Prof. Dr. von Wilmowsky

Insolvenzrecht I: Grundzüge

(Vorlesung)

§ 5 Insolvenzgründe

-- insbesondere: Überschuldung --

A. Zahlungsunfähigkeit; drohende Zahlungsunfähigkeit 3

B. Überschuldung 4

I. Einleitung 4

II. Das Problem 4

III. Gesetzeslage 5

1. Gesetzeslage bis 31.10.2008: 5

2. Zwischenphase ab 1.11.2008 6

3. Gesetzeslage ab 1.1.2014 7

IV. Rechtslage bis 31.10.2008: „alter“ Überschuldungsbegriff 7

1. Inhalt 8

2. Anmerkung: Zwei Stufen oder drei Stufen? 9

V. Rechtslage seit 2008: „neuer“ Überschuldungsbegriff 11

1. Inhalt 11

2. Kritik 12

VI. Caveats 15

VII. Generelle Zweifel am Insolvenzgrund „Überschuldung“? 17

1. Variante 1: Bindung der Überschuldung an die Zahlungsunfähigkeit 17

2. Variante 2: Abschaffung der Überschuldung als eines gesetzlichen Insolvenzgrunds 18

Damit ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, muss einer von zwei Eröffnungsgründen vorliegen:

-- die Zahlungsunfähigkeit, auch als drohende Zahlungsunfähigkeit (§§ 17, 18 InsO),
-- die Überschuldung (§ 19 InsO).

A. Zahlungsunfähigkeit; drohende Zahlungsunfähigkeit

-- §§ 17, 18 InsO

-- siehe die Darstellungen der Lehrbücher

B. Überschuldung

I. Einleitung

Legaldefinition in § 19 Abs. 2 InsO:

> Überschuldung = „wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt“

Mittel zur Feststellung der Überschuldung: Überschuldungsbilanz, in der der Wert des Schuldnervermögens (= der Wert des Unternehmens) angesetzt und den Verbindlichkeiten gegenübergestellt wird

II. Das Problem

Herleitung des Regelungsproblems:

-- Überschuldung bedeutet, dass der Wert des Schuldnervermögens (d.h. der Wert des vom Schuldner betriebenen Unternehmens) niedriger ist als die Verbindlichkeiten.

-- Um diesen Vergleich vornehmen zu können, muss das Vermögen des Schuldners (= das Unternehmen des Schuldners) bewertet werden.

-- Problem: die Bewertung des Vermögens (d.h. des Unternehmens des Insolvenzschuldners)

-- Die Bewertung eines Unternehmens kann nach zwei Ansätzen erfolgen. Zum einen kann derjenige Wert zugrunde gelegt werden, den das Unternehmen besitzt, wenn man es stilllegt (Stilllegungswert). Zum

anderen kann der Wert zugrunde gelegt werden, den das Unternehmen besitzt, wenn man es fortführt (Fortführungswert).

-- Vor Beginn des Insolvenzverfahrens kann man nicht wissen, mit welcher Verwertungsentscheidung (Stilllegung oder Fortführung) das Verfahren (wenn es denn stattfände) enden würde.

-- Vor Beginn des Insolvenzverfahrens (also für die Frage, ob überhaupt ein Antrag gestellt werden soll oder muss) ist folglich unklar, ob der Stilllegungswert des Unternehmens oder der Fortführungswert zugrunde gelegt werden sollte.

-- Wie man mit dieser Frage (d.h. mit der Frage, wie sich die beiden genannten Ansätze auf die Feststellung der Überschuldung auswirken) umgehen sollte, ist umstritten.

-- Dieser Streit beherrschte auch das Ringen um die gesetzliche Definition der „Überschuldung“ in § 19 Abs. 2 InsO (hierzu sogleich unter 3).

-- Die bis 2008 geltende gesetzliche Definition fand auf die erwähnte Frage eine plausible Antwort (4).

-- Der neue gesetzliche Überschuldungsbegriff, der seit 2008 gilt, weist einem höheren Fortführungswert eine Funktion zu, die ihm nicht zukommt (5).

III. Gesetzeslage

Die Gesetzeslage hat sich in jüngerer Zeit wiederholt geändert.

1. Gesetzeslage bis 31.10.2008:

Unter der *Konkurs*ordnung (in Kraft bis 1998) war die Überschuldung kein Konkursgrund. Die *Insolvenz*ordnung (in Kraft seit 1999) führte diesen Insolvenzgrund ein.

Text des § 19 Abs. 2 InsO (gültig von 1999 bis 2008):

> „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. . . . "
>
> = „alter" Begriff der Überschuldung

Diese Fassung des Gesetzes trat zum 1.11.2008 außer Kraft.

2. Zwischenphase ab 1.11.2008

2008 wurde der Überschuldungsbegriff geändert.

Text des § 19 Abs. 2 InsO in der Fassung seit 2008:

> „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. . . . "
>
> = „neuer" Begriff der Überschuldung

Dieser „neue" Überschuldungsbegriff sollte zunächst nur vorübergehend gelten. Seine Geltung war bis Ende 2010 befristet; der neue Begriff sollte also nur 2 Jahre und 2 Monate gelten.[1] Später wurde diese Befristung um drei Jahre, also bis Ende 2013, verlängert. Danach (also zum 1.1.2014) sollte der „alte" Überschuldungsbegriff wieder in Kraft treten.

Grund für diese Befristung: Mit dem „neuen" Überschuldungsbegriff reagierte der Gesetzgeber auf wahrgenommene Notwendigkeiten der Bankenkrise von

---

1 Quelle: Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes – Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG), 17.10.2008, BGBl. 2008 I, S. 1982, Art. 5 und Art. 6 Abs. 3.

2008-2009. Daher sollte der neue Begriff nur für diese Krisenzeit gelten. In dieser Zeit wollte man Banken und anderen Unternehmen trotz Überschuldung ersparen, dass über ihr Vermögen ein Insolvenzverfahren stattfindet. Nach Abflauen der Krise (mit dem man zunächst für 2010, dann für 2013 rechnete) sollte wieder die vorher geltende („alte") Fassung des § 19 Abs. 2 InsO anzuwenden sein.

3. Gesetzeslage ab 1.1.2014

Mit einem Gesetz vom November 2012 („Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften" vom 9.11.2012) wurde die Befristung des „neuen" Überschuldungsbegriffs abgeschafft. Diejenige Fassung des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO, die für die Zwischenphase konzipiert war, gilt nun über den 1.1.2014 unbefristet hinaus. Die Bundesregierung war der Auffassung, die neue Definition der Überschuldung habe sich „bewährt" (was immer das heißen soll). Eine Rückkehr zur Definition der Überschuldung, die bis 2008 galt, ist nun nicht mehr vorgesehen.

IV. Rechtslage bis 31.10.2008: „alter" Überschuldungsbegriff

Text des § 19 Abs. 2 Sätze 1-2 InsO:

> „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. <u>Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.</u>"

1. Inhalt

-- Der alte Überschuldungsbegriff erkannte an, dass – unabhängig davon, ob der Wert des Unternehmens bei Stilllegung oder bei Fortführung festgestellt wird -- die Frage der Überschuldung durch eine Gegenüberstellung zu den Verbindlichkeiten geklärt wird.

Ist der Wert des Unternehmens (ob Stilllegungswert oder Fortführungswert ist hier noch offen) kleiner als die Verbindlichkeiten des Unternehmensträgers, liegt Überschuldung vor.

-- Nach dem „alten" Konzept stellt sich also die Frage, ob für diesen Vergleich (Vermögen – Verbindlichkeiten) der Stilllegungswert des Vermögens oder der Fortführungswert des Vermögens eingesetzt werden soll.

-- Dilemma (s.o. 2): Ob das Unternehmen stillgelegt oder ob es fortgeführt werden soll, d.h. welche dieser beiden Verwertungsoptionen die bessere ist (d.h. den höheren Ertrag bringt), lässt sich erst als *Ergebnis* des Insolvenzverfahrens sagen. (Es gehört ja gerade zu den Aufgaben eines Insolvenzverfahrens, die beste Verwertungsmöglichkeit herauszufinden.) *Vor* dem Insolvenzverfahren ist man daher in der misslichen Lage, das Ergebnis noch nicht kennen zu können, gleichwohl entscheiden zu müssen, ob -- für die Gegenüberstellung zu den Verbindlichkeiten und damit (nach dem „alten" Konzept) für die Frage „Überschuldung ja oder nein" -- der Stilllegungswert oder der Fortführungswert zugrunde zu legen ist.

-- Lösung: Das Gesetz (bis 2008) verlangte, dass (vor dem Insolvenzverfahren, zur Entscheidung, ob Überschuldung vorliegt oder nicht) eine Prognose aufgestellt wird (Satz 2).

-- Wortlaut Gesetz: wenn überwiegende Wahrscheinlichkeit der Fortführung vorliegt, dann Fortführungswert; sonst Stilllegungswert.

-- Worauf bezieht sich die „überwiegende Wahrscheinlichkeit"?

Soweit ich die Stellungnahmen überblicke, legen die meisten (wenn nicht sogar alle) keine Rechenschaft darüber ab, in welchem Kontext und nach welchen Kriterien die Entscheidung „Fortführung oder Stilllegung" getroffen werden soll, auf deren überwiegende Wahrscheinlichkeit es ankommt. Sehr häufig wird nur auf die „Überlebensfähigkeit" abgestellt, womit die Frage nach Kontext und Kriterien gerade nicht beantwortet wird.

meine Meinung: Der Bezugspunkt muss das zukünftige Insolvenzverfahren sein. Maßgeblich sollte die Frage sein, ob das zukünftige Insolvenzverfahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu dem Ergebnis gelangt, dass die beste Verwertung des Unternehmens in seiner Fortführung liegt. (Das Kriterium hierfür ist, dass die Fortführung einen höheren Ertrag erbringt als die Beendigung.) Falls ja, dann ist der Fortführungswert anzusetzen. Lässt sich diese Prognose nicht stellen (d.h. ist eine Fortführung nicht überwiegend wahrscheinlich), ist der Stilllegungswert zugrunde zu legen.

Meinung etwa von Karsten Schmidt: Der Bezugspunkt soll sein, ob sich mit einer Fortführung sämtliche Verbindlichkeiten des Schuldners (vollständig) erfüllen lassen. Wird die Fortführung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass sämtliche Verbindlichkeiten (vollständig) befriedigt werden, dann sind die Fortführungswerte zugrunde zu legen.
(Nachweise unten 5 b. Diese Sichtweise kann kaum zutreffen; siehe unten 5 b.)

2. Anmerkung: Zwei Stufen oder drei Stufen?

-- Viele Autoren verstehen den § 19 Abs. 2 Sätze 1 und 2 InsO (Fassung bis 2008) dahin, dass vor der Prognose „Stilllegung oder (überwiegend

wahrscheinliche) Fortführung“ der Stilllegungswert ermittelt werden müsse.[2]

-- Das ergibt dann drei Stufen: (1) Stilllegungswert; (2) wenn danach Überschuldung: Prognose (über die wahrscheinliche Verwertung) erforderlich; (3) wenn danach Fortführung überwiegend wahrscheinlich: Fortführungswert.
(Überschuldung liegt dann, wenn man bis zu dieser dritten Stufe kommt, vor, wenn der Fortführungswert kleiner ist als die Verbindlichkeiten.)

-- meine Meinung: So kann man durchaus verfahren.

-- Hinweis: Zwingend vorgegeben ist diese dreistufige Prüfung allerdings nicht. Die erste Stufe (Ermittlung des Stilllegungswerts) wird von § 19 InsO nicht zwingend verlangt. Nach dieser Bestimmung reichen aus: (1) Prognose über Stilllegung oder Fortführung; (2) Ermittlung des Stilllegungswerts bzw. des Fortführungswerts, entsprechend dem Ergebnis der Prognose.[3]

-- Für die dreistufige Vorgehensweise sprechen pragmatische Erwägungen. Das Handelsrecht verlangt ohnehin die fortlaufende Bewertung der Vermögensgegenstände im Rahmen der Buchführungspflicht (§ 238 HGB). Der maßgebliche Bewertungsansatz ist aus den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) abzuleiten. Hiernach gilt grundsätzlich das Fortführungsprinzip, aber auch das Vorsichtsprinzip. Verlangt das Vorsichtsprinzip eine Bewertung der Vermögensgegenstände zum Mindestwert (Stilllegungswert) und sinkt hiernach der Wert der Vermögensgegenstände unter den Wert der Verbindlichkeiten, besteht Anlass, sich mit der Frage der Überschuldung zu befassen. Insofern kann der ohnehin nach anderen Vorgaben zu ermittelnde Stilllegungswert als Auslöser für die Frage nach der wahrscheinlichen Verwertung (in einem

---

2 Siehe etwa *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2017, Rn. 110.

3 Jaeger (*Müller*), InsO, 1. Aufl., Band 1, 2004, § 19 Rn. 28-31.

Insolvenzverfahren) und damit für die Fortführungsprognose dienen. So gesehen, wird die Stufe „Stilllegungswert“ praktisch oft vorgeschaltet sein.

V. Rechtslage seit 2008: „neuer“ Überschuldungsbegriff

Text des § 19 Abs. 2 Satz 1 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.“

1. Inhalt

Der Unterschied zur bisherigen (und zukünftigen) Rechtslage liegt in dem Zusatz: „es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“

Überschuldung (im „neuen“ Sinn) liegt vor, wenn folgende zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

(1) Das Vermögen deckt nicht die Verbindlichkeiten.
(von einigen Autoren als „rechnerische Überschuldung“ bezeichnet)

Wie die Gegenstände des Vermögens zu bewerten sind (ob nach Stilllegungswerten oder Fortführungswerten), ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen. Vieles spricht dafür, dass der Stilllegungswert gemeint ist.

(2) Es ist nicht überwiegend wahrscheinlich, dass das Unternehmen fortgeführt werden wird.
(von einigen Autoren als „rechtliche Überschuldung“ bezeichnet)

Eine Überschuldung ist (nach dieser Vorschrift) ausgeschlossen, wenn ein Insolvenzverfahren gegen den Unternehmensträger mit überwiegender

Wahrscheinlichkeit zu dem Ergebnis gelangen würde, das Unternehmen fortzuführen. Bei diesem „neuen" Konzept spielt dann keine Rolle, ob der Fortführungswert die Verbindlichkeiten deckt oder nicht.[4]

2. Kritik

-- Der „neue" Überschuldungsbegriff beruht auf der Vorstellung, dass eine Verwertung durch Fortführung eine Überschuldung immer ausschlösse, d.h. dass die Fortführung immer zu einer vollständigen Befriedigung der Verbindlichkeiten des Unternehmensträgers führen würde.
(So offenbar Bundesregierung, Entwurf FMStG, Begründung, BT-Dr. 16/10600, S. 21)

-- Diese Vorstellung geht fehl. Wird auf „Fortführung" entschieden, so ist das nicht gleichbedeutend mit einer vollständigen Erfüllung sämtlicher Verbindlichkeiten. Zwar wird das fortgeführte Unternehmen dauerhaft Einnahmen (= Erträge) erwirtschaften. Man mag daher versucht sein zu denken: Steckt man den betrachteten Zeitraum nur weit genug ab, werden die Einnahmen irgendwann den Nominalwert der gegenwärtigen Verbindlichkeiten erreicht haben. (Beispiel: Die Verbindlichkeiten betragen 400 EUR; pro Jahr wird ein Ertrag von 1 EUR erwartet; in 400 Jahren sind sämtliche Verbindlichkeiten getilgt.) Maßgeblich sind jedoch nicht die Nominalwerte der zukünftigen Einnahmen, sondern deren Gegenwartswerte; diese ergeben sich, indem die zukünftigen Einnahmen für den fraglichen Zeitraum zum Marktzins abgezinst werden. Daher kann durchaus der Fall eintreten, dass der Fortführungswert des Unternehmens zur Erfüllung der gegenwärtigen Verbindlichkeiten nicht ausreicht.

-- Die Verwertungsentscheidung „Fortführung" wird getroffen werden (seitens der Gläubiger), wenn die Fortführung einen höheren Ertrag bringt als die Stilllegung. Diese Entscheidung bedeutet (nur), dass das Ausmaß der Befriedigung höher ist, als es bei einer Stilllegung wäre. Sie bedeutet

---

4 Siehe *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2017, Rn. 111.

nicht, dass der Fortführungswert hoch genug sein wird, sämtliche Verbindlichkeiten des Unternehmensträgers zu erfüllen.

-- Beispiel: Unternehmensträger U hat Verbindlichkeiten in Höhe von 100 Mio EUR. Bewertet man die Gegenstände seines Unternehmens zu Stilllegungswerten, betrage sein Vermögen 30 Mio EUR. Der Fortführungswert sei höher: Dieser betrage (abgezinst auf den Gegenwartswert) 60 Mio EUR. Käme es zu einem Insolvenzverfahren, würde die Verwertungsentscheidung sehr wahrscheinlich auf „Fortführung" lauten (weil diese Form der Verwertung einen doppelt so hohen Ertrag verspricht wie die Stilllegung). Gleichwohl ist auch bei dieser Verwertungsentscheidung ausgeschlossen, dass die Verbindlichkeiten von U vollständig erfüllt werden. (U ist überschuldet.)

-- Siehe die Stellungnahme des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags: „Der Ausschuss weicht damit entschieden von der Auffassung ab, die in der Literatur vordringt . . . Wenn eine positive Prognose stets zu einer Verneinung der Überschuldung führen würde, könnte eine Gesellschaft trotz fehlender . . . Haftung weiter wirtschaften, ohne dass ein die Schulden deckendes Kapital zur Verfügung steht."[5]

-- Welchen Sinn es hatte, die Überschuldung abweichend von der bisherigen Rechtslage zu definieren, lässt sich kaum erschließen. Die Bundesregierung (als Initiator der Neuregelung) nahm an, die Krise, in der sich der Finanzsektor in den Jahren 2008 und 2009 befand, führe dazu, dass der Wert von Unternehmen (sämtlicher Unternehmen, nicht nur der der Banken) als zu niedrig eingeschätzt würde. Besonders im Blick hatte sie die Bank HypoRealEstate. Zum einen hatten deren Vermögensgegenstände (insbesondere ihre handelbaren Forderungen) an Wert verloren; zum anderen handelte es sich bei den staatlichen Subventionen, die die Bank erhielt, zu einem großen Teil (ca. 80 Milliarden EUR) um Darlehen; das weitete die Passivseite erheblich aus. Beide Entwicklungen legten nahe, dass die Bank überschuldet war. Nach

5 BT-Drs. 16/10651, S. 16.

politischer Entscheidung sollte jedoch kein Insolvenzverfahren gegen die HRE stattfinden. Daher sah die Bundesregierung als vorteilhaft an, wenn Unternehmensträger, die auch unter Fortführungswerten überschuldet sind, als nicht überschuldet gelten und kein Insolvenzverfahren durchlaufen müssten (obwohl – so muss man anmerken -- aufgrund der Überschuldung Bedarf für ein Insolvenzverfahren besteht).

Kritisch z.B. auch Drukarczyk / Schüler, Die Eröffnungsgründe der InsO, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, 28 (Rn. 116): „Positiv an [der neuen Fassung des § 19 Abs. 2] ist allein die zeitliche Befristung . . . .“ [Diese Hoffnung der Autoren ging allerdings nicht auf: Die zeitliche Befristung wurde im November 2012 aufgehoben.]

-- Der „neue“ Überschuldungsbegriff kann zu einer Vernichtung wirtschaftlicher Werte führen. Sollte der Wert (Fortführungswert) eines Unternehmens nicht ausreichen, die Verbindlichkeiten vollständig zu erfüllen, und sollte sich dies unter Gläubigern herumsprechen, würden die dann erfolgenden Einzelverwertungen (etwa durch Einzel-Zwangsvollstreckungen) das Unternehmen auseinanderreißen und dadurch zur Stilllegung bringen. Ein etwaiger Mehrwert, den eine Fortführung erbracht hätte, ginge verloren. Auf diese Weise kann die Regelung es unmöglich machen, dass das Insolvenz(verwertungs)recht seine Funktion wahrnehmen kann, durch eine Sperre des Einzelzugriffs von Gläubigern die Option zu erhalten, dass das Unternehmen durch Fortführung verwertet wird.

-- Materialien:
Bundesregierung, Begründung zum FMStG: BT-Drs. 16/10600;
Bundestag, Rechtsausschuss, Stellungnahme: BT-Drs. 16/10651, S. 16

-- Schrifttum:
Karsten Schmidt, Überschuldung und Insolvenzantragspflicht nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz, DB 2008, 2467-2471;
Karsten Schmidt, Überschuldung und Unternehmensfortführung, oder per aspera ad astra, ZIP 2013, 485.

Die Position, die Karsten Schmidt zum Überschuldungsbegriff vertritt, beruht auf der oben kritisierten Vorstellung. Danach soll die Entscheidung (im Insolvenzverfahren) bzw. Prognose (vor dem Insolvenzverfahren), der größere Nutzen werde mit der Fortführung des Unternehmens erzielt werden, bedeuten, dass dann sämtliche Verbindlichkeiten vollständig erfüllt würden.

Siehe DB 2008, S. 2467 (2469) (unter Bezug auf ein Gerichtsurteil): Die Frage nach einer Überschuldung stelle sich gar nicht, wenn die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich sei. S. 2470: Die Prüfung einer Überschuldung habe dazu zu dienen (wörtlich: davon „beseelt" zu sein), fortführungsunwürdige Unternehmen von fortführungswürdigen zu trennen. Sowie etwa S. 2467: Bei Überschuldung müsse das Unternehmen „kraft zwingenden Rechts aus dem Markt genommen werden".

Diese Aussagen stehen mit den Funktionen, die das Insolvenzrecht auf der Verwertungsseite wahrzunehmen hat, (und auch mit dem bis 31.10.2008 geltenden Recht) in deutlichem Widerspruch. Die Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) eines Unternehmensträgers sagt *nichts* (noch deutlicher: *gar nichts*) darüber aus, in welcher Weise (ob durch Stilllegung oder durch Fortführung) das Unternehmen am besten verwertet wird.[6]

VI. Caveats

Die Ausführungen unter I bis V geben das Verständnis wieder, das mir zum Überschuldungsbegriff richtig erscheint. Wahrscheinlich entspricht dieses

---

6 Ähnlich die Einschätzung von *Drukarczyk / Schüler*, Die Eröffnungsgründe der InsO, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, 28 (Rn. 113 f. und 143): „In einem Insolvenzverfahren gehen Unternehmen mit überwiegend wahrscheinlichen . . . Fortführungschancen nicht unter." „Die Erwartung einer möglichen Fortführung . . . schließt eine . . . Überschuldung nicht aus."

Verständnis nicht der vorherrschenden Auffassung -- wobei schwierig festzustellen ist, welchen Inhalt die herrschende Sichtweise hat.

Unklar ist vor allem, was unter der „Fortführungsprognose" (genau: der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, dass das Unternehmen des Insolvenzschuldners fortgeführt werden wird) zu verstehen ist. Oft wird verlangt, dass die Fortführung „Erfolg" versprechen, ein „Überleben" des Unternehmens gewährleisten oder zu einer „durchgreifenden Sanierung" führen müsse.[7] Was unter „Erfolg", „Überleben" oder „Sanierung" zu verstehen ist, bleibt unklar.

(1) Teilweise wird die Fortführungsprognose auf die „Ertragsfähigkeit" der Schuldnergesellschaft bezogen.[8] Die Fortführung sei überwiegend wahrscheinlich, wenn die zukünftigen Einnahmen die Verbindlichkeiten der Gesellschaft decken.[9] Wenn man die Fortführungsprognose in diesem Sinn versteht, besagt sie, dass der Fortführungswert (also die Bewertung des Unternehmens zu Fortführungswerten) höher ist als die Verbindlichkeiten. Dann liegt (logischerweise) keine Überschuldung vor. Dieses Verständnis hielte ich für unproblematisch. -- Dass dem Gesetz dieses Verständnis zugrunde liegt, erscheint ausgeschlossen. Bei diesem Verständnis bestände zwischen den beiden verschiedenen Gesetzesfassungen (Fassung vor 2008 und Fassung seit 2008) kein Unterschied. Der Gesetzgeber wollte aber 2008 erkennbar die Rechtslage ändern und eine Überschuldung auch in den Fällen ausschließen, in denen der Fortführungswert unter der Summe der Verbindlichkeiten liegt.

---

7 Kayser / Thole (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur InsO (*Rüntz / Laroche*), 9. Aufl. 2018, § 19 Rn. 9.

8 Kommission für Insolvenzrecht, Erster Bericht, 1985, S. 112.

9 Ob die Kommission für Insolvenzrecht (vorangehende Fn.) in diesem Sinn zu verstehen ist, wage ich nicht zu beurteilen. Wörtlich heißt es dort: „Ertragsfähig ist ein Unternehmen, wenn es fortgeführt werden kann, ohne daß Verluste entstehen; es muß aus den erwirtschafteten Erträgen mindestens Verbindlichkeiten und Kosten des laufenden Betriebs decken können." Wenn damit *sämtliche* Verbindlichkeiten gemeint sind, ergäbe sich die hier skizzierte Position. Nicht ausgeschlossen ist aber, dass nur die in Zukunft neu entstehenden Verbindlichkeiten gemeint sind. Das wäre dann eine andere Position.

Gegen das referierte Verständnis spricht außerdem, dass die Frage „Stilllegung oder Fortführung", die die Verwertung des Schuldnervermögens betrifft, mit der Frage, ob eine Überschuldung vorliegt oder nicht, nichts zu tun hat.

(2) Bei nicht wenigen Autoren findet Anklang, die Fortführungsprognose auf die Zahlungsfähigkeit zu beziehen: Die Prognose sei positiv, wenn der Schuldner weder jetzt zahlungsunfähig sei noch in den nächsten zwei Jahren die Zahlungsunfähigkeit drohe.[10] Diese Position macht den Insolvenzgrund der Überschuldung von der Zahlungsunfähigkeit abhängig: Überschuldung könne erst vorliegen, wenn drohende Zahlungsunfähigkeit (bezogen auf einen Zwei-Jahres-Zeitraum) vorliege. -- Diese Verknüpfung erscheint wenig sinnvoll, weil Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung nichts miteinander zu tun haben.

VII. Generelle Zweifel am Insolvenzgrund „Überschuldung"?

Es mehren sich die Stimmen, die die Überschuldung als Insolvenzgrund generell in Frage stellen.

1. Variante 1: Bindung der Überschuldung an die Zahlungsunfähigkeit

-- Manche Autoren plädieren dafür, den Begriff der Überschuldung an den der Zahlungsunfähigkeit zu binden.

-- Für die Frage, ob die Fortführung überwiegend wahrscheinlich sei (Halbsatz 2 des § 19 Abs. 2 Satz1, neue Fassung), sei nicht auf die Verwertungsentscheidung abzustellen, die in einem Insolvenzverfahren voraussichtlich getroffen werden würde. Vielmehr liege diese Wahrscheinlichkeit bereits dann vor, wenn der Schuldner in der nächsten

---

10 *Karsten Schmidt*, AG 1978, 334 (337 f.); weitere Nachweise bei *Bitter / Hommerich*, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, 2012, Rn. 26. Siehe auch unten II 7 a.

Zeit (d.h. im Hinblick auf § 17 InsO während des laufenden und des nächsten Geschäftsjahrs) nicht zahlungsunfähig werden wird.[11]

-- Diese Auffassung scheint darauf hinauszulaufen, dass die Überschuldung als Eröffnungsgrund überhaupt nicht mehr gilt, sondern nur noch die Zahlungsunfähigkeit und die drohende Zahlungsunfähigkeit Insolvenzgründe sind. Damit werden rechtspolitische Forderungen aufgegriffen, die Überschuldung als Eröffnungsgrund abzuschaffen (hierzu sogleich 2).

2. Variante 2: Abschaffung der Überschuldung als eines gesetzlichen Insolvenzgrunds

-- Derzeit populär ist die Forderung, die Überschuldung als Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens abzuschaffen. Die Schwierigkeiten, den Fortführungswert zu ermitteln und dem Stilllegungswert gegenüberzustellen, seien zu groß.[12]

-- Zu überzeugen vermag diese Position nicht.

(1) Die Überschuldung hat eine zentrale Funktion als Insolvenzgrund: Sie zeigt an, dass das Risiko, welches mit der Tätigkeit des Unternehmens verbunden ist, nicht mehr von den Eigentümern (Gesellschaftern) getragen wird (— mit Eintritt der Überschuldung haben die Eigentümer alles verloren; mehr können sie nicht verlieren –), sondern auf die Gläubiger übergegangen ist. Daher ist es richtig und wichtig, dass die

---

11 Kayser / Thole (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur InsO (*Rüntz / Laroche*), 9. Aufl. 2018, § 19 Rn. 10.

12 Etwa: *Bitter / Hommerich / Reiß*, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, ZIP 2012, 1201; *Böcker / Poertzgen*, Der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff ab 2014, GmbHR 2013, 17. -- *Bernsau*, TMA (Turnaround Management Association) Deutschland, zitiert in FAZ, 18.11.2019, S. 18 („Neue Finanzierungsformen statt Insolvenz"): Forderung, „den Insolvenzgrund der Überschuldung aus dem Gesetz zu streichen. Er spiele eh kaum eine Rolle, sei auch kaum vernünftig begründbar und bringe in der Praxis auch nur ganz geringe Insolvenzquoten".

Entscheidungen über die Tätigkeit des Unternehmens nicht mehr von den Eigentümern, sondern von den Gläubigern getroffen werden. Dieser Übergang der Entscheidungskompetenz wird durch das Insolvenzverfahren bewirkt. Wenn man auf die Überschuldung als Insolvenzgrund verzichtet, erlaubt man den Eigentümern, Entscheidungen zu treffen, deren Risiko nicht mehr sie, sondern eine andere Gruppe (nämlich die Gläubiger) trifft. Das ist verkehrt.[13]

Hierzu auch:
Neuberger, „Überschuldung abschaffen? Überschuldung stärken! -- Warum und wie der Überschuldungstatbestand beibehalten werden sollte", ZIP 2019, 1549;
Münchener Kommentar InsO (Drukarczyk / Schüler), 4. Aufl., 2019, § 19 Rn. 91-137.

(2) Auch die Insolvenzrechte anderer Staaten definieren „Insolvenz" mit „Überschuldung" und meistern die Schwierigkeiten, die mit der Bewertung des Vermögens verbunden sind.[14] Warum das hierzulande nicht möglich sein soll, ist nicht zu verstehen.

---

13 Ebenso *Weitzmann*, „Kundenschutz durch Insolvenz", in: FAZ, 6.11.2019, S. 18.

14 Siehe etwa das US-Recht: Die Definition in § 101 (32) B.C. lautet: „The term 'insolvent' means . . . financial condition such that the sum of [the] entity's debts is greater than all of such entity's property, at a fair valuation . . . ." (Damit wird die materielle Insolvenz definiert, an die z.B. die Anfechtungstatbestände anknüpfen.)