



Schritt in die richtige Richtung

Oder: Plädoyer für die Abschaffung des zwingenden Insolvenzgrundes der Überschuldung

Das in einer beispiellosen Aktion in Rekordzeit verabschiedete und in Kraft getretene Finanzmarktstabilisierungsgesetz beherrscht in den letzten Tagen und Wochen die Schlagzeilen. Die Finanzmarktkrise des Jahres 2008 hat nicht nur aus diesem Grund eine historische Dimension. Ein Randbereich des Gesetzes, der nicht nur in insolvenzrechtlichen Fachkreisen (und das sogar positiv) überrascht zur Kenntnis genommen wurde, regt zum Nachdenken über weitergehende gesetzgeberische Maßnahmen an. Gemeint ist Art. 5 Nr. 1 FMStG, wonach § 19 II InsO wie folgt neu gefasst wird:

„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.“

Nach der letztlich verabschiedeten Fassung hat diese Änderung eine Laufzeit bis zum 31. 12. 2010 (Art. 6 FMStG). Nach der Gesetzesbegründung soll die modifizierte Fassung von § 19 II InsO dem Umstand Rechnung tragen, dass auf Grund der gegenwärtigen Finanzkrise eine Abwertung von Aktien und Immobilien zu einer „bilanziellen Überschuldung“ führen kann. Um zu verhindern, dass auch bei einer positiven Fortführungsprognose trotz „Einbeziehung der stillen Reserven, des Firmenwerts und des Goodwill“ eine Insolvenzantragspflicht eintritt, soll die Wirtschaft für einen begrenzten Zeitraum von der zwingenden Insolvenzantragspflicht entlastet werden.

Die Gesetzesbegründung spricht einen wichtigen Aspekt an, der aber nicht nur für die Dauer der gegenwärtigen Finanzmarktkrise Gültigkeit besitzt, sondern auch außerhalb von generellen Krisenzeiten die betroffenen Personen belastet. So können etwa auch bei gut gehenden Unter-

nehmen ständig wachsende Rückstellungen für Betriebsrenten zu dem Dilemma führen, dass einerseits zwar die Liquidität des Unternehmens und damit die Fortführung noch über Jahre hinweg gewährleistet sind, andererseits aber Rückstellungen für erst in Jahrzehnten fällig werdende Pensionszahlungen das Eigenkapital aufzehren. Daher hatte die frühere Rechtsprechung des *BGH* vor Inkrafttreten des § 19 InsO durchaus ihre Rechtfertigung: Warum soll eine Gesellschaft, welche bis zum „Sankt-Nimmerleins-Tag“ alle Schulden bezahlen kann, zwingend Insolvenzantrag stellen, und warum soll sich ein Geschäftsführer, der hiergegen verstößt, auch noch strafbar machen? Man denke nur an das seltsame wirtschaftliche Ergebnis einer Insolvenzantragstellung wegen zu hoch gestiegener Pensionsrückstellungen: Der Pensions-Sicherungs-Verein muss in solchen Fällen schon Jahre früher die Zahlung der Betriebsrenten an Stelle des Schuldners übernehmen, erhält aber aus der Masse in aller Regel nur eine geringe Insolvenzquote, diese auch noch häufig erst nach Jahren.

Der Verfasser möchte noch einen Schritt weitergehen als der Gesetzgeber des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes: Die Insolvenzantragspflicht auf Grund einer (bloßen) Überschuldung gehört vollständig abgeschafft! Ausgangspunkt der Überlegungen sind die Gründe, die von ihren Befürwortern und insbesondere dem Gesetzgeber der InsO für die Berechtigung einer zwingenden Insolvenzantragspflicht bei Vorliegen einer Überschuldung angeführt werden. Die Väter der zwingenden Insolvenzantragspflicht bei Vorliegen einer Überschuldung sahen hierin den Preis, den die GmbH sowie andere in der Haftung gegenüber Dritten umfassend beschränkte Ge-

sellschaftsformen für die Haftungsbeschränkung zu zahlen haben. Der Gläubiger einer juristischen Person soll sich darauf verlassen können, dass die Vermögenswerte der Gesellschaft stets die Verbindlichkeiten ausgleichen. Nur dies – so jedenfalls die ursprüngliche Vorstellung des Gesetzgebers – stellt sicher, dass die Haftungsbeschränkung der juristischen Person sich nicht zum Nachteil der Gläubiger auswirkt. Dieser Grundansatz mag zwar theoretisch und abstrakt berechtigt sein, im praktischen Ergebnis ist er jedoch wertlos. Der aktuelle Wert einer Gesellschaft hat für den Gläubiger einer Gesellschaft keine nennenswerte Bedeutung. Den jeweiligen Gläubiger interessiert vornehmlich die Liquidität, die erforderlich ist oder später sein wird, um die ihm gegenüber bestehende Verbindlichkeit zurückzuführen. Der Gläubiger möchte in aller Regel nicht wegen seiner Forderung in das Vermögen des Schuldners vollstrecken; vielmehr soll seine Forderung aus der laufend vorhandenen Liquidität freiwillig beglichen werden.

Würde nämlich der Gläubiger vornehmlich auf den jeweiligen Wert des Vermögens des Schuldners schielen, so müsste der Schuldner zu jeder Zeit eine Vermögensbilanz nach Liquidationswerten aufstellen. Warum? Im Ernstfall, wenn nämlich die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, ihre Schulden aus der vorhandenen Liquidität zu zahlen, und damit die Notbremse der Insolvenz gezogen wird, ändert sich die Vermögenssituation des Schuldners dramatisch: Von einer Sekunde auf die andere müssen im Überschuldungsstatus nicht nur die Aktiva drastisch abgewertet werden, sondern es entstehen auch zwingend erhebliche neue Passiva, etwa Rückstellungen für Auslaufkosten bei Miet- und Arbeitsverhältnissen, Sozialplanverbindlichkeiten, Liquidationskosten, Insolvenzverwaltervergütung und dergleichen mehr. Daher führt die Zahlungsfähigkeit immer, die drohende Zahlungsunfähigkeit regelmäßig automatisch auch zu einer Überschuldung i. S. von § 19 II InsO bisheriger wie auch neuer Fassung. Dies bedeutet aber, dass selbst der Gläubiger, der eben noch auf der Basis der positiven Fortführungsprognose mit guten Gründen auf eine ausgeglichene Vermögensbilanz vertraut hatte, von einem Augenblick auf den anderen „in die Röhre guckt“.

Hieraus folgt, dass der Insolvenzgrund der Überschuldung bereits vom Ansatz her verfehlt ist. Dies alleine dürfte die Abschaffung der Insolvenzantragspflicht nicht rechtfertigen, da eine Einschränkung der in Art. 14 GG garantierten Eigentumsrechte durch den Gesetzgeber nicht ohne Not erfolgen darf. Aber auch weitere gewichtige praktische Gründe sprechen gegen die zwingende Antragspflicht wegen Überschuldung: Wer schon einmal eine juristische Person und deren Geschäftsführung in der Krisensituation beraten hat, weiß, dass hier alle Beteiligten stark in Anspruch genommen werden. So müssen Gespräche mit Banken und/oder möglichen neuen Investoren geführt und vorbereitet werden. Gleichzeitig finden Gespräche mit Kunden auf der einen Seite sowie Lieferanten auf der anderen Seite statt, um die Fortführung zu gewährleisten und so die Krisensituation in den Griff zu bekommen. Parallel werden Liquiditätspläne erstellt und täglich aktualisiert. All dies belastet die Geschäftsführung und deren Beratungsteam bereits über alle Maße.

Hinzu kommen aber noch die rechtlichen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Insolvenzantragspflicht nach § 15 a InsO n. F. (ehemals § 64 GmbHG/§ 92 AktG), welche der ohnehin schon angespannten Beratungssituation

eine zusätzliche Schärfe verleihen. Die Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung ist in diesem Zusammenhang gerade auch im Hinblick auf eine mögliche Rettung des Unternehmens höchst hinderlich: Neben den ohnehin aufzustellenden Liquiditätsplänen muss die Geschäftsführung zusätzlich noch einen zeit- und kostenintensiven Überschuldungsstatus erstellen lassen. Dies geht einher mit komplizierten Bewertungsfragen. Es ist nicht nur zu klären, ob eine positive oder negative Fortführungsprognose vorliegt, sondern auch, wie Warenlager und Betriebsgrundstück zu bewerten sind. So kann aus dem unter Fortführungsaspekten noch wertvollen Betriebsgrundstück eine wertlose Altlast werden. Für das Vorliegen einer Überschuldung bei positiver und negativer Fortführungsprognose ist trotz enger Liquiditätsdecke ein kostenintensives Gutachten einzuholen. Nach inzwischen wohl einhelliger Rechtsprechung der Oberlandesgerichte liegt die Beweislast für das Vorliegen einer positiven Fortführungsprognose überdies beim Geschäftsführer. Dieser kann sich zwar nach der Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* durch eine entsprechende Bescheinigung eines anerkannten Sanierungsprüfers exkulpieren. Welcher Geschäftsführer möchte sich aber wegen dieser Frage gegenüber einem späteren Insolvenzverwalter oder einem externen Gläubiger einem Prozessrisiko aussetzen: War der Sanierungsberater wirklich anerkannt? Lagen dem Sanierungsberater wirklich alle Fakten vor? – Um nur einige Unwägbarkeiten zu erwähnen.

Im Rahmen des vorliegenden Beitrags kann die grundsätzliche Problematik gewiss nur sehr oberflächlich dargelegt werden. Wie nur die Beispiele der Pensionsrückstellungen oder der aktuellen Finanzmarktkrise zeigen, führt § 19 InsO bei ansonsten fortführungsfähigen juristischen Personen nur zu Problemen, nie aber zu Lösungen (wenn man die Stellung des Insolvenzantrags bei einem laufenden Unternehmen nicht auch als Lösung bezeichnen möchte). Dass der Gesetzgeber jetzt für einen zeitlich begrenzten Zeitraum eine Insolvenzantragspflicht für den Fall der positiven Fortführungsprognose verneinen möchte, ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung, aber einer, der nicht zum wünschenswerten Ziel führt. Denn auch in der jetzt vorliegenden geänderten Fassung liegt die Beweislast für das Vorliegen einer positiven Fortführungsprognose bei der Geschäftsführung. Auch dies verhindert also nicht, dass in der akuten Krisensituation teure und mit erheblichen Unsicherheiten behaftete Gutachten über die Frage der Fortführungsfähigkeit in Auftrag gegeben werden müssen.

Aus Sicht des Gläubigers sollte sich also eine Insolvenzantragspflicht ausschließlich auf die Liquidität des Unternehmens beschränken. Dabei mag es sinnvoll sein, eine Insolvenzantragspflicht auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit einzuführen. Es muss dann aber eine deutliche Beschränkung des „Beobachtungszeitraums“ der Liquiditätsplanung geben. Eine drohende Zahlungsunfähigkeit sollte daher nur dann eine Insolvenzantragspflicht nach sich ziehen, wenn die Zahlungsunfähigkeit unweigerlich in absehbarer Zeit (z. B. in ein oder zwei Monaten) eintreten wird. Nur dann stellt sich aus der Sicht des Rechtsverkehrs heute schon die Notwendigkeit, eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebs durch den Schuldner zwingend zu unterbinden. Ob dann noch eine Überschuldung vorliegt oder nicht, kann niemanden mehr interessieren.

Rechtsanwalt Dr. Rolf Leithaus, Köln