

Verein zur Förderung des Bilanzrechts

**Fortführungsprognose, Überschuldung und
Haftung
- Aktuelle Fragen und Risiken -**

27.10.2010

Prof. Rolf Rattunde

Rechtsanwalt – Insolvenzverwalter – Notar in Berlin

Fachanwalt für Steuerrecht – Fachanwalt für Insolvenzrecht

Honorarprofessor für deutsches und europäisches Insolvenzrecht
und das Recht der Kreditsicherheiten (HTW Berlin)

LEONHARDT

Rechtsanwälte Insolvenzverwalter Notare

Gliederung

I. Problemaufriss

II. Entwicklung

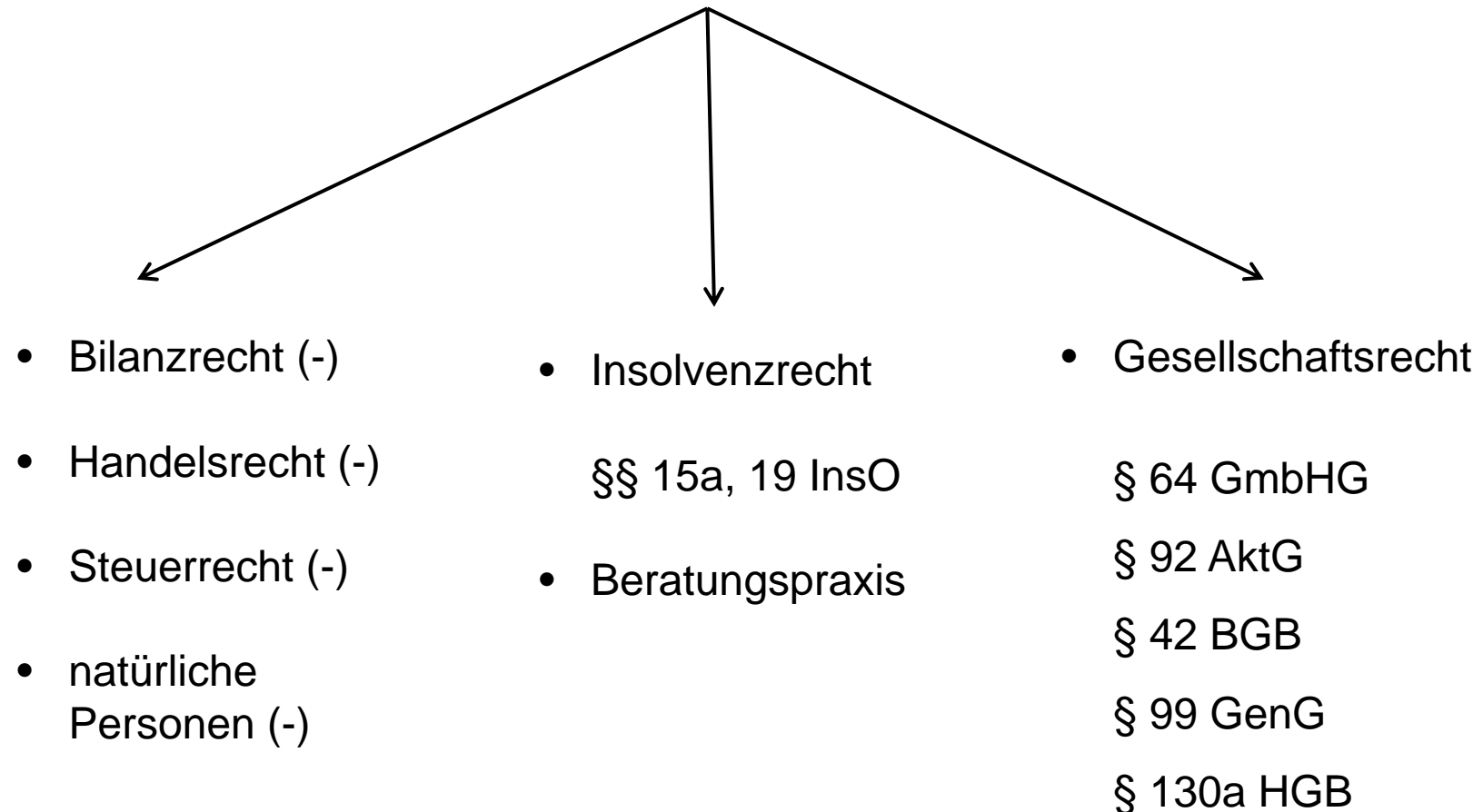
III. Die Bilanz

IV. Die Fortführungsprognose

V. Folgen

I. Problemaufriss

Überschuldung



Fortführungsprognose



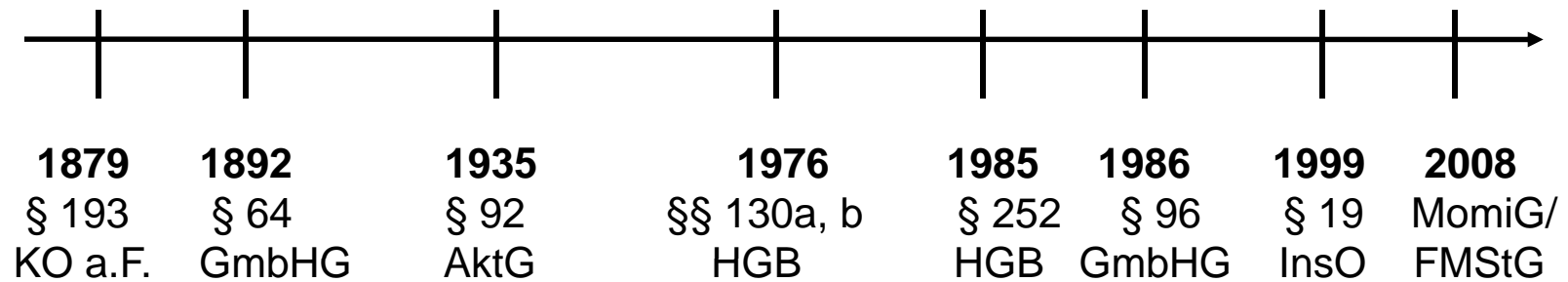
Überschuldung



Haftung

II. Entwicklung

Entwicklung



§ 193 Konkursordnung (in der Fassung von 1876)

Über das Vermögen einer Aktiengesellschaft findet das Konkursverfahren außer dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der **Überschuldung** statt. (...)

heute: § 207 KO

§ 64 GmbHG (in der Fassung von 1892)

- (1) Wird die Gesellschaft zahlungsunfähig, so haben die Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Konkursverfahrens oder die Eröffnung des Vergleichsverfahrens zu beantragen; **entsprechendes gilt, wenn sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergibt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt.**
(...)
- (2) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach der Feststellung der **Überschuldung** geleistet werden. (...)

§ 130 a HGB (in der Fassung von 1972)

- (1) Wird eine Gesellschaft, bei der kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, zahlungsunfähig oder **deckt das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden**, so ist die Eröffnung des Konkursverfahrens oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu beantragen. (...)
- (2) (...)

§ 64 GmbHG (in der Fassung von 1986)

- (1) Wird die Gesellschaft zahlungsunfähig, so haben die Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Konkursverfahrens oder die Eröffnung des Vergleichsverfahrens zu beantragen. **Dies gilt sinngemäß, wenn das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt. (...)**
- (2) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach der Feststellung der **Überschuldung** geleistet werden. (...)

III. Die Bilanz

§ 252 HGB Allgemeine Bewertungsgrundsätze

(1) Bei der Bewertung der im Jahresabschluß ausgewiesenen Vermögensgegenstände und Schulden gilt insbesondere folgendes:

(...)

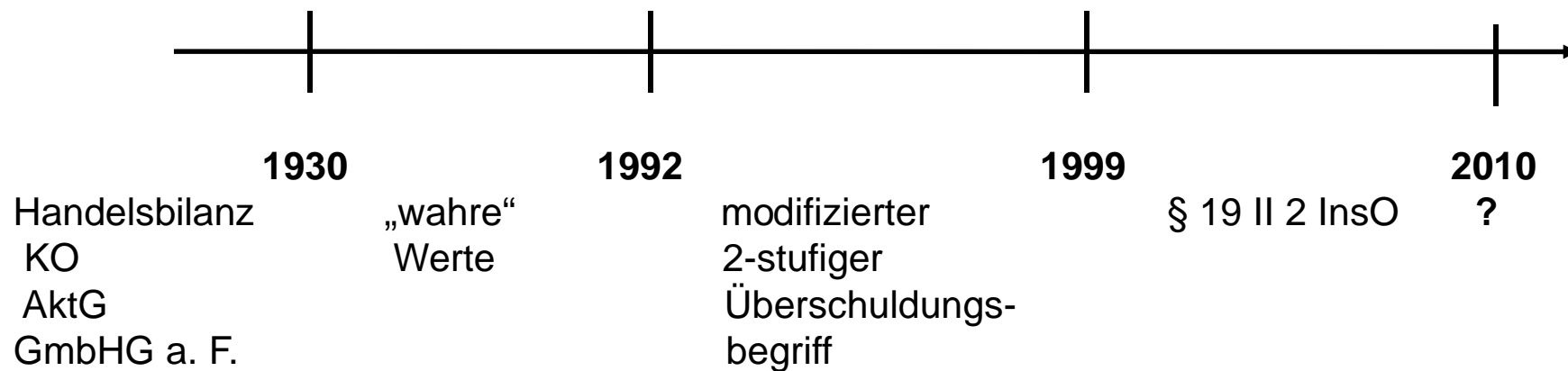
2. Bei der Bewertung ist von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen.

(...)

Bilanz ?

- Handelsbilanz, §§ 252, 266 HGB
- Steuerbilanz, §§ 4 ff. EStG
- Überschuldungsbilanz, § 19 InsO, § 64 GmbHG usw.
- tatsächliche oder
- Rechtliche Gegebenheiten

Überschuldungsbilanzen



„Wahre Werte“

BGH, Urt. v. 08.01.2001 - II ZR 88/99

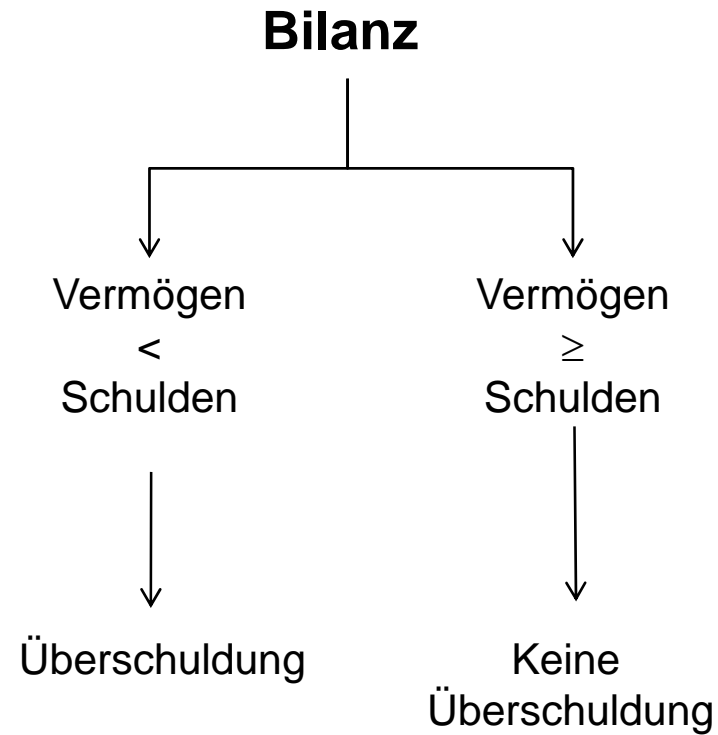
BGH, Urt. v. 07.03.2005 – II ZR 138/03

BGH, Urt. v. 16.03.2009 – II ZR 280/07

Motive zur KO

Bei eingetretener Überschuldung dürfen die Gläubiger nicht darauf verwiesen werden, abzuwarten bis auch eine Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ausbricht. Die Schwierigkeiten, mit denen Gläubiger sonst zu kämpfen haben, um eine Überschuldung ihres Schuldners nachzuweisen, werden durch Veröffentlichung der Bilanzen zufolge Artt. 239, 239 a des Handelsgesetzbuchs gehoben.

Überschuldungsprüfung



Problem des (früheren) Überschuldungsbegriffs

- (kapitalersetzende) Gesellschafterdarlehen
- Fortführungsprognose

Gesellschafterdarlehen

**Früher: Passivierung, außer bei
Rangrücktritt**

BGH, Urt. v. 08.01.01 – II ZR 88/99

BGH, Urt. v. 29.09.08 – ZR 234/07

BGH, Urt. V. 01.03.10 – ZR 13/09

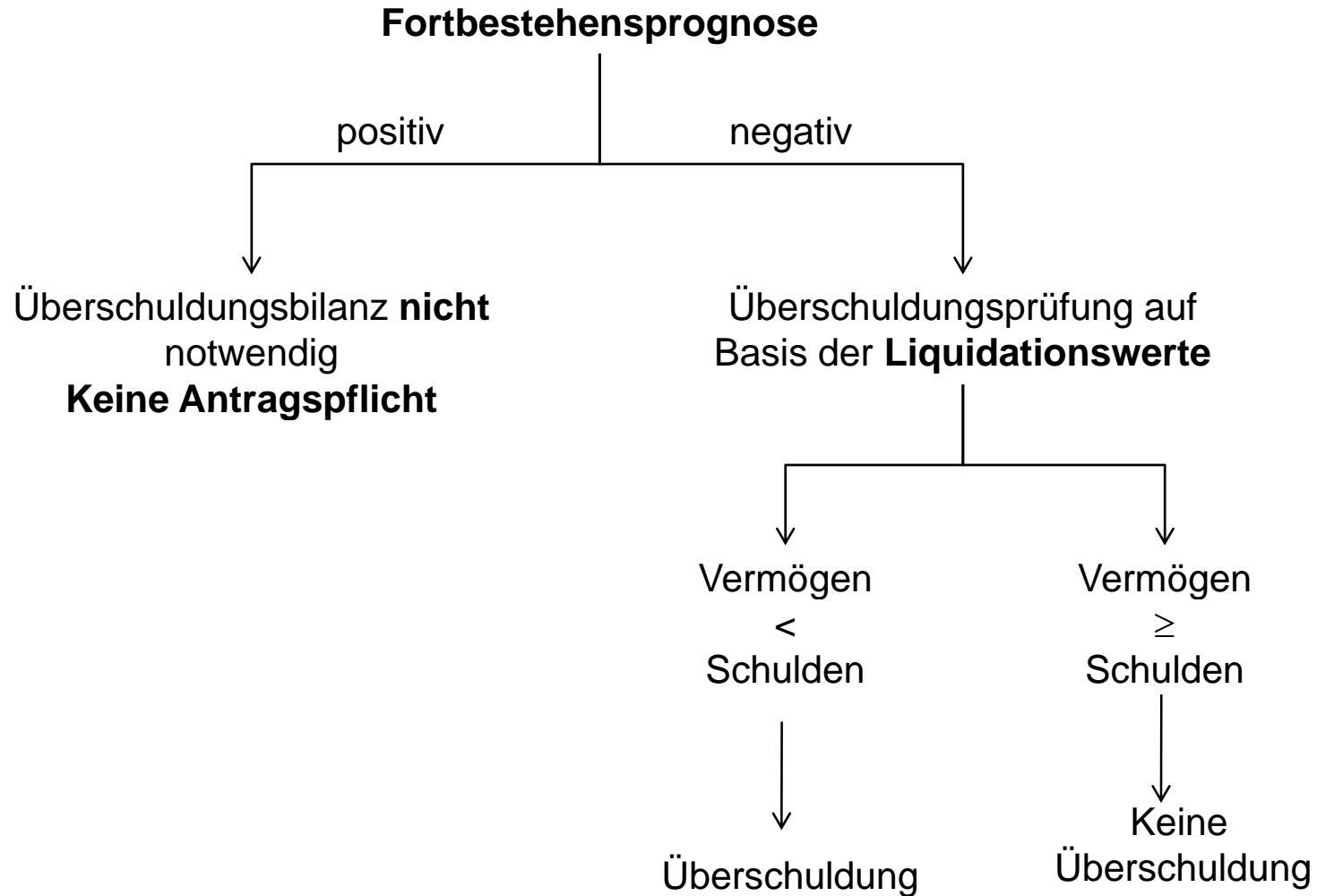
Jetzt: § 39 InsO i.d.F. MoMiG

„ Wüsste man von einem Unternehmen, dass es niemals zahlungsunfähig wird, so gäbe es auch im Falle seiner Überschuldung keinen vernünftigen Grund für das Eingreifen des Insolvenzrechts.“

Karsten Schmidt, AG 1978, 334, 335

**BGH II ZR 269/ 91 vom 13.07.1992 (Dornier)
= BGHZ 119, 201**

modifizierte zweistufige Überschuldungsprüfung, § 64 I 2 GmbHG a. F.



Motive zur InsO (§ 19)

- Dabei ist das vorhandene Vermögen realistisch zu bewerten, damit das Ziel einer rechtzeitigen Verfahrenseröffnung nicht gefährdet wird. Betreibt der Schuldner ein Unternehmen, so dürfen nur dann Fortführungswerte angesetzt werden, wenn die Fortführung des Unternehmens beabsichtigt ist und das Unternehmen wirtschaftlich lebensfähig erscheint; andernfalls sind die Werte zugrunde zu legen, die bei einer Liquidation des Unternehmens zu erzielen wären. Eine positive Prognose für die Lebensfähigkeit des Unternehmens – die leicht vorschnell zugrunde gelegt wird – darf die Annahme einer Überschuldung noch nicht ausschließen; sie erlaubt nur, wenn sie nach den Umständen gerechtfertigt ist, eine andere Art der Bewertung des Vermögens.

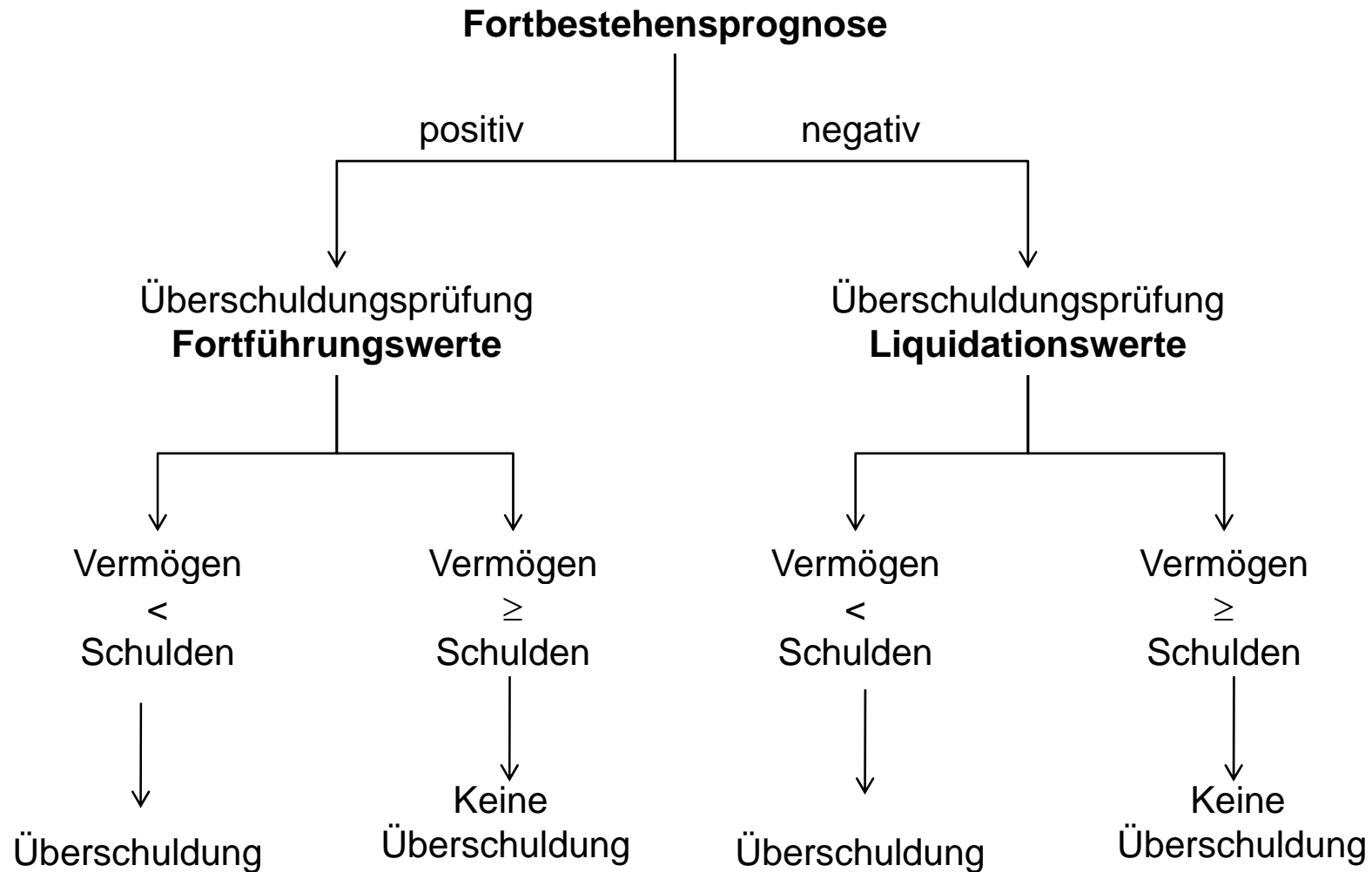
- Die Insolvenzordnung weicht damit entschieden von der Auffassung ab, die in der Literatur vordringt und der sich kürzlich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen hat (BGHZ 119, 201, 214). Wenn eine positive Prognose stets zu einer Verneinung der Überschuldung führen würde, könnte eine Gesellschaft trotz fehlender persönlicher Haftung weiter wirtschaften, ohne daß ein die Schulden deckendes Kapital zur Verfügung steht. Dies würde sich erheblich zum Nachteil der Gläubiger auswirken, wenn sich die Prognose – wie in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall – als falsch erweist.

- Die Formulierung der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ einer Fortführung ist der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs entnommen. Sie soll zum Ausdruck bringen, daß die Fortführung nach den Umständen wahrscheinlicher ist als die Stilllegung. [...] Auf der Passivseite des Überschuldungsstatus sind auch die nachrangigen Verbindlichkeiten im Sinne des § 39, z. B. Zahlungspflichten aus kapitaleretzenden Darlehen, zu berücksichtigen.

§ 19 InsO Überschuldung (in der Fassung vom 01.01.2000 bis 17.10.2008)

- (1) Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund.
- (2) ¹Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.²**Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.
- (3) ¹Ist bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit (...)

Zweistufige Überschuldungsprüfung, § 19 InsO a. F.



- **Fortführungswert**

Teilwert, fortgeschriebener Wiederbeschaffungswert

- **Zerschlagungswert**

Veräußerung (Versteigerung) abzüglich Kosten und UmSt

Motive zum FMStG

- Die gegenwärtige Finanzkrise hat zu erheblichen Wertverlusten insbesondere bei Aktien und Immobilien geführt. Dies kann bei Unternehmen, die von diesen Verlusten besonders massiv betroffen sind, zu einer bilanziellen Überschuldung führen. Können diese Verluste nicht durch sonstige Aktiva ausgeglichen werden, so wären die Organe dieser Unternehmen verpflichtet innerhalb von drei Wochen nach Eintritt dieser rechnerischen Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Dies würde selbst dann gelten, wenn für das Unternehmen an sich eine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann und der Turnaround sich bereits in wenigen Monaten abzeichnet.

- Nach dem Überschuldungsbegriff des geltenden Rechts bewirkt eine positive Fortführungsprognose lediglich, dass die Aktiva des Unternehmens nicht nach Liquidations- sondern nach Fortführungswerten zu bestimmen sind. Gelingt es jedoch dem Unternehmen nicht, auch unter Einbeziehung der stillen Reserven, des Firmenwertes und des „good will“ eine ausgeglichene Bilanz darzustellen, so ist zwingend ein Insolvenzantrag zu stellen (vgl. § 64 Abs. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG).

- Der Gesetzentwurf will das ökonomisch völlig unbefriedigende Ergebnis vermeiden, dass auch Unternehmen, bei denen die überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie weiter erfolgreich am Markt operieren können, zwingend ein Insolvenzverfahren zu durchlaufen haben. Deshalb wird mit dem neuen § 19 Abs. 2 wieder an den sog. zweistufigen modifizierten Überschuldungsbegriff angeknüpft, wie er vom Bundesgerichtshof bis zum Inkrafttreten der Insolvenzordnung vertreten wurde (vgl. BGHZ 119, 201, 214). Dieser Überschuldungsbegriff hatte den Vorteil, dass das prognostische Element (Fortführungsprognose) und das exekutorische Element (Bewertung des Schuldnervermögens nach Liquidationswerten) gleichwertig nebeneinander standen. Bereits eine positive Fortführungsprognose schloss somit eine Überschuldung im Sinne des § 19 aus. Künftig wird es deshalb wieder so sein, dass eine Überschuldung nicht gegeben ist, wenn nach überwiegender Wahrscheinlichkeit die Finanzkraft des Unternehmens mittelfristig zur Fortführung ausreicht.

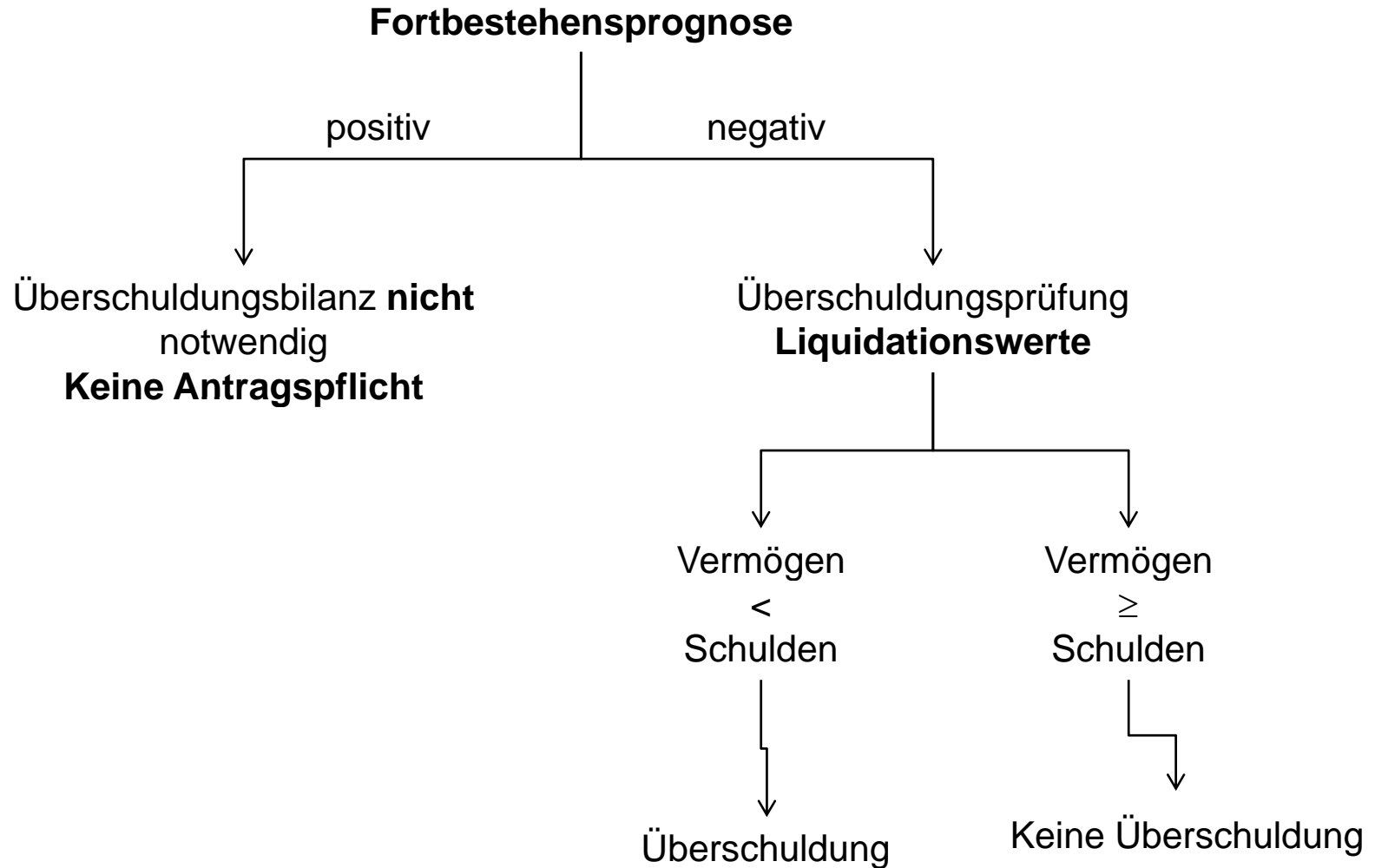
§ 19 InsO Überschuldung (in der Fassung vom 18.10.2008 bis 31.10.2008)

- (1) Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund.

- (2) 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.**

- (3) (...)

modifizierte zweistufige Überschuldungsprüfung, § 19 InsO n. F.



§ 19 InsO Überschuldung (in der Fassung 01.11.2008 – 31.12.2013)

- (1) Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund.
- (2) 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.** Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.
- (3) (...)

§ 19 InsO Überschuldung (in der Fassung ab dem 01.01.2014)

- (1) Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund.
- (2) 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.** Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.
- (3) (...)

IV. Fortführungsprognose

Fortführungsprognose, FAR 1/96 (IDW)

- nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich
- Ermittlung der künftigen Zahlungsfähigkeit, IDW PS 800
- wenn Fortführung (+), dann § 19 (-), keine Überschuldungsprüfung notwendig
- wenn Fortführung (-), Überschuldungsprüfung notwendig

Grundanforderungen an eine Fortführungsprognose

- Unternehmenskonzept mit Plan-Ergebnis-Rechnung, Plan-Bilanz und Finanzplan
- Unternehmen mit seinen Ressourcen beschreiben
- Rückgriff auf „bestmögliche Annahmen“ künftigen Entwicklungen
- Verarbeitung der Rahmenbedingungen mit Hypothesen („Wenn-Dann-Aussagen“)

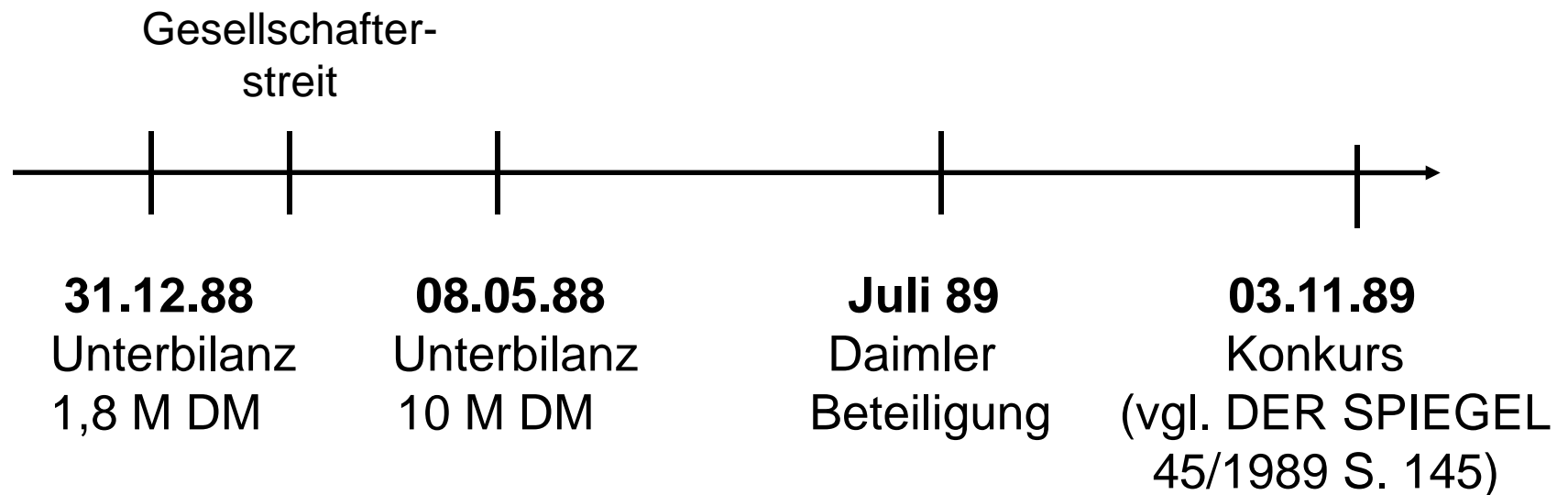
Für die Beurteilung einer Fortbestehensprognose kommt es nicht auf nachträgliche Erkenntnisse an, sondern auf die damalige Sicht eines sorgfältig handelnden Geschäftsführers.

BGH II ZR 292/91 v. 6.6.1994

Prognosezeitraum

- IDW: laufendes und nächstes Geschäftsjahr
- K. Schmidt: „Die Prognose muss vielmehr so aussehen, dass auch noch nach Ablauf dieser mittelfristigen Phase die Überlebensprognose gegeben ist.“
in: Der Betrieb 2008, Heft 45, S. 2467
- BGH II ZR 269/91 v. 13.07.1992 (Dornier)
- FMStG: „wenige Monate“, mittelfristig
- IDW PS 800: sechs Monate für Zahlungsfähigkeit

BGH II ZR 269/91 vom 13.07.1992



Also: Positiv, wenn

- angemessener Planungszeitraum
je nach Branche 3-12 Monate
- plausibel, konsistent
- Erfahrungswerte
- Kein k.o.-Kriterium

V. Folgen

Beweislast

BGH, Urt. v. 02.04.01 – II ZR 261/99 (Zivilrecht)

BGH, Urt. v. 14.01.03 – 4 StR 336/02 (Strafrecht)

Wahrscheinlichkeit/ Überzeugung

- BGH, Urteil vom 17. 2. 1970 - III ZR 139/67 (Anastasia)
- BGH VI ZR 232/88 v. 28.3.1989

„Sofern die Beweiswürdigung nachvollziehbar und frei von Gedankenfehlern ist, bedarf es keiner weiteren Kontrolle des Ergebnisses anhand von Wahrscheinlichkeitsrechnungen unter Zugrundelegung des sogenannten Bayes´schen Theorems“

§ 15a InsO Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

(1) ¹Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Insolvenzantrag zu stellen. ²Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist; dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(2) Bei einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 gilt Absatz 1 sinngemäß, wenn die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter ihrerseits Gesellschaften sind, bei denen kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

(3) Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ist auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2 oder Absatz 2 oder Absatz 3, einen Insolvenzantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt.

(5) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 4 fahrlässig, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

zivilrechtliche Haftung der Organe

- Schadensersatz gem. § 15a I InsO i. V. m. 823 II BGB
- **BGH, Urteil vom 27. 4. 2009 - II ZR 253/07**
- Haftung des Aufsichtsrates
BGH, Urteil vom 16.03.09 – II ZR 280/07

§ 64 GmbHG

Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 43 Abs. 3 und 4 entsprechende Anwendung

Haftung des Beraters

Zivilrecht

Vertrag

Unerlaubte Handlung (§§ 823, 830, 840 BGB)

Vertrag zugunsten Dritter

Strafrecht

§ 15a InsO i. V. m. §§ 26, 27 StGB

§§ 283 ff. StGB i. V. m. §§ 26, 27 StGB

Einen schönen Tag wünscht Ihnen

Prof. Rolf Rattunde

Rechtsanwalt – Insolvenzverwalter - Notar in Berlin
Fachanwalt für Steuerrecht - Fachanwalt für Insolvenzrecht
Honorarprofessor für deutsches und europäisches Insolvenzrecht
und das Recht der Kreditsicherheiten an der HTW Berlin

L e o n h a r d t

Rechtsanwälte Insolvenzverwalter Notare

Kurfürstendamm 26a, 10719 Berlin

Telefon: +49 (0) 30 885 90 3-0,

wissenschaft@leonhardt-rechtsanwaelte.de

www.leonhardt-rechtsanwaelte.de