Neuer Überschuldungsbegriff durch Finanzmarkt-stabilisierungsgesetz

Klaus Bales

Änderung der Insolvenzordnung

Der Zusammenbruch verschiedener Kreditinstitute wie Lehmann Brothers, Fortis und Bradford & Bingley haben den Gesetzgeber dazu veranlasst, innerhalb kürzester Zeit das sogenannte Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) zu verabschieden. Hierdurch wurde auch die Insolvenzordnung geändert. Es gilt ab dem 1. November 2008 und modifiziert unter anderem den Überschuldungsbegriff des Insolvenzrechts. Die Neuregelung, die bis zum 31. Dezember 2010 befristet ist, stellt eine Rückkehr zum sog. «zweistufigen Überschuldungsbegriff» dar, wie ihn der BGH bis zum Inkrafttreten der Insolvenzordnung 1999 vertreten hatte[1]. § 19 Abs. 2 InsO wurde nunmehr wie folgt neu gefasst: «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.»

Hintergrund ist, dass die aktuelle Finanzkrise zu erheblichen Wertverlusten insbesondere bei Aktien und Immobilien geführt hat. Dies kann bei Unternehmen, die von diesen Verlusten besonders massiv betroffen sind, zu einer bilanziellen Überschuldung führen. Können diese Verluste nicht durch sonstige Vermögenswerte ausgeglichen werden, sind die Geschäftsführer dieser Unternehmen nach geltendem Recht verpflichtet, innerhalb von drei Wochen nach Eintritt der rechnerischen Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Dies gilt selbst dann, wenn für das Unternehmen an sich eine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann und die Sanierung sich bereits in wenigen Monaten abzeichnet.

Nach dem Überschuldungsbegriff des geltenden Rechts bewirkt eine positive Fortführungsprognose lediglich, dass die Aktiva des Unternehmens nicht nach Liquidations-, sondern nach den regelmäßig höheren Fortführungswerten zu bestimmen sind. Gelingt es jedoch dem Unternehmen nicht, auch unter Einbeziehung der stillen Reserven, des Firmenwertes und des «good will» eine ausgeglichene Bilanz darzustellen, so ist zwingend ein Insolvenzantrag zu stellen (vgl. § 64 Abs. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG).

Die Neufassung 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 zur alten Konkursordnung vertreten wurde. Dieser Überschuldungsbegriff hatte den Vorteil, dass das prognostische Element (Fortführungsprognose) und das exekutorische Element (Bewertung des Schuldnervermögens nach Liquidationswerten) gleichwertig nebeneinander standen. Bereits eine positive Fortführungsprognose schloss somit eine Überschuldung im Sinne des § 19 aus.

Künftig wird es deshalb wieder so sein, dass eine Überschuldung nicht gegeben ist, wenn das Unternehmen zwar erhebliche Wertverluste erlitten hat, sich der turn-around jedoch mittelfristig abzeichnen sollte.

DER ÜBERSCHULDUNGSBEGRIFF NACH BISHERIGEM RECHT. Nach bisher geltendem Recht lag der Insolvenzgrund der Überschuldung gemäß § 19 Abs. 2 InsO vor, wenn im Rahmen einer Überschuldungsbilanz die bestehenden Verpflichtungen eines Unternehmens größer sind als sein Vermögen (sog. rechnerische Überschuldung). Diese Definition, die den Wortlaut der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, in denen die Überschuldung bis zum In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung definiert war (§§ 64 Abs. 1 S. 2 GmbHG a. F., 92 Abs. 2 Satz 2 AktG a. F.) aufgegriffen und in der InsO zusammengeführt hatte, macht deutlich, dass sich die Überschuldung aus einer entsprechenden Sonderbilanz, der sog. Überschuldungsbilanz ergeben muss[2]. Ausgehend von der Überschuldungsbilanz, in der der wahre, der Befriedigung der Gläubiger dienende Wert des Unternehmens festgestellt wird, ergibt sich eine Überschuldung dann, wenn der Wert der Vermögensgegenstände, sprich die Werte der Aktivseite, den Wert der Schulden, also die Werte der Passivseite, ohne Eigenkapital, nicht mehr deckt. Diese so ermittelte Überschuldungsbilanz stellt aber nur einen Baustein des insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs dar (sog. rechnerische Überschuldung). Daneben ist das prognostische Element des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO zu beachten (sog. Fortführungsprognose). Erst in der Kombination beider Elemente kann eine Aussage über die insolvenzrechtliche Überschuldung getroffen werden («Doppeltatbestand»)[3].

Die Liquidationswerte stellen Einzelveräußerungswerte dar, die zu erzielen wären, wenn der einzelne Vermögensgegenstand aus dem Unternehmen heraus veräußert würde, ohne dessen bisherige Nutzungsmöglichkeit zu berücksichtigen.

Die Fortführungswerte (going concern-Werte) sind die Werte, mit denen ein einzelner Gegenstand im Falle einer Veräußerung des Unternehmens im Ganzen unter der Prämisse, dass der Käufer das Unternehmen fortführt, zu Buche schlagen würde. Bei den Fortführungswerten zeichnet sich also die Tatsache ab, dass der Gegenstand durch seine Integration in ein ertragreiches Unternehmen an einem Prozess der Wertschöpfung teilnehmen wird, die den Wert über den reinen Sachwert wachsen lässt[4].

DIE NEUE RECHTSLAGE IM EINZELNEN. Die neue Fassung des § 19 Abs. 2 InsO verleiht insbesondere der Fortführungsprognose bei der Überschuldung erheblich höheres Gewicht im Vergleich zur alten Rechtslage. Sowohl nach neuem wie nach altem Recht setzt sich der Überschuldungsbegriff aus zwei Elementen zusammen: Der Fortführungsprognose und der Überschuldungsbilanz. Bislang bestimmte die Fortführungsprognose lediglich, wie die Aktiva des Unternehmens zu bewerten waren. Die Überschuldungsprüfung erfolgte dabei in zwei Schritten: In einem ersten Schritt wurde die Fortführungsprognose für das Unternehmen untersucht. Eine positive Prognose setzte einen Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe voraus. Außerdem muss sich aus einer dokumentierten Ertrags- und Finanzplanung ergeben, dass das Unternehmen mittelfristig zahlungsfähig bleibt und positive Betriebsergebnisse ausweist.
In der Fortführungsprognose muss die Geschäftsführung daher dokumentieren, dass die Fortführung der Gesellschaft überwiegend wahrscheinlich ist. Dies ist dahingehend zu verstehen, dass auf mittel- bis langfristige Sicht eine finanzielle Unterdeckung zu vermeiden ist. Dies ist dann der Fall, wenn das Unternehmen innerhalb eines Prognosezeitraumes von ca. 2 bis 3 Jahren alle bestehenden und künftig zu erwartenden Verpflichtungen aus den vorhandenen und erwarteten Finanzmitteln decken kann, oder anders ausgedrückt, ohne zahlungsunfähig zu werden[5].
Die Fortführungsprognose stellt aber nicht bloß ein Wunschdenken der Geschäftsleitung dar, sondern ist anhand von Ertrags-, Finanz- und Liquiditätsplanung zu belegen und zu dokumentieren. Dabei kommt ihr ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, wobei es nicht auf nachträgliche Erkenntnisse, sondern auf die damalige Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters ankommt. Notfalls muss er sich fachkundig beraten lassen[6].
Fiel die Fortbestehungsprognose positiv aus, wurde in einem zweiten Schritt eine Überschuldungsbilanz erstellt. Dabei wurden die Aktiva des Unternehmens mit Fortführungswerten bewertet. Im Fall einer negativen Prognose jedoch waren Liquidationswerte anzusetzen, welche regelmäßig weitaus geringer ausfallen. Damit bestimmt die Fortführungsprognose nicht mehr ausschließlich die Bewertung der Unternehmenswerte. Vielmehr kann sie künftig eine Insolvenzantragspflicht ausschließen. Solange sie positiv ausfällt, ist der Grad der Verschuldung des Unternehmens egal. Dem Gesetzesentwurf zum FMStG zufolge[7] wollte der Gesetzgeber damit 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 durchlaufen müssen. Die Neuregelung soll nach dem Willen des Gesetzgebers auch den Unternehmen nützen, die zum Beispiel ein neues Produkt zur Marktreife entwickelt haben und bei denen sich schon bei der ersten Präsentation eine lebhafte Nachfrage abzeichnet. Auch ein Exporteur, dem es gelungen ist, einen völlig neuen Markt zu erschließen, könne davon profitieren. In solchen Fällen mag zwar eine bilanzielle Überschuldung vorliegen, gleichwohl ist bei ihnen die Prognose gerechtfertigt, dass sie sowohl im laufenden als auch im kommenden Geschäftsjahr ihre Verbindlichkeiten bedienen können[8].

KEINE ÄNDERUNG BEIM INSOLVENZGRUND DER ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT. Die Definition der Zahlungsunfähigkeit wird durch das FMStG nicht verändert. Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 Abs. 2 InsO liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Zahlungseinstellung ist nach ständiger Rechtsprechung zu bejahen, sobald der Schuldner aus dem nach außen hervorgetretenen Verhalten nicht in der Lage ist, seine fälligen, ernsthaft eingeforderten Zahlungsverpflichtungen im Wesentlichen zu erfüllen[9].
Die Zahlungsunfähigkeit ist abzugrenzen von der bloßen Zahlungsstockung, die nach wohl herrschender Auffassung dann vorliegt, wenn der Schuldner lediglich einzelne Verbindlichkeiten vorübergehend nicht begleicht, sich aber ausreichend Bankkredite beschaffen kann[10]. Streitig war bisher jedoch, ob bestimmte Quoten der fälligen Zahlungsverpflichtungen, als auch eine Frist, innerhalb derer die erforderlichen Mittel zu beschaffen sind, zur Abgrenzung herangezogen werden müssen[11].
Nach der Rechtssprechung des BGH[12] führt eine Liquiditätslücke von weniger als 10 Prozent der fälligen Zahlungspflichten in der Regel nicht zur Zahlungsunfähigkeit, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10 Prozent erreichen wird. Beträgt die Liquiditätslücke 10 Prozent oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Lücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist[13].
Bezüglich der Frage, wie lange «vorübergehende» Zahlungsstockung andauern kann, bevor sie in Zahlungsunfähigkeit umschlägt, wurden in Rechtsprechung und Literatur Zeiträume von 2 Wochen bis zu 3 Monaten genannt[14]. Die neuere BGH-Rechtsprechung nimmt eine (bloße) Zahlungsstockung dann an, wenn der Schuldner eine auftretende Liquiditätslücke innerhalb von 3 Wochen schließen kann[15].

GRAFIK 1
Abgrenzung Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit.

Liquiditätslücke ≥ 10%	Grundsätzlich: **Zahlungsunfähigkeit**
Liquiditätslücke < 10%	**Zahlungsstockung** Ausnahme: es ist zu erwarten, dass die 10%-Marke demnächst erreicht wird

WERTUNG UND AUSBLICK. Positiv an der Neuregelung könnte sein, dass die latenten Bewertungsprobleme entfallen. Die Regelung nützt aber nur Unternehmen, die durch eine konkrete mittelfristige Unternehmens- und Finanzplanung ihre künftige Zahlungsfähigkeit dokumentieren können und dies mit der erforderlichen überwiegenden Eintrittswahrscheinlichkeit. Allerdings sind Missbrauchsfälle möglich bei Vorspiegelung einer vermeintlich positiven Fortführungsprognose. Denn der Gesetzgeber hat die Voraussetzungen für eine positive Fortführungsprognose bei der Neuregelung nicht weiter konkretisiert. Daher ist zu befürchten, dass Unternehmer allein auf die Frage abstellen, ob eine Fortführung überwiegend wahrscheinlich ist. Die Kriterien der mittelfristigen Finanzkraft und der Liquidität werden vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich genannt, sie sind aber entscheidend für die Frage der Fortführungsfähigkeit. Gerade hier besteht die Gefahr, dass insbesondere kleinere Unternehmen trotz rechnerischer Überschuldung keinen Insolvenzantrag stellen, solange die tatsächliche Fortführung des Betriebes noch dargestellt werden kann, auch wenn mittelfristig keine ausreichende Finanzierung gewährleistet werden kann.

Um dieser Gefahr von vornherein zu begegnen, sollte wie bisher auf die von Rechtssprechung und Literatur herangezogenen Grundsätze zurückgegriffen werden: Die Unternehmen sollten die Fortführungsprognose auf der Grundlage eines Unternehmenskonzeptes (Marktanalyse, Geschäftsstrategie und vertriebsorientierte Planungen) und einer Finanzplanung (Umsatz, Ertrag und Liquidität) treffen. Hierbei können sie festgelegte Sanierungsmaßnahmen berücksichtigen (wie zum Beispiel Rangrücktritte, Verzichte, Zuschüsse). Die Fortführung des Unternehmens muss wahrscheinlicher sein als die Stilllegung. Was den anhand der Planungen zu beurteilenden Prognosezeitraum betrifft, sollte dieser mindestens zwölf Monate betragen. Überwiegend wird ein Zeitraum für das laufende und das künftige Geschäftsjahr empfohlen, wobei Abweichungen aufgrund der vom Unternehmen individuell ausgeübten Geschäftstätigkeit (zum Beispiel industriell, saisonal) sowie aufgrund besonderer Gläubigerinteressen erforderlich sein können. Spätestens bei Anzeichen einer ernsthaften Krise sollte die Unternehmensleitung eine Überschuldungsprüfung vornehmen und sie regelmäßig fortschreiben (Beobachtungspflicht).

Die Gesetzesänderung birgt auch erhebliche Risiken für Geschäftsführer und Vorstände gem. § 64 Abs. 2 GmbHG, § 63 Abs. 2 AktG, § 383 StGB. Insbesondere dann, wenn die Ertrags- und Finanzplanung des Unternehmens unzureichend dokumentiert ist, kann eine noch so schön gerechnete «positive» Fortführungsprognose nichts an der Insolvenzantragspflicht – und der persönlichen Haftung der Organe – ändern. Zur Vermeidung einer Organhaftung muss die Prognose daher ausführlich überprüft und durch fundierte Unterlagen und Aufzeichnungen detailliert belegt werden.

Zu begrüßen ist aber die Entwicklung weg von der reinen Vermögensbewertung hin zu einer reinen Liquiditätsprognose unter anderen Aspekten. Wenn die positive Fortführungsprognose letztlich auf eine Liquiditätsprognose hinausläuft, nähert sich das deutsche Insolvenzrecht immer mehr jenen europäischen Rechtsordnungen an, die entweder keinen Überschuldungstatbestand als zwingenden Insolvenzgrund kennen (Frankreich, Italien) oder für die er als Unterfall der Zahlungsunfähigkeit mangels Insolvenzantragspflicht keine praktische Relevanz hat (Großbritannien). Diese Annäherung wäre insbesondere mit Sicht auf grenzüberschreitende Konzernstrukturen zu begrüßen, weil hier eine Überschuldungsprüfung auf konsolidierter Basis nur mit enormem Zeit- und Kostenaufwand darstellbar ist; von den unterschiedlich lokalen Bilanzierungs- und Bewertungsansätzen und der damit in Frage stehenden Vergleichbarkeit einmal ganz abgesehen.

Auch die Haftungsrisiken der Gläubigerbanken im Vorfeld der Insolvenz können allein mit einer positiven Fortbestehensprognose deutlich reduziert werden. So ist ein Haftungsrisiko im Firmenkreditgeschäft bei bilanzieller Überschuldung des Kunden mit einer positiven Fortführungsprognose beseitigt.

Wirtschaftlich betrachtet führt die Neuregelung allerdings zu einem erhöhten Ausfallrisiko, da die Substanz von Unternehmen im Insolvenzvorfeld regelmäßig abnimmt. Je später der Insolvenzantrag gestellt wird, desto weniger Vermögen ist vorhanden und die Gefahr masseloser Insolvenzverfahren steigt an. Es bleibt daher zunächst einmal abzuwarten, ob die auf 2 Jahre befristete Lockerung des Überschuldungsbegriffs wirklich zu einer nachhaltigen Bewältigung von Unternehmenskrisen beitragen kann oder nur einen Aufschub gewährt. Möglicherweise ist eine Rückkehr zum bisherigen Überschuldungstatbestand nach Ablauf der 2 Jahre angezeigt.

Fussnoten

1 BGHZ 119, S. 201, 214.
2 Vgl. hierzu Bales/Brinkmann, Sanierung von Unternehmen, 2. Auflage 2007, Rdnr. 33 m. w. N.
3 S. Abbildung: Leitlinien für die Ermittlung des Überschuldungsstatus in Bales/Brinkmann, a. a. O., Rdnr. 35.
4 Walz, in: Horn, Kommentar zum HGB, Bd. 3, § 252 RN 12.
5 Harz, Kriterien der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung unter Berücksichtigung der Änderungen nach dem neuen Insolvenzrecht, ZInsO 2001, S. 193, 199; Uhlenbruck, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, Köln 2003, RN 878 f.
6 BGH, BB (= Betriebsberater) 1994, S. 1657.
7 BT-Drucksache 16/10600.
8 Vgl. Pressemitteilungen BMJ vom 13. Januar 2008.
9 BGHZ 149, S. 100, 108; BGH NZI (= Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und der Sanierung) 2001, S. 417 m. w. N.
10 So zum Beispiel Begründung RegE, abgedruckt in Balz/Landfehrmann, Die neuen Insolvenzgesetze, Düsseldorf 1995, S. 222 ff; Braun /Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, Düsseldorf 1997, S. 280.
11 Zum Meinungsstand vgl. Braun, Kommentar zur Insolvenzordnung, München 2002, Randz. 7 ff. zu § 17 InsO.
12 BGH, ZInsO 2005, S. 807.
13 Vgl. BGH, ZInsO 2005, a. a. O.
14 Vgl. Nachweise bei Knolle/Tetzlaff, Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung, ZInsO 2005, S. 897 unter Fußnote 2 und 3.
15 Zur Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit zur bloßen Zahlungsstockung, vgl. ausführlich Bales/Brinkmann, Sanierung von Unternehmen, 2. Auflage 2007, Rdnr. 41 bis 46 m. w. N.

AUTOR

Klaus Bales, Rechtsanwalt und Leiter Geschäftsentwicklung und Kundenbetreuung der deutsche ebh in Saarbrücken. Autor zahlreicher Veröffentlichungen zum Bank-, Kreditsicherungs-, Sanierungs- und Insolvenzrecht, u. a. auch seit vielen Jahren in der KRP. Umfangreiche Erfahrungen in der Sanierung und Abwicklung notleidender Kredite, NPL-Transaktionen.

klaus.bales@deutsche-ebh.de, www.deutsche-ebh.de