

A pair of glasses with a metal frame is resting on a document. The glasses are the central focus, with the text overlaid on them. The background is a soft, out-of-focus light color.

POSITIVE FORTFÜHRUNGSPROGNOSE UND ÜBERSCHULDUNG IM LICHT DER REGELUNG DES FINANZMARKTSTABILISIERUNGSGESETZES

A. DIE ÜBERSCHULDUNG ALS ERÖFFNUNGSGRUND

I. Alter Überschuldungsbegriff (bis 31.12.1998)

- Konkursordnung ohne Definition des Tatbestands
- § 207 Abs. 1 KO (Aktiengesellschaft); § 209 Abs. 1 Satz 2 KO (KGaA); § 209 Abs. 1 Satz 3 KO (OHG und KG ohne natürliche Person als Komplementär); § 213 KO (jur. Person und Verein)
- Definition des Tatbestands durch *II. Zivilsenat* des BGH (sog. *modifizierter* zweistufiger Überschuldungsbegriff):

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 ein zweistufiger Überschuldungsbegriff.

BGH, Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 269/91, BGHZ 119, 201, 213 f. („Dornier“)

A. DIE ÜBERSCHULDUNG ALS ERÖFFNUNGSGRUND

I. Alter Überschuldungsbegriff (bis 31.12.1998)

- keine (konkursrechtliche) Überschuldung bei positiver Fortführungsprognose
- bis zur Dornier-Entscheidung wurde mehrheitlich der Überschuldungsbegriff verwendet, der später wieder Eingang in die Insolvenzordnung fand (vgl. Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl. 1994, § 102 Rdnr. 5d)

A. DIE ÜBERSCHULDUNG ALS ERÖFFNUNGSGRUND

II. Neuer Überschuldungsbegriff (ab 1.1.1999)

- Insolvenzordnung vom 5.10.1994 (BGBl. I 1994, 2866 ff.)
- § 19 Abs. 2 mit gesetzlicher Definition der Überschuldung:
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.
- Überschuldung nicht mehr abhängig von Fortführungsprognose; Prognose nur noch maßgeblich für Wertansätze: Fortführungs- oder Zerschlagungswerte

A. DIE ÜBERSCHULDUNG ALS ERÖFFNUNGSGRUND

III. Rückkehr zum alten Überschuldungsbegriff (ab 18.10.2008)

- Art. 5 FMStG vom 17.10.2008 (BGBl. I 2008, 1982, 1988) mit neuem § 19 Abs. 2 InsO:

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.

- explizite Rückkehr zum Überschuldungsbegriff der Dornier-Entscheidung (amtl. Begründung, BT-Drucks. 16/10600, Seite 12 f.):

Die gegenwärtige Finanzkrise hat zu erheblichen Wertverlusten insbesondere bei Aktien und Immobilien geführt. Dies kann ... zu einer bilanziellen Überschuldung führen. Können diese Verluste nicht durch sonstige Aktiva ausgeglichen werden, so wären die Organe dieser Unternehmen verpflichtet, ... einen Insolvenzantrag zu stellen. Dies würde selbst dann gelten, wenn für das Unternehmen an sich eine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann 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).

A. DIE ÜBERSCHULDUNG ALS ERÖFFNUNGSGRUND

IV. Rückkehr zum neuen Überschuldungsbegriff (ab 1.1.2014) — ?

- Art. 6 Abs. 3 FMStG mit neuem altem § 19 Abs. 2 InsO:

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.

- Art. 7 Abs. 2 FMStG: Inkrafttreten am 1.1.2011

- Art. 1 Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (**ESUG**) vom 24.9.2009 (BGBl. I 2009, 3151)

- „FMStÄndG“; FMStGErgG vom 7.4.2009 (BGBl. I 2009, 725); Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7.12.2011 → WESUG
- Änderung von Art. 7 Abs. 2 FMStG: Art. 6 Abs. 3 FMStG tritt am 1.1.2014 in Kraft

A. DIE ÜBERSCHULDUNG ALS ERÖFFNUNGSGRUND

IV. Rückkehr zum neuen Überschuldungsbegriff (ab 1.1.2014) — ?

- amtl. Begründung (BT-Drucks. 16/13927, Seite 4):

Der Eintritt der Insolvenzreife von Unternehmen wurde damit in der Wirtschaftskrise von Zufälligkeiten des Marktes abhängig, da viele Unternehmen unter wertmäßigen Schwankungen ihrer Aktiva zu leiden haben.

➤ Jemals Rückkehr zum Überschuldungsbegriff vom 1.1.1999?

- Evaluierung der Auswirkungen des alten Überschuldungsbegriffs durch *Bitter/Hommerich/Reiß* (ZIP 2012, 1201 ff.) im Auftrag der Bundesregierung; „Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs“ – Abschlussbericht vom 15.5.2012 ([www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Abschlussbericht_Uni_Mannheim_InSO.pdf? blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Abschlussbericht_Uni_Mannheim_InSO.pdf?blob=publicationFile))

A. DIE ÜBERSCHULDUNG ALS ERÖFFNUNGSGRUND

IV. Rückkehr zum neuen Überschuldungsbegriff (ab 1.1.2014) — ?

- MdB Christian Ahrendt (FDP), FAZ vom 12.9.2012, Seite 21 („Schonfrist bei Überschuldung“): Verlängerung um weitere 5 Jahre
- tel. Auskunft des BMJ vom 24.10.2012: Tendenz zur Entfristung
- RegE eines Gesetzes zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess (BT-Drucks. 17/10490 vom 15.8.2012); Art. 19 Satz 1: Inkrafttreten am 1.1.2014; BT-Sitzung vom 27.9.2012: Überweisung an Rechtsausschuss

B. DIE ANWENDUNG DES NEUEN TATBESTANDS

I. Wem hilft er nicht? Wer braucht ihn nicht?

- dem zahlungsunfähigen Unternehmen
- das zahlungsfähige Unternehmen, das bei Zugrundelegung von Liquidationswerten nicht überschuldet ist unabhängig vom Bestehen einer Fortführungsprognose
- ??

II. Verbleibender Anwendungsbereich

- das zahlungsfähige Unternehmen mit positiver Fortführungsprognose, das bei Zugrundelegung sowohl von Liquidations- als auch Fortführungswerten überschuldet ist

B. DIE ANWENDUNG DES NEUEN TATBESTANDS

III. Die positive Fortführungsprognose

- Ist was bzw. setzt was voraus? BGH, Beschl. v. 9.10.2006 – II ZR 303/05, Rdnr. 3; BGH, Urt. 18.10.2010 – II ZR 151/09, Rdnr. 13 („Fleischgroßhandel“)
 - Fortführungswille des Organs (GF, Vorstand)
 - objektive Überlebensfähigkeit
- Objektive Überlebensfähigkeit
 - bislang einheitliche Beurteilung durch Rechtsprechung
 - Ausgangspunkt ist stets ein „Ertrags- und Finanzplan“ bzw. die „Finanzkraft der Gesellschaft“

B. DIE ANWENDUNG DES NEUEN TATBESTANDS

III. Die positive Fortführungsprognose

- Ergebnis des „Finanz- und Ertragsplans“:

mittelfristig nicht mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu rechnen war

OLG Frankfurt/M., Urte. v. 25.10.2000 – 17 U 63/99

OLG Schleswig, Urte. v. 11.2.2010 – 5 U 60/09

Die Prognose ist positiv, wenn sich die überwiegende Wahrscheinlichkeit ergibt, dass die Gesellschaft mittelfristig Einnahmeüberschüsse erzielen werde, aus denen die gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten gedeckt werden können (...).

KG, Urte. v. 1.11.2005 – 7 U 49/05 (unter B 4)

OLG Schleswig, Urte. v. 11.2.2010 – 5 U 60/09 (unter II 3 b cc)

- „mittelfristig“ = laufendes und folgendes Geschäftsjahr (nicht: Kalenderjahr)
- AG Hamburg, Beschl. v. 2.12.2011 – 67c IN 421/11: Ertragsfähigkeits- statt nur Zahlungsfähigkeitsprognose

C. DIE HAFTUNG DER BETEILIGTEN

I. Zivilrechtliche Haftung

- Anspruchsgrundlagen: § 64 GmbHG, §§ 92, 93 AktG, § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 15a InsO
- Darlegungs- und wohl auch Beweislast für positive Fortführungsprognose liegt beim gesetzlichen Vertreter, d.h. keine Darlegungs- und Beweislast beim Insolvenzverwalter für negative Fortführungsprognose

Steht fest, daß die Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt rechnerisch überschuldet war, so ist es allerdings Sache des Geschäftsführers, die Umstände darzulegen, die es aus damaliger Sicht rechtfertigten, das Unternehmen trotzdem fortzuführen. ... Dem Geschäftsführer ist die Darlegung dieser Umstände zumutbar, weil er ... ohnehin zu einer laufenden Prüfung der Unternehmenslage verpflichtet ist. Ob über diese Verteilung der Darlegungslast hinaus der Geschäftsführer hinsichtlich der Fortbestehensprognose auch die Beweislast trägt (...), ist dagegen zweifelhaft; das ist hier indessen nicht zu entscheiden.

BGH, Urf. v. 6.6.1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 200

C. DIE HAFTUNG DER BETEILIGTEN

I. Zivilrechtliche Haftung

Im Haftungsprozess wegen Insolvenzverschleppung nach § 64 Abs. 2 GmbHG hat die Geschäftsleitung daher die Umstände darzulegen und notfalls zu beweisen, aus denen sich eine günstige Prognose für den fraglichen Zeitraum ergibt.

BGH, Beschl. v. 9.10.2006 – II ZR 303/05, Rdnr. 3

... ist das Berufungsgericht ebenso zu Recht davon ausgegangen, dass im Haftungsprozess wegen Insolvenzverschleppung der Geschäftsführer, der sich abweichend vom gesetzlichen Regelfall des § 19 Abs. 2 InsO in der bis zum 17. Oktober 2008 geltenden Fassung, der eine Überschuldungsprüfung nach Liquidationswerten vorsieht, darauf beruft, die Prüfung der Überschuldung sei nach Fortführungswerten vorzunehmen, die Umstände darzulegen und notfalls auch zu beweisen hat, aus denen sich eine günstige Prognose für den fraglichen Zeitraum ergibt (...).

BGH, Urt. v. 27.4.2009 – II ZR 253/07, Rdnr. 11

Im Haftungsprozess wegen verbotener Zahlungen nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF hat die Geschäftsleitung daher die Umstände darzulegen und notfalls zu beweisen, aus denen sich eine günstige Prognose für den fraglichen Zeitraum ergibt (...). ... Es hat vielmehr seiner Entscheidung den unzutreffenden Rechtssatz zugrunde gelegt, der klagende Insolvenzverwalter müsse darlegen und beweisen, dass der Beklagte mit dem unabänderlichen Eintritt der Insolvenz wegen einer unbefriedigenden Geschäftslage, mithin mit einer negativen Fortführungsprognose habe rechnen müssen.

BGH, Urt. v. 18.10.2010 – II ZR 151/09, Rdnrn. 11 und 14

C. DIE HAFTUNG DER BETEILGTEN

I. Zivilrechtliche Haftung

- keine Änderung der Darlegungs- und Beweislastregelung durch FMStG; keine Verlängerung der 3-Wochenfrist
- Exkulpation des Organs aufgrund eingeholten Rats (vgl. BGH, Urt. v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, Rdnrn. 17 f.)
- Teilnehmerhaftung des Ratgebers ist möglich (Beihilfe)

II. Strafrechtliche Haftung

- Täterschaft und Teilnahme
- „durchgeknallter Staatsanwalt“ (vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 1 BvR 2272/04)

D. KRITISCHE ÜBERLEGUNGEN

- Rückkehr zum alten Überschuldungsbegriff, weil es zu „erheblichen Wertverlusten insbesondere bei Aktien und Immobilien“ gekommen sei; Beibehaltung des alten Überschuldungsbegriffs, „da viele Unternehmen unter wertmäßigen Schwankungen ihrer Aktiva zu leiden haben.“
 - handelsbilanzieller Wertberichtigungsbedarf wegen sog. „Finanz(markt)krise“? riskante Staatsanleihen eher bei Banken und Versicherern als beim Automobilzulieferer (vgl. *Eckert/Happe ZInsO* 2008, 1098, 1110 f.)
 - Immobilien = „Betongold“: Entstehen/Zunahme stiller Reserven
 - Wertberichtigungsbedarf als Bestandteil unserer Wirtschaftsordnung

D. KRITISCHE ÜBERLEGUNGEN

- zahlungsfähige Unternehmen mit pos. Fortführungsprognose sollen nicht zur Insolvenzantragstellung gezwungen werden; die Fortführungsprognose bzw. die objektive Überlebensfähigkeit hängt aber primär nicht von Bewertungsfragen ab; der für die Überlebensfähigkeit maßgebliche „Ertrags- und Finanzplan“ stellt nur gestreckte Liquiditätsprüfung dar: von 3 Wochen auf laufendes + folgendes Geschäftsjahr
- Wem hilft der neue Tatbestand ebenfalls nicht? dem zahlungsfähigen aber überschuldeten Unternehmen, dessen bislang positive Fortführungsprognose aufgrund der sog. „Finanz(markt)krise“ weggefallen ist (s. AG Hamburg)
- Häufigkeit/Wahrscheinlichkeit des einzigen Anwendungsfalles? (zahlungsfähiges aber überschuldetes Unternehmen mit positiver Fortführungsprognose)

D. KRITISCHE ÜBERLEGUNGEN

- Art. 6 Gesetz zur Änderung steuerrechtlicher Vorschriften und zur Errichtung eines Fonds „Aufbauhilfe“ (Flutopfersolidaritätsgesetz) vom 19.9.2002 (BGBl. I 2002, 3651 ff.):

(1) Beruht der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung auf den Auswirkungen der Hochwasserkatastrophe im August 2002, so sind die gesetzlichen Fristen zur Beantragung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bei juristischen Personen oder rechtsfähigen Personengesellschaften unterbrochen (§ 249 Abs. 1 der Zivilprozessordnung), solange die Antragspflichtigen ernsthafte Finanzierungs- oder Sanierungsverhandlungen führen und dadurch begründete Aussichten auf Sanierung bestehen, längstens jedoch bis zum Ablauf des 31. Dezember 2002.

Empfehlung Finanzausschuss (BT-Drucks. 14/9934, S. 9 f.):

Durch das Hochwasser ... sind sehr viele Betriebe betroffen. ... Dies kann zu Zahlungsstockungen und zur Frage nach einer Überschuldung führen, auch wenn diese durch Zins- und Tilgungsmoratorien, Schuldennachlass, Flutopfer-Entschädigungsleistungen ..., Versicherungsleistungen oder Spenden ... abgewendet werden können. Vielfach wird eine Insolvenzantragspflicht nach geltendem Recht dann gar nicht entstehen. Allerdings benötigen die betroffenen Unternehmen ... Zeit, um die nötigen Finanzierungs- oder Sanierungsverhandlungen zu führen. In dieser Sondersituation erweisen sich die gesetzlichen Insolvenzantragspflichten ... als hinderlich, da die Organe häufig im Ungewissen sein werden, ob und wann die entsprechenden Antragsfristen zu laufen beginnen.

- *Poertzgen ZInsO 2009, 401 ff.*

E. FAZIT

- derzeit geltender Überschuldungsbegriff ist wahrscheinlich sinnvoll; zweifelhaft ist aber der Zusammenhang mit der sog. „Finanz(markt)krise“
- beschränkter Anwendungsbereich, beschränkte Wirkung
- unverändert hohes Haftungsrisiko für die Beteiligten bei gescheiterter Sanierung
- unternehmerische Tätigkeit ist gefahrgeneigte Tätigkeit, und der Anschiss lauert überall

A close-up photograph of a pair of glasses with dark frames and thin temples, resting on a light-colored desk. The glasses are slightly out of focus, with the text overlaid in the center. The background is a soft, out-of-focus light gray.

HERZLICHEN DANK!