

Der neue insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff

Bei juristischen Personen des privaten Rechts, wie der GmbH, der AG, der Genossenschaft oder dem eingetragenen Verein, bei nicht rechtsfähigen Vereinen sowie bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, bei der keine natürliche Person unbeschränkt haftender Gesellschafter ist (z. B. GmbH & Co. KG) ist die Überschuldung ein Insolvenzantragsgrund.

Durch das Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz) sowie das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) wurde der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff in § 19 Insolvenzordnung (InsO) neu geregelt.

1. Hintergrund

Die weltweite Finanzkrise hat bei vielen Unternehmen zu erheblichen Wertverlusten bei den Aktien und Immobilien geführt damit das Risiko einer bilanziellen Überschuldung erhöht.

Nach bisherigem Recht wären die Geschäftsführer der GmbH (§ 64 (1) GmbHG) trotz positiver Fortführungsprognose spätestens drei Wochen nach Eintritt der Überschuldung verpflichtet gewesen, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Dies galt entsprechend auch für die organschaftlichen Vertreter der AG (§ 92 (2) AktG) der Genossenschaft (§ 99 (1) GenG), der Offene Handelsgesellschaft (§ 130a (1) HGB) und der Kommanditgesellschaft (§ 177a HGB). Mit dem durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz geänderten Überschuldungsbegriff soll den betroffenen Unternehmen eine größere Überlebenschance gegeben werden.

Darüber hinaus kommt es durch das MoMiG zu einer Verlagerung der insolvenzrechtlichen Regelungen aus den jeweiligen Einzelgesetzen in die InsO und zu Änderungen im Eigenkapitalersatzrecht der GmbH, die auch Auswirkungen auf den Überschuldungstatbestand haben.

2. Die Änderungen des § 19 InsO im Einzelnen

2.1. Definition der Überschuldung

Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Maßgebliche Instrumente der Überschuldungsfeststellung waren und sind eine entsprechende Überschuldungsbilanz und eine Fortbestehensprognose.

In der Fortführungsprognose muss aufgrund von betriebswirtschaftlichen Finanz- und Ertragsplanungen über einen Zeitraum von ca. 2 Jahren dokumentiert werden, dass das Unternehmen mittelfristig zahlungsfähig bleibt und positive Betriebsergebnisse ausweist.

Dabei hing es nach **altem Recht** vom Ergebnis der Fortbestehensprognose ab, welches Ansatz- und Bewertungskonzept bei Erstellung der Überschuldungsbilanz zur Anwendung kommt.

Während bei positiver Fortführungsprognose die Vermögenswerte den Verbindlichkeiten unter Ansatz von Wiederbeschaffungs- bzw. Reproduktionswerten (going-concern-Prämisse) gegenübergestellt wurden, waren bei negativer Prognose die fiktiv erzielbaren Verwertungs-

erlöse (Liquidationsprämisse) anzusetzen. Nur sofern sich danach keine rechnerische Überschuldung ergab, bestand keine Insolvenzantragspflicht.

Mit dem **neuen Überschuldungsbegriff** erhält die Fortführungsprognose zusätzliche Relevanz, indem § 19 (2) S. 1, 2. Halbsatz InsO n.F. eine Überschuldung ausschließt, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.

Die Fortführungsprognose bestimmt damit nicht mehr ausschließlich die Bewertung der Unternehmenswerte, sondern kann vielmehr die Insolvenzantragspflicht verhindern. Bei positiver Prognose braucht eine rechnerische Überschuldung nicht mehr geprüft zu werden.

2.2. Behandlung von Gesellschafterdarlehen bei der GmbH

Nach **bisherigem Recht** wurden Darlehen des Gesellschafters, die dieser in einem Zeitpunkt der Gesellschaft überlassen hatte, in denen ein ordentlicher Kaufmann Eigenkapital zugeführt hätte (Krise der Gesellschaft), in sog. eigenkapitalersetzende Darlehen umqualifiziert mit der Folge, dass die Regelungen zur Kapitalerhaltung gem. § 30 (1) GmbHG (Rückzahlungsverbot) Anwendung fanden, soweit das Darlehen verlorenes Stammkapital oder eine über diesen Verlust hinaus bestehende Überschuldung abdeckte.

Wurde über das Gesellschaftsvermögen die Insolvenz eröffnet, so waren die Gesellschafterdarlehen, sofern sie als eigenkapitalersetzend eingestuft wurden, in voller Höhe den übrigen Verbindlichkeiten nachgeordnet, § 39 (1) Nr. 5 InsO a.F.

Nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) hatte dennoch eine Passivierung der eigenkapitalersetzenden Darlehen in der Überschuldungsbilanz zu erfolgen. Eine Ausnahme konnte nur gemacht werden, wenn der betreffende Gesellschafter einen sog. qualifizierten Rangrücktritt erklärt hatte.

Durch das MoMiG wurden die Regelungen zum Eigenkapitalersetzenden Darlehen aufgehoben. Künftig (**neue Regelung**) stellen Gesellschafterdarlehen nicht mehr materielles Eigenkapital dar, sondern sind grundsätzlich als Verbindlichkeit zu behandeln.

In der Neufassung des § 39 (1) Nr. 5 InsO n.F. wird auf das Merkmal eigenkapitalersetzend verzichtet, so dass nun jedes Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz nachrangig gestellt wird.

Nachrangige Verbindlichkeiten sind gleichermaßen wie die übrigen Verbindlichkeiten in die Überschuldungsbilanz aufzunehmen und können damit zu einer Entstehung oder Erhöhung der Überschuldung führen.

Gemäß § 19 (2) S. 2 InsO, der neu ins Gesetz aufgenommen wurde, setzt die Nichterfassung im Überschuldungsstatus voraus, dass der Gesellschafter einen ausdrücklichen Rangrücktritt hinter die nachrangigen Verbindlichkeiten des § 39 (1) InsO vereinbart hat.

Somit ist in Fällen, in denen eine Überschuldungsbilanz aufgrund einer negativen Fortführungsprognose aufzustellen ist, die Rangrücktrittserklärung geeignet, die Überschuldungssituation und folglich den Eintritt der Insolvenzantragspflicht zu vermeiden.

Die neue Regelung gilt allgemein und nicht nur für die GmbH.

3. Anwendung

Der neue Überschuldungsbegriff gilt ab Inkrafttreten des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes am 18. Oktober 2008 befristet bis zum 31. Dezember 2010 für alle Unternehmen, die unter den Insolvenzgrund des § 19 InsO fallen. Ab dem 1. Januar 2011 gilt wieder der alte Überschuldungsbegriff.

Die Regelungen des MoMiG sind am 1. November 2008 in Kraft getreten und gelten unbefristet.

4. Fazit

Die Änderung des § 19 (2) InsO hat zu einer generellen Lockerung der Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung geführt, die sich nicht nur auf Unternehmen des Finanzsektors bezieht. Allerdings gelten die übrigen – und in der Praxis wesentlich relevanteren – Insolvenzantragsgründe, d.h. Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO und drohende Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO, unverändert.

Wird die Beantragung des Insolvenzverfahrens wegen Überschuldung trotz bestehender Krisenanzeichen wegen einer positiven Fortführungsprognose unterlassen, sollte die Prognose in jedem Fall detailliert dokumentiert werden, um Haftungsprobleme des Vertretungsorgans wegen Insolvenzverschleppung zu vermeiden.

Mit dem Wegfall der Regelungen zum eigenkapitaleretzenden Gesellschafterdarlehen entfällt für die Geschäftsführer die unter Umständen schwierige Beurteilung, ob eine Gesellschafterleistung als eigenkapitaleretzend einzustufen ist oder nicht.

Durch Einfügung des Satz 2 in § 19 (2) InsO wurde erstmals eine klare Regelung ins Gesetz eingefügt, die der Geschäftsführung und den Gesellschaftern die Entscheidung, ein Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz zu passivieren, vereinfachen soll und somit Rechtssicherheit schafft. Dies gilt auch in Bezug auf den Inhalt der Rangrücktrittsvereinbarung. Indem auf die gesetzlichen Regelungen Bezug genommen wird, entfallen die in der Vergangenheit verwendeten komplizierten Formulierungen.