

## ZInsO-Editorial

### Neuer Überschuldungsbegriff in § 19 Abs. 2 InsO: Führt die Finanzmarktkrise zu besseren Einsichten des Gesetzgebers?

Die 42. Kalenderwoche 2008 wird uns allen lange in Erinnerung bleiben. In Rekordzeit hat man in Berlin das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) verabschiedet, um die deutsche Bankenlandschaft vor dem Zusammenbruch zu retten. Doch haben Sie, lieber Leser, das Gesetz bis zum Ende gelesen? In Art. 5 FMStG findet sich eine Änderung der Insolvenzordnung, die angesichts des milliardenschweren Rettungspakets in Art. 1 FMStG (= Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds) wenig Beachtung gefunden hat. Der Tatbestand der Überschuldung in § 19 Abs. 2 InsO wird mit sofortiger Wirkung wie folgt 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.“

Der informierte Leser ist verwundert und denkt sich: Diesen Überschuldungsbegriff kenne ich doch! Und Recht hat er: Vor drei Jahrzehnten von *Karsten Schmidt* entwickelt (AG 1978, 334 ff.), hatte sich der zweistufige Überschuldungsbegriff unter Geltung der Konkursordnung schon einmal durchgesetzt (BGHZ 119, 201, 213 ff. = ZIP 1992, 1382, 1386). Nach langen Diskussionen im Vorfeld der neuen Insolvenzordnung hatte sich dann aber der Gesetzgeber entschieden, diesen Überschuldungsbegriff nicht in § 19 Abs. 2 InsO zu übernehmen, sondern meinte, eine Insolvenzantragspflicht könne bei bilanzieller Überschuldung nicht allein im Hinblick auf eine positive Fortführungsprognose verneint werden. Seither soll die positive Prognose allein den Maßstab der Bewertung des schuldnerischen Vermögens verändern: statt Liquidations- sind Fortführungswerte zugrunde zu legen. Ziel dieser Änderung war eine frühzeitigere Stellung des Insolvenzantrags. Deshalb hat der II. Zivilsenat erst kürzlich – im Jahr 2007 – entschieden, der zweistufige Überschuldungsbegriff gelte in der Insolvenzordnung nicht fort (BGHZ 171, 46 = ZIP 2007, 676, Rz. 19).

All dies soll nun in der Zeit der Finanzmarktkrise nicht mehr gelten. In einer Pressemitteilung der Bundesjustizministerin *Zypries* v. 13.10.2008 heißt es dazu: Unternehmen, die rechnerisch überschuldet seien, müssten nach dem bisherigen Recht der Insolvenzordnung einen Insolvenzantrag stellen, auch wenn für das Unternehmen an sich eine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann und der Turnaround sich bereits in wenigen Monaten abzeichnet. Solche Unternehmen sollten künftig nicht mehr verpflichtet sein, sofort einen Insolvenzantrag zu stellen. Ein Schelm, wer Böses dabei denkt, war doch exakt dies seinerzeit die Begründung für die Entwicklung des *Schmidt'schen* zweistufigen Überschuldungsbegriffs. Frau *Zypries* nennt Beispiele: „Damit helfen wir auch einem mittelständischen Handwerksbetrieb in der Rechtsform der GmbH, der vielleicht im Moment formal überschuldet ist, aber den Zuschlag für einen Großauftrag bekommen hat.“ Die Änderung soll ferner einem Unternehmen nützen, das ein neues Produkt zur Marktreife entwickelt hat, und bei dem sich schon bei der ersten Präsentation eine lebhaftere Nachfrage abzeichnet. Auch ein Exporteur könne davon profitieren, dem es gelungen ist, einen völlig neuen Markt zu erschließen. In all diesen Beispielsfällen möge zwar eine bilanzielle Überschuldung vorliegen, gleichwohl sei bei ihnen die Prognose gerechtfertigt, dass sie sowohl im laufenden als auch im kommenden Geschäftsjahr ihre Verbindlichkeiten bedienen können.

Wird aber mit der Wiedereinführung des zweistufigen Überschuldungsbegriffs nur das – bereits seinerzeit von *Karsten Schmidt* propagierte – Ziel verfolgt, dauerhaft überlebensfähige Unternehmen nicht zum Insolvenzantrag zu zwingen, reibt sich der Leser verwundert die Augen, wenn er Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 FMStG liest: Danach wird § 19 Abs. 2 InsO ab dem 1.1.2011 wieder wie bisher gefasst: „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 wahrscheinlich ist.“ In gut zwei Jahren soll es also mit der Erhaltung dauerhaft lebensfähiger Unternehmen wieder vorbei sein. Die von *Zypries* erwähnten Beispielsunternehmen sollen durch Wiedereinführung des derzeit geltenden Überschuldungsbegriffs erneut zum Insolvenzantrag gezwungen werden. Zu besagtem Handwerksbetrieb sagt *Zypries* nämlich wörtlich: „Nach geltendem Recht müsste er binnen drei Wochen Insolvenzantrag stellen, obwohl schon heute feststeht, dass nach Abwicklung des Großauftrags nur wenige Wochen später die Überschuldung entfällt.“ Der Leser versteht: Die bessere Erkenntnis des Gesetzgebers gilt offenbar nur zeitlich befristet für die Zeit der Finanzmarktkrise. Danach werden wieder Unternehmen trotz positiver Fortführungsprognose in die Insolvenz getrieben.

Dass ein solchermaßen begründetes und mit heißer Nadel gestricktes Gesetz kaum überzeugen kann, zeigt sich noch in anderer Hinsicht. Vom Gesetzgeber offenbar unbemerkt wird durch Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 FMStG mit Wirkung ab 1.1.2011 auch der gerade im MoMiG beschlossene neue § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO wieder abgeschafft, in dem die Nichtberücksichtigung von Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus bei Rangrücktritt des Gesellschafters geregelt ist. Der entsprechende Satz 2 findet sich nämlich in der Neufassung des § 19 Abs. 2 InsO in Art. 6 Abs. 3 FMStG nicht – ein „Redaktionsversehen“?

Die Hektik dieses wenig überzeugenden Vor und Zurück hätte sich insgesamt ersparen können, wer § 19 Abs. 2 InsO in seiner bisherigen Fassung so anwendet, dass er bei positiver Fortführungsprognose nicht zur Insolvenzantragspflicht führt. Der Schlüssel zur Lösung des Problems liegt beim Ansatz des Geschäftswertes in der Überschuldungsbilanz: Erkennt man nämlich, dass der Geschäftswert nichts anderes ist als der Unterschiedsbetrag zwischen Unternehmenswert und Reinvermögen (berechnet auf der Grundlage der Einzelbewertung aller Aktiva und Passiva), kommt bei positiver Fortführungsprognose und damit regelmäßig positivem Unternehmenswert (= Preis zukünftiger Zahlungsströme) eine Überschuldung nicht in Betracht (näher *Karsten Schmidt/Bitter* in der demnächst erscheinenden 10. Auflage des *Scholz, GmbHG*).

Professor Dr. Georg Bitter, Universität Mannheim