



Prof. Dr. Manfred Hunkemöller

Überschuldungstatbestand – ein wirksamer Gläubigerschutz?

Plädoyer für dessen Abschaffung

von Prof. Dr. Manfred Hunkemöller, ISM International School of Management

Der hinterfragenswerte Grundgedanke des § 19 InsO soll in der Wahrung des Gläubigerschutzes liegen. Dabei wird vom Gesetzgeber (schon fast dogmatisch) unterstellt, dass der Tatbestand der Überschuldung schon vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gegeben ist und hierdurch eine rechtzeitige Einleitung eines Insolvenzverfahrens sichergestellt werden soll. Im Vordergrund steht dabei der beabsichtigte Erhalt der späteren Insolvenzmasse. Nicht nur seit Einführung der Insolvenzordnung hat die Überschuldung als Insolvenzantragsgrund eine geringe praktische Bedeutung. Jährlich stellen nach Angaben des Statistischen Bundesamtes lediglich nur circa zwei bis vier Prozent aller Unternehmen Insolvenzantrag aufgrund des Tatbestandes der Überschuldung.

Im Kern beschreibt die Überschuldung einen Zustand, in dem das Vermögen eines Schuldners dessen Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (§ 19 Abs. 2 InsO a. F. und n. F.). Zur Ermittlung der Überschuldung ist ein Überschuldungsstatus zu erstellen, bei dem die Verbindlichkeiten dem vorhandenen Vermögen gegenüber zu stellen sind. Das Kernproblem ist nicht allein die Definition der Überschuldung als nicht hinreichend definierter Rechtsbegriff an sich, sondern besonders deren Ermittlung. Während die Aufstellung der Verbindlichkeiten nahezu trivial erscheint, bildet die Ermittlung der Wertansätze für das vorhandene Vermögen aber den Ausgangspunkt der Kontroversen um den Überschuldungsbegriff. § 151 (2) InsO führt hierzu aus: »Bei jedem Gegenstand ist dessen Wert anzugeben. Hängt der Wert davon ab, ob das Unternehmen fortgeführt oder stillgelegt wird, sind beide Werte anzugeben.« Der Gesetzgeber stellt hier *expressis verbis* auf den hinterfragenswerten Grundsatz der Einzelbewertung ab.

Erfahrene Verwertungsgesellschaften sind durchaus in der Lage, die tatsächlich am Markt zu realisierenden Liquidationswerte der einzelnen Vermögenswerte mit hinreichender Genauigkeit ermitteln zu können. Dies beschränkt sich aber auf die Werte für Maschinen, technische Anlagen, Betriebs- und Geschäftsausstattung sowie Vorräte an teilfertigen und fertigen Waren, Roh-

Hilfs- und Betriebsstoffe. Einer Überschuldungsprüfung zu Liquidationswerten kann jedoch nahezu kein Unternehmen standhalten. Unter reiner Betrachtung von Liquidationswerten der einzelnen Vermögensgegenstände wären die meisten deutschen Unternehmen demnach bereits schon im Gründungsstadium rechnerisch überschuldet.

Bei der Ermittlung von Fortführungswerten im Rahmen der Überschuldungsprüfung sind die Bewertungsspielräume jedoch nahezu paradiesisch. Als Fortführungswerte können beispielsweise das handelsrechtliche Fortführungsvermögen, Substanzwerte im Sinne der Wiederbeschaffungskosten sowie Teilwerte und damit verbundene Ertragswerte angewandt werden. In der Bewertungspraxis wird zumeist mathematisch-analytisch eine Wertbestimmung vorgenommen, die jedoch einer objektiven Prüfung kaum standhält. Fortführungswerte mutieren somit zur Glaubensfrage. Die fiktive Ermittlung eines Wiederbeschaffungswertes für jeden einzelnen Vermögensgegenstand eines Unternehmens ist somit auch nicht dazu geeignet, eine realitätsbezogene Prognose über die Fähigkeit eines Unternehmens zur Schuldenbegleichung zu treffen.

Wenn der Ansatz von Liquidationswerten für die bewertungsgegenständlichen Vermögensgegenstände – die sich mit hinreichender Genauigkeit im Wege der Schätzung ermitteln lassen – aber einen überzogenen Gläubigerschutz darstellt, die Fortführungsbewertung aber in keiner Weise normiert ist, lässt das an der Eignung beider bisherigen Überschuldungsdefinitionen zweifeln. Keiner der Bewertungsansätze ist für die vom Gesetzgeber beabsichtigte Anwendung geeignet – der gewollte Gläubigerschutz war somit nie wirksam gegeben. Nicht ohne Grund verzichtet daher die überwiegende Zahl der wirtschaftlich bedeutenden Nationen in ihren diesbezüglichen Rechtsordnungen auf die Überschuldung als Insolvenzantragspflicht und stellt ausschließlich auf die Zahlungsfähigkeit ab.

Praktische Relevanz hat der Überschuldungstatbestand hingegen unter strafrechtlichen Aspekten, da die Strafgerichte prüfen

lassen, ob vor der Zahlungsunfähigkeit eine Insolvenz wegen Überschuldung hätte beantragt werden müssen. Ein eindeutiger Zeitpunkt zur Erstellung einer Überschuldungsbilanz ist jedoch ebenfalls nicht kodifiziert, welcher allerdings bei der Untersuchung einer Insolvenzverschleppung zu berücksichtigen wäre. Der Schuldnervertreter soll dann in einem Strafverfahren rückwirkend beweisen, dass zu einem u. U. willkürlich gewählten Zeitpunkt keine Überschuldung vorgelegen hat. Es stellt sich die Frage, ob diese häufig ausgeübte Verfahrensweise rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht. Aus diesem Grund sprechen ebenso Enger und Wolff dem Tatbestand der Überschuldung seine Funktion als »Auslöser für Gläubiger schützende Rechtsfolgen« und somit seine »Daseinsberechtigung« ab und plädieren für seine Abschaffung. Auch Möhlmann-Mahlau und Schmitt sprechen sich dafür aus, den Überschuldungstatbestand »ersatzlos zu streichen«, da dies ohne Auswirkung auf den Gläubigerschutz bliebe, allerdings zur Beseitigung von Problemen führen würde. Weder die alte noch die derzeitige Definition könnte überzeugen. Im Gegenteil: Die »Probleme der Ausgestaltung sind erheblich, die Funktion fraglich und die Bedeutung gering«.

Zu überlegen sei aber auch, die Antragspflicht, die sich aus einer Überschuldung ergibt, in ein Antragsrecht umzuwandeln. Beck bezeichnet diesen Vorschlag als »richtigen Schritt hin zu Restrukturierungsbemühungen« und befürwortet ihn besonders aus dem Grund, da dies nicht mehr zu dem Problem der Überschneidung der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung führt. Eine drohende Zahlungsunfähigkeit zieht eine negative Fortführungsprognose nach sich, was die Kreditwürdigkeit des Unternehmens stark gefährdet und somit auch meist zu einer negativen Fortbestehensprognose führt. Demnach muss ein Überschuldungsstatus zu Liquidationswerten aufgestellt werden, der aber, wie bereits erwähnt, »regelmäßig zum zwingenden Insolvenzantragsgrund der Überschuldung« führe. Das macht den Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit zum Indikator für die Überschuldung, was das ihr zugrunde liegende Antrags-



recht aushebeln würde. Dieses »konfliktreiche ... Nebeneinander dieser beiden Auslösetatbestände« macht das freiwillige Recht zur Antragstellung wertlos. Drukarczyk und Schüler bezeichnen dies als Entwertung des Insolvenztatbestandes der drohenden Zahlungsunfähigkeit »in einem unerwünschten Maße«.

Das provoziert die These, dass ein Wegfall der Überschuldung als Insolvenzantragspflicht in der Praxis nichts ändern würde, da die Geschäftsführung »regelmäßig ohnehin zu spät den Insolvenzantrag stellt«. Lediglich die Frage der Haftung würde entfallen. Die derzeitige Bundesregierung hat im Koalitionsvertrag vereinbart, in der Mitte der Legislaturperiode erneut darüber zu entscheiden, ob der derzeitige Überschuldungsbegriff beibehalten oder ob zu der vorher geltenden Regelung zurück gekehrt werden soll. Die anstehende Diskussion um den Überschuldungsbegriff sollte vom Gesetzgeber dazu genutzt werden, diesen Insolvenztatbestand von Grund auf zu überdenken. Eine ersatzlose Streichung des § 19 InsO hätte kaum praktische Auswirkungen, würde aber zum Entfallen der Haftungsproblematik führen. Im Sinne des der Insolvenzordnung zugrunde liegenden Sanierungsgedankens bietet sich allenfalls als Alternative die Formulierung eines Antragsrechts für den Tatbestand der Überschuldung als Lösungsmöglichkeit an. «