

DIE ÜBERSCHULDUNG- EIN ÜBERFLÜSSIGER INSOLVENZTATBESTAND?

Der Überschuldungstatbestand gem. § 19 InsO wird von Kritikern als unpraktikabel erachtet, teils wird sogar für seine Abschaffung plädiert. Dies nicht zuletzt, weil in der Praxis Insolvenzanträge in überwiegendem Maße auf die Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO und kaum auf eine Überschuldung gestützt werden. Trotz der Komplexität einer Überschuldungsprüfung und möglicher Missbrauchsgefahren ist die Prüfung jedoch ein wertvolles Krisenfrüherkennungstool. Der vorliegende Beitrag zeigt ihre Fallstricke auf.

Ein Gastbeitrag von Pascal Trilling

Bei juristischen Personen und ihnen gleichgestellten Personengesellschaften ist die Überschuldung ein Insolvenzantragsgrund. So hat der Schuldner gem. § 15a InsO bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen. Eine 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.

Wechselvolle Historie

Diese aktuell bestehende Überschuldungsdefinition galt bereits zu Zeiten der Konkursordnung und wurde durch Literatur und die BGH-Entscheidung vom 13.7.1992 („Dornier-Fall“; BGHZ 119, 201, 214) geprägt. Nach einer temporären Änderung des Überschuldungsbegriffs im Rahmen des Inkrafttretens der Insolvenzordnung 1999 wurde der Begriff durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.10.2008 in der InsO in seiner jetzigen Fassung festgeschrieben. Rechnerisch überschuldete Unternehmen sollten während der Finanzmarktkrise der Insolvenzantragspflicht entgehen, sofern sie eine positive Fortführungsprognose nachweisen konnten. Ursprünglich war diese Überschuldungsdefinition bis zum 31.12.2010 befristet. Zwischenzeitlich wurde sie bis Ende 2013 verlängert und schlussendlich im November 2012 gänzlich entfristet, weil sie sich in der Praxis bewährt und von Experten in einer von der Bundesregierung in Auftrag gegebenen Studie befürwortet wurde (Drucksache 17/11385, S. 20).

Tatsächlich werden laut Statistischem Bundesamt lediglich circa zwei bis vier Prozent aller Anträge auf Überschuldung gestützt. Eine gewisse Erhöhung ihres Stellenwertes hat die Überschuldung sicherlich durch das ESUG im Zuge des Schutzschirmverfahrens gem. § 270b InsO erfahren. Nunmehr kann der Schuldner bei Vorliegen der drohenden Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung, nicht aber bei Zahlungsunfähigkeit, binnen drei Monaten in Eigenverwaltung einen Sanierungsplan erarbeiten.

Problemkreis 1: Häufigkeit, Zeitpunkt und Reihenfolge der Überschuldungsprüfung

Die geringe Akzeptanz der Überschuldungsprüfung ist auf mehrere Ursachen zurückzuführen. Zum einen ist die Vorgehensweise bei einer Überschuldungsprüfung aufwändig und



Pascal Trilling – Foto: Kanzlei

teilweise von Unklarheiten geprägt. Darüber hinaus unterliegt sie einem hohen Interpretationsspielraum und erfordert ein Hohes Maß an „Ehrlichkeit“ des Schuldners. Eine Insolvenzverschleppung kann bei unsachgemäßer Nutzung die Folge sein.

In Ermangelung gesetzlicher Regelungen ist unklar, wie oft und wann der Schuldner eine Überschuldungsprüfung vornehmen muss. Ist eine Prüfung bereits bei Zweifeln an einer positiven Fortbestehensprognose oder bei Entstehen eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrages vonnöten? Umstritten ist zudem die Prüfungsreihenfolge, d. h. ob zunächst die Fortbestehensprognose und anschließend eine Überschuldungsbilanz (Überschuldungsstatus) zu erstellen ist oder umgekehrt.

Problemkreis 2: Fortbestehensprognose

Eine rein handelsbilanzielle Überschuldung führt nicht automatisch zur Insolvenzantragspflicht. Vielmehr ist die Identifikation einer Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne komplex. Folgt man dem IDW S 11, ist die Prüfung, ob eine Antragspflicht gem. § 19 InsO vorliegt, zweistufig aufgebaut:

1. Tätigen einer Fortbestehensprognose.
Sofern diese negativ ist, erfolgt
2. die Aufstellung eines Überschuldungsstatus.

Der Schuldner kann also per Definition mit einer positiven Fortbestehensprognose eine insolvenzrechtliche Überschuldung abwenden, unabhängig davon, ob sein Unternehmen rechnerisch überschuldet ist. Fällt die Prognose über den Fortbestand des Unternehmens positiv aus, ist das Aufstellen eines Überschuldungsstatus entbehrlich.

Bei einer negativen Fortbestehensprognose und negativem Reinvermögen liegt eine Antragspflicht wegen Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung vor. Ist die Fortbestehensprognose negativ, das Reinvermögen jedoch positiv, liegt (zumindest) eine drohende Zahlungsunfähigkeit und damit ein Antragsrecht des Schuldners vor, wodurch teilweise Überschneidungen zwischen den Tatbeständen offensichtlich werden (Abb. 1).

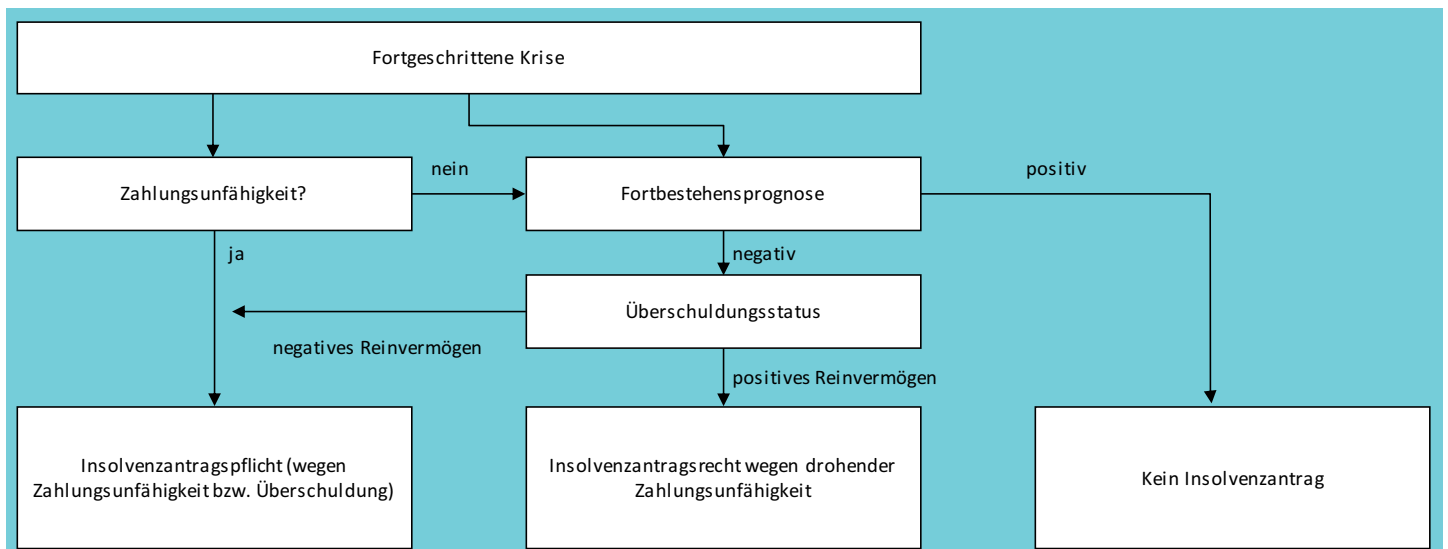
Die je nach Ausgestaltung des Rechnungswesens nicht ohne Weiteres zu erstellende Fortbestehensprognose ist eine reine Zahlungsfähigkeitsprognose. Sie beruht auf Basis eines Unternehmenskonzeptes und des gegebenenfalls auf einer integrierten Planung abgeleiteten Finanzplans.

Sie ist ein wertendes Gesamturteil über die Frage, ob das Unternehmen annahmegemäß in der Lage ist, die im Planungszeitraum – in der Regel das laufende und das folgende Geschäftsjahr – jeweils fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Das heißt, die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit muss wahrscheinlicher sein als der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Das Ausmaß der Krise bestimmt den Detaillierungsgrad der Prognose. Letztere ist bei neu eingetretenen oder sich abzeichnenden Erkenntnissen, die das Werturteil im Ergebnis bzw. in seiner Validität bedeutend verändern, fortzuschreiben.

Aus Gesichtspunkten des Gläubigerschutzes und einer frühzeitigen Sanierung erweisen sich der Begriff der in § 19 InsO genannten „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ und die einer Prognose zwangsläufig innewohnenden Subjektivität bzw. Unsicherheit als problematisch. Gleiches gilt für die Tatsache, dass das positive Urteil über die Lebensfähigkeit des Unternehmens durch den Schuldner gerade noch „hingebogen“ werden kann.

Schuldner haben somit die Möglichkeit, trotz fehlender Haftung, weiter zu Lasten der Gläubiger zu wirtschaften, ohne dass ausreichend Vermögenswerte zur Schuldendeckung vorhanden sind. Dieser immer wiederkehrenden Kritik am prognostischen Element des Tatbestandes kann entgegengehalten werden, dass durch eine positive Fortbestehensprognose grundsätzlich lebensfähige Unternehmen mit tragfähigem Geschäftsmodell vor einer Insolvenz mit etwaiger anschließender Zerschlagung bewahrt werden können.

Abb. 1: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften



Problemkreis 3: Erstellung eines Überschuldungsstatus

Die Erstellung eines Überschuldungsstatus ist aufwändig und von Ansatz- und Bewertungsspielräumen geprägt. Bei einer negativen Fortbestehensprognose ist das Vermögen den Schulden stichtagsbezogen gegenüberzustellen, wobei ein aktueller handelsrechtlicher Jahres- oder Zwischenabschluss als Ausgangspunkt dienen kann. Eine handelsbilanzielle Überschuldung ist in jedem Fall ein Indikator für die Insolvenzreife. In Ermangelung gesetzlicher Grundlagen richten sich Ansatz- und Bewertung im Überschuldungsstatus am Zweck der Überschuldungsprüfung.

Ansatzpflichtig sind alle Vermögenswerte, die einzeln verwertbar sind sowie alle zu bedienenden Verbindlichkeiten. Bilanzielle Rechnungslegungsgrundsätze finden keine Anwendung. Aktiva, die als Kreditsicherheiten fungieren, sind ebenso anzusetzen. Abweichend von der Handelsbilanz sind im Überschuldungsstatus gegebenenfalls Aktiva und Passiva zu berücksichtigen, für die am Bilanzierungsstichtag eine vertragliche Grundlage besteht. Zudem sind die mit der Liquidation verbundenen Kosten wie Sozialplankosten, Vertragsstrafen und Rückzahlungsverpflichtungen sowie steuerliche Aufwendungen zu passivieren.

Aktiva und Passiva sind zu Liquidationswerten zu bewerten, wobei vorrangig vorhandene Marktpreise anzusetzen und, gestützt auf Finanzplanung und Verwertungskonzept, die wahrscheinlichste Verwertungsmöglichkeit zu unterstellen ist. Teils ist auch eine Orientierung an kapitalmarkt- oder kostenorientierten Verfahren gerechtfertigt. Der Grad der Veräußerung der Unternehmensteile sowie der Zeitraum, der für deren Verwertung vorgesehen ist, können die Wertansätze erheblich beeinflussen.

Abweichend von der Handelsbilanz werden für den Überschuldungsstatus etwaige stille Reserven oder Lasten aufgedeckt. Im Handelsrecht geltende Aktivierungsverbote sind irrelevant. Ausstehende Einlagen werden bei Werthaltigkeit aktiviert. Sonstige immaterielle Vermögenswerte unterliegen einer Ansatzpflicht, sofern veräußerlich. Ein originärer oder derivativer Geschäfts- oder Firmenwert kann angesetzt werden, sofern ein Verkauf von Betriebsteilen konkret ist und der Kaufpreis über der Summe der einzelnen Gegenstände des betrieblichen Vermögens liegt. Gesellschaftsrechtlich begründete Ansprüche sowie vertraglich feststehende Ansprüche gegenüber Dritten sind ansatzfähig. Dies gilt auch auf der Passivseite für etwaige sich ergebende Gegenansprüche.

Sofern eine rechtzeitige vertragliche Auflösung realistisch und ein Anspruch auf Rückzahlung vorhanden ist, kann ein aktiver Rechnungsabgrenzungsposten aktiviert werden. Aktive latente Steuern sind grundsätzlich ansatzbar, allerdings wird die Liquidation der Nutzung von Steuervorteilen im Regelfall entgegenstehen. Rückstellungen sind, abweichend vom HGB, nur dann anzusetzen, wenn ernsthaft mit einer Inanspruchnahme des Unternehmens im Rahmen einer Liquidation zu rechnen

ist. Für Pensionsrückstellungen ist grundsätzlich der Wert der Ablösung maßgeblich. Nachrangige Verbindlichkeiten wie z.B. Gesellschafterdarlehen werden passiviert. Selbst ein Rangrücktritt ändert daran nichts. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der Gläubiger die Forderung für den Insolvenzfall erlässt. Das Eigenkapital und sonstige im Rang des § 199 HGB zu bedienende Liquidationsansprüche sind nicht anzusetzen. Genussrechte und stille Einlagen sind zu passivieren, es sei denn, es wurde ein Nachrang gem. § 39 Abs. 2 InsO vereinbart.

Erklärungsversuche

Die Gründe für die geringe Nutzung des Tatbestandes als Eintrittstür für eine Sanierung unter Insolvenzschutz lassen sich aus den Problemkreisen 1 bis 3 ableiten. Zum einen ist die Unkenntnis des Schuldners über die Anforderungen an eine Überschuldungsprüfung zu nennen. Auf § 19 InsO gestützte Drittanträge durch Gläubiger sind mangels ausreichender Informationen fast ausgeschlossen.

Ein weiterer Grund liegt in dem oftmals unzureichenden Rechnungswesen des Schuldners, das für eine rechtzeitige und effiziente Identifikation einer insolvenzrechtlichen Überschuldung nicht ausgelegt ist. Sowohl die aufzustellende Fortbestehensprognose als auch die diffizilen Ansatz- und Bewertungsfragen im Überschuldungsstatus sind insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmen ohne fachkundige Begleitung nicht ohne Weiteres zu erstellen.

Ein dritter Grund für die geringe Relevanz der Überschuldung in der Praxis ist, dass die Prognose über den Fortbestand des Unternehmens nicht selten vom „Prinzip Hoffnung“ geprägt wird. Hierdurch kann, wie deutlich werden sollte, eine insolvenzrechtliche Überschuldung – trotz eines negativen Reinvermögens – durch eine zu optimistische Fortbestehensprognose schlichtweg „umgangen“ werden. Hinzu kommt, dass im Überschuldungsstatus durch teils erhebliche Ansatz- und Bewertungsspielräume mittels „Schönrechnerei“ eine rechnerische Überschuldung zu Lasten der Sanierungschancen und des Gläubigerschutzes vermieden werden kann. Dies geschieht beispielsweise durch den Ansatz eines Firmenwertes im Überschuldungsstatus.

Fazit: Das Ziel des Gesetzgebers, durch die Einführung des Überschuldungsbegriffs in die InsO regelmäßige rechtzeitige Insolvenzanträge und somit frühzeitig Sanierungen unter Insolvenzschutz zu ermöglichen, scheint bisher nicht vollends erreicht. Nach wie vor wird die überwiegende Anzahl der Insolvenzanträge fast ausschließlich bei vorliegender Zahlungsunfähigkeit, d. h. in einem sehr späten Krisenstadium gestellt. Eine Sanierung in der Insolvenz wird wegen des fortgeschrittenen Werteverzehrs erheblich erschwert.

Pascal Trilling – Master of Science Wirtschaftswissenschaften bei der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung. Schwerpunkte: Sanierungskonzepte, betriebswirtschaftliche Anlagen zum Insolvenzantrag.