - „Der Eröffnungsgrund der Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen bei Ansatz von Liquidationswerten die bestehenden Verbindlichkeiten nicht decken würde (rechnerische Überschuldung) und die Ertragsfähigkeit für absehbare Zeit weder gewährleistet erscheint noch in absehbarer Zeit wiederhergestellt werden kann (Prognose zur Ertragsfähigkeit). Auf die Prognose zur Ertragsfähigkeit kommt es nicht mehr an, wenn eine nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung erstellte Handelsbilanz ausweist, dass das Eigenkapital durch Verlust aufgezehrt ist.“

Die historische Entwicklung der Überschuldung bis zum 17.10.2008

➤ IV. Der Überschuldungsbegriff in der InsO /

- 2. RefE:
 - RefE § 21 Abs. 2 : „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.“
 - RefE § 23 = § 19 Abs. 2 InsO - Änderung im Rechtsausschuss -
 - „ Der Ausschuss weicht damit entschieden von der Auffassung ab, die in der Literatur vordringt und der sich kürzlich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen hat (BGHZ 119, 201, 214). Wenn eine positive Prognose stets zu einer Verneinung der Überschuldung führen würde, könnte eine Gesellschaft trotz fehlender persönlicher Haftung weiter wirtschaften, ohne dass ein die Schulden deckendes Kapital zur Verfügung steht. Dies würde sich erheblich zum Nachteil der Gläubiger auswirken, wenn sich die Prognose – wie in dem vom BGH entschiedenen Fall – als falsch erweist.“

Die historische Entwicklung der Überschuldung bis zum 17.10.2008

- 3. Ergebnis:
- § 19 Abs. 2 InsO (a. F.):
 - „ 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.“
- BGH v. 5.2.2007 II ZR 234/05 (DStR 2007, 728)
 - Leitsatz 4.
 - „Mit der Neufassung des Überschuldungstatbestandes in § 19 Abs. 2 InsO ist für das neue Recht der zur Konkursordnung ergangenen Rechtsprechung des Senats zum sog. „zweistufigen Überschuldungsbegriff“ die Grundlage entzogen.“

Die Überschuldung gemäß § 19 Abs. 2 InsO (a.F.)

- I. Prüfungsreihenfolge
 - 1. Streitig: Fortführungsprognose steht am Anfang als eine Vorprüfung, die über den Wertansatz beim Vermögen zu entscheiden hat;
 - 2. BGH v. 9.10.2006 II ZR 303/05 (NZG 2007, 44):
„Aus dem Aufbau der Norm des § 19 Abs. 2 InsO folgt ohne weiteres, dass die Überschuldungsprüfung nach Liquidationswerten in Satz 1 den Regelfall und die nach Fortführungswerten in Satz 2, der eine positive Fortführungsprognose voraussetzt, den Ausnahmefall darstellt.“

Die Überschuldung gemäß § 19 Abs. 2 Ins (a.F.)

- II. Die Überschuldungsprüfung nach Liquidationswerten stellt den Regelfall dar
 - 1. Überschuldungsstatus vs. Handelsbilanz
 - Sinn des Überschuldungsstatus ist, die zu erzielende Aktivmasse im Falle der Verwertung zu ermitteln; daher keine Bindung an die Wertansätze aus der Handelsbilanz; ➔ Sonderbilanz !!
 - „In der Überschuldungsbilanz sind auf der Aktivseite alle Vermögenswerte anzusetzen, die im Falle der Konkurseröffnung zu den verwertbaren Bestandteilen der Masse gehören.“ BGH v. 27.10.1982 VIII ZR 187/81
 - „Eine in der Jahresbilanz ausgewiesene Überschuldung hat bei der Prüfung der Insolvenzreife der Gesellschaft allenfalls indizielle Bedeutung und ist lediglich Ausgangspunkt für die weitere Ermittlung des wahren Wertes des Gesellschaftsvermögens.“ BGH v. 18.12.2000 – II ZR 191/99 (WM 2001, 316 f.)

Die Überschuldung gemäß § 19 Abs. 2 InsO (a.F.)

- „Zur Darlegung der rechnerischen Überschuldung ist vielmehr grundsätzlich die Vorlage eines Überschuldungsstatus erforderlich, mit dem ermittelt wird, ob das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz von Liquidationswerten unter Einbeziehung der stillen Reserven die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt.“
BGH v. 7.3.2005 II ZR 138/03 (ZInsO 2005, 486 f.)

Aufbau der Fortführungsprognose

- Grundsatz : Ermessensspielraum für die Geschäftsleitung
 - Unternehmenskonzept = „klassische“ Unternehmensplanung sowie Fortführungswillen
 - Finanzstatus + Finanzplanung auf der Grundlage des Unternehmenskonzeptes
- => Überwiegende Wahrscheinlichkeit (50% +) aus den mittelfristigen Überschüssen die gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten bezahlen zu können

Fortführungsprognose

- Prognosezeitraum (streitig);
- Grds. die gesamte Bandbreite von kurz-, mittel- und langfristigen Verbindlichkeiten möglich;
- (h.M.) Orientierung an den mittelfristigen Verbindlichkeiten, also die für das laufende und folgende Geschäftsjahr

Überschuldungsstatus mit Fortführungswerten

- war das Ergebnis der Prognose positiv, dann konnten die Aktivwerte zu Fortführungswerten angesetzt werden;
- war das Vermögen dann immer noch geringer als die Verbindlichkeiten, so bestand eine Überschuldung und damit die Antragspflicht;

=> Vermögensvergleich bleibt, nur die Werte ändern sich

Der „neue“ Überschuldungsbegriff im FMStG -

- Art. 5: „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.“
- Art. 7: Inkrafttreten am 18.10.2008
- Art. 6: zeitliche Befristung bis zum 31.12.2010
- Problem: Prognosezeitraum wegen der Befristung

Zivilrechtliche Haftung

- Wer ist antragsverpflichtet?
§ 15a Abs. 1-3 InsO – rechtsformneutral (MoMiG)
- Wer kann haften ?
 - Geschäftsführer/Vorstand
 - Gesellschafter
 - Aufsichtsrat
 - Berater (RAe/StB/UB)

Geschäftsführer / Vorstand

➤ Außenhaftung

- § 15a Abs. 1 InsO = § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. (!! Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB wg. § 302 Nr. 1 InsO)
 - Altgläubiger
 - Neugläubiger / Anspruch beschränkt sich grds. auf das negative Interesse
- Sozialversicherungsträgern
 - BGH 2.6.2008 II ZR 27/07; DZWIR 2009, 242
 - BGH 29.9.2008 II ZR 162/07; DZWIR 2009, 243ff.
- Finanzamt § 69 AO / eigenständiger Schadensersatzanspruch; BFH v. 19.9.2007 VII R 39/05

Geschäftsführer / Vorstand

➤ Innenhaftung

- § 64 S.1 GmbHG = § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.
alle sog. verbotenen Zahlungen ab dem Zeitpunkt der Insolvenzreife werden addiert und bilden den Haftungsanspruch; leichtere Nachweisbarkeit als beim sog. Quotenschaden gemäß § 15 a Abs. 1 InsO (früher: § 64 Abs. 1 GmbHG a.F.)
Ausnahme: § 64 S.2 GmbHG n.F.
§ 64 S. 3 GmbHG n.F. / § 57 Abs. 1 S. 3 AktG
- § 43 GmbHG
- Ansprüche werden idR vom IV verfolgt, sind aber auch vom Geschäftsführer bzw. Liquidator zu verfolgen;

Zivilrechtliche Haftung

➤ **Gesellschafter**

bei Führungslosigkeit gemäß § 15 a Abs. 3 InsO

➤ **Aufsichtsratsmitglieder**

- bei Führungslosigkeit gemäß § 15 a Abs. 3 InsO
- Haftung bei unterlassener Hinwirkung auf einen Insolvenzantrag; BGH v. 16.3.2009 II ZR 280/07 (ZIP 2009, 860 ff.)

➤ **Berater**

Geschäftsbesorgungsvertrag idR auch gleichzeitig ein Schutzvertrag zu Gunsten Dritter, hier des Geschäftsführers

Strafrechtliche Verantwortung

➤ § 15a Abs. 4-5 InsO (Insolvenzverschleppung)

Verschärfung: ...**„nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig“**....

➤ Beihilfe zur Insolvenzverschleppung

➤ Bankrottdelikte §§ 283 StGB (§ 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO – Restschuldersagung)

Fazit

- Problemkreise:
 - Gläubigerschutzsystem durch das MoMiG;
 - ausschließlich auf den Finanzsektor zugeschnitten;
 - Beurteilung und Prüfung der Überschuldung ist schwieriger geworden;
 - Prognosezeitraum durch die Befristung problematisch und risikobehaftet;
 - Noch ungeklärt welche Wechselwirkung das BilMoG (ab 1.1.2010) auf die Bewertungsfragen hat