

***Prof. Dr. Reinhard Bork***

RiOLG a. D.

Lehrstuhl für Zivilprozess- und Allgemeines Prozessrecht  
der Universität Hamburg

Professor for International Insolvency Law  
an der Radboud University Nijmegen, NL

## **Gutachten**

zum Stand der Diskussion um den Überschuldungstatbestand

und

zum Vorschlag einer Rückkehr zum Überschuldungstatbestand von 1999

erstattet

im Auftrag

der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht & Sanierung

im Deutschen Anwaltverein

im September 2019

## Gliederung

<b>EINFÜHRUNG.....</b>	<b>1</b>
<b>STELLUNGNAHME.....</b>	<b>3</b>
A. BEDEUTUNG UND ENTWICKLUNG DES ÜBERSCHULDUNGSTATBESTANDES .....	3
I. <i>Hintergründe und Normzwecke bei Einführung in die KO</i> .....	3
1. Ausgleich für fehlende Gesellschafterhaftung .....	4
2. Vorverlagerung der materiellen Insolvenz .....	4
3. Disziplinierung der Organe .....	5
4. Ergebnis zu I. ....	5
II. <i>Überschuldungsbegriff unter Geltung der KO: Entwicklung zum modifiziert zweistufigen Begriff</i> .....	6
1. „Herkömmlich zweistufiger Begriff“ .....	7
2. „Modifiziert zweistufiger Begriff“ .....	8
III. <i>Abkehr vom modifiziert zweistufigen Begriff durch die InsO</i> .....	9
IV. <i>Rückkehr zum modifiziert zweistufigen Begriff im Zuge des FmStG</i> .....	11
V. <i>Ergebnis zu A.</i> .....	11
B. DERZEITIGER MEINUNGSSTAND.....	13
I. <i>Grundsätzliche Kritik am Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung</i> .....	13
1. Kritikpunkte .....	13
a) Bedeutungslosigkeit.....	13
b) Fehlergebnisse .....	14
c) Fehlende Praktikabilität und Justiziabilität .....	15
2. Reformvorschläge.....	16
II. <i>Kritik an der modifiziert zweistufigen Prüfung nach geltendem Recht</i> .....	16
1. Keine Erreichung der Ziele des FmStG .....	17
2. Verspätete Anträge .....	18
3. Hohe Bedeutung der Prognose.....	19
4. Überschneidung mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit .....	20
5. Aushebelung des gläubigerschützenden Systems im Kontext der Haftungsbeschränkung.....	21
III. <i>Reformbedarf im Zuge der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie</i> .....	23
1. Harmonisierung der Insolvenzeröffnungsgründe in Europa .....	23
2. Kollision des Anwendungsbereichs der Restrukturierungsrichtlinie mit dem Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung.....	24
C. LÖSUNGSANSATZ: RÜCKKEHR ZUM HERKÖMMLICHEN MODELL .....	29
I. <i>Abschaffung des Überschuldungstatbestands</i> .....	29
1. Gläubigerschutz und rechtzeitige Verfahrenseröffnung .....	30
2. Ordnungs- und Disziplinierungsfunktion.....	31

### III

3. Gesellschaftsrechtlicher Kapitalschutz .....	33
4. Keine europarechtliche Gebotenheit .....	33
a) Rechtsvergleichende Überlegungen.....	33
b) Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie .....	35
5. Keine sinnvollen Alternativen .....	36
<i>II. Zur Kritik am herkömmlichen Verständnis .....</i>	<i>37</i>
1. Geäußerte Kritik am herkömmlichen Begriff .....	37
2. Widerlegung .....	38
<i>III. Vorteile der herkömmlichen Methode.....</i>	<i>42</i>
1. Frühere Verfahrenseröffnung und bessere Sanierungschancen .....	43
2. Schlüssiges Gesamtsystem der Zugangsvoraussetzungen und -hürden .....	43
a) Unterschiedliche Bezugspunkte der Antragsgründe gem. §§ 18 f. InsO.....	43
b) Vereinbarkeit mit den Zielen der InsO .....	44
c) Zweckentsprechendes Gesamtsystem der Zugangsvoraussetzungen und -hürden.....	44
d) Ergebnisgerechte Interferenzen zwischen präventivem Restrukturierungsrahmen und Insolvenzverfahren.....	47
e) Kein systematischer Bruch bei Nachlassinsolvenzen .....	48
3. Verhältnis zum Gesellschaftsrecht.....	48
4. Geringere Manipulationsmöglichkeit und höhere Justiziabilität.....	49
5. Keine Ausnahmen nötig.....	49
D. GESAMTERGEBNISSE .....	51

## Einführung

Der zwingende Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung ist bereits seit seiner Einführung zu Zeiten der Konkursordnung Gegenstand stetiger Diskussionen. In den letzten Jahren unterlag er sowohl durch Einflüsse von Literatur und Rechtsprechung als auch – und vor allem – durch gesetzgeberische Neujustierungen einem regen Wandel. Dabei blieb nicht nur die genaue Definition des insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestandes bis zuletzt umstritten; auch Forderungen nach einer gänzlichen Abschaffung sind nie verstummt.

Spätestens im Zuge der Verhandlungen über die europäische Restrukturierungsrichtlinie<sup>1</sup> ist die Diskussion um die Bedeutung des Insolvenzeröffnungsgrundes der Überschuldung wieder in den Fokus insolvenzrechtlicher Auseinandersetzungen geraten. Die die amtierende Bundesregierung tragenden Parteien haben in ihrem Koalitionsvertrag verlauten lassen, noch in dieser Legislaturperiode die Insolvenzantragspflichten im Lichte der europäischen Vorgaben zum Restrukturierungs- und Insolvenzrecht reformieren zu wollen.<sup>2</sup> Angesichts der Notwendigkeit, sich über die Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie in das nationale Recht Gedanken zu machen, wird nunmehr vor allem das Verhältnis des Anwendungsbereichs des von der Restrukturierungsrichtlinie vorgesehenen präventiven Restrukturierungsrahmens zum Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung in den Blick genommen und in der Literatur als Aufhänger erneuter grundlegender Diskussionen genutzt. Das Meinungsspektrum reicht dabei von der völligen Abschaffung dieses Eröffnungsgrundes<sup>3</sup> über die Abschaffung der Antragspflicht bei Eintreten der Überschuldung<sup>4</sup> bis hin zur Beibehaltung des Status quo.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), AmtsBl. EU L 172/18.

<sup>2</sup> Zeile 1851 f., 6204 f. des Koalitionsvertrags „Ein neuer Aufbruch für Europa - Eine neue Dynamik für Deutschland - Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, abrufbar unter [https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag\\_2018.pdf?file=1](https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1) (zuletzt abgerufen am 26. September 2019).

<sup>3</sup> Nachweise unten in Fn. 93 f. und 175 f.

<sup>4</sup> Nachweise unten in Fn. 96 f.

<sup>5</sup> Zuletzt u. a. *Thole*, KTS 2019, 289, 301 ff. Weitere Nachweise unten in Fn. 191 ff.

Viel zu kurz kommt dabei die grundsätzlichere Frage, ob nicht die Gelegenheit genutzt werden sollte, wieder zum ursprünglichen Gesetzestand und damit zum sog. „herkömmlich zweistufigen Überschuldungstatbestand“<sup>6</sup> zurückzukehren.<sup>7</sup> In der vorliegenden Ausarbeitung soll in der Tat die These vertreten werden, dass gerade die infolge der Restrukturierungsrichtlinie erforderliche Abgrenzung zwischen Insolvenz und vorinsolvenzlicher Krise dafür spricht, strengere Maßstäbe anzulegen.

Man bedarf keiner hellseherischen Fähigkeiten, um dieser These erheblichen Widerstand vorauszusagen, aber das sollte nicht davon abschrecken, sie jedenfalls zur Diskussion zu stellen. Das mag zumindest den Blick für die Funktion des Überschuldungstatbestandes schärfen und dazu beitragen, die Auseinandersetzung um Sinn und Unsinn des § 19 InsO weniger interessengeleitet und mehr normativ zu führen. Sicher haben Existenz und Definition des Überschuldungstatbestandes marktregulatorische Effekte auch für die beteiligten Berufsträger – ein eher strenger Überschuldungstatbestand spielt mehr den „Verwaltern“, ein eher milder (oder gar abgeschaffter) Tatbestand mehr den „Sanierern“ in die Hände. Es kann indessen bei einer solchen legislatorischen Aufgabe nicht um Marktverteilungskämpfe zwischen Verwaltern und Sanierern gehen, sondern in erster Linie nur darum, mit welchen Auslösetatbeständen man innerhalb eines stimmigen Regimes den ökonomischen Fall der Insolvenz am besten abbildet und damit der Ordnungs- bzw. Marktausscheidungsfunktion des Insolvenzrechts<sup>8</sup> am besten Rechnung trägt.

---

<sup>6</sup> Dieser wird auch häufig als „dreistufiger“ Überschuldungstatbestand bezeichnet; vgl. die Nachweise unten in Fn. 40. Zur Vermeidung terminologischer Unklarheiten bleibe ich im Folgenden durchweg bei der oben im Text gewählten Bezeichnung.

<sup>7</sup> Vgl. vorerst die unten in Fn. 100 Genannten.

<sup>8</sup> Dazu zuletzt *Heese*, JZ 2018, 179, 180 f.; *Korch*, ZHR 182 (2018), 440, 443 ff.; *Madaus*, Festschrift für Wimmer, 2017, S. 446, 448 f.; *Thole*, KTS 2019, 289, 290; vgl. auch *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 9. Aufl. 2019, Rdnr. 4.

## Stellungnahme

Die vorstehend beschriebene Aufgabe erfordert zunächst eine (überblicksartige) Einführung in die Zwecke und Hintergründe des Überschuldungstatbestandes sowie eine Nachzeichnung seiner historischen Entwicklung. Diesem notwendigen Hintergrundwissen widmet sich der erste Abschnitt (A.), bevor in einem weiteren Teil der aktuelle Meinungsstand in der Literatur auch und gerade unter Berücksichtigung der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie nachgezeichnet wird (B.). Anschließend wird erörtert, inwieweit eine Rückkehr zum Überschuldungsbegriff der frühen Insolvenzordnung die im derzeitigen Recht monierten Anwendungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten zu beseitigen geeignet ist (C.). Die Untersuchung schließt mit einer kurzen Zusammenfassung der Ergebnisse (D.).

### A. Bedeutung und Entwicklung des Überschuldungstatbestandes

Im folgenden Abschnitt werden zunächst die Hintergründe der Einführung der Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund (I.) und sodann überblicksartig die Entwicklung des Überschuldungstatbestandes seit seiner Einführung in die Konkursordnung dargelegt, wobei sich der Aufbau am historischen Ablauf orientiert (II.-IV.).

#### I. Hintergründe und Normzwecke bei Einführung in die KO

Es ist aus heutiger Sicht etwas überraschend, dass bei einer historischen Rückschau<sup>9</sup> festzustellen ist, dass im gemeinen Recht bis hin zur Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793 nicht etwa die Zahlungsunfähigkeit, sondern die Überschuldung der einzige und allgemeine Insolvenzgrund war.<sup>10</sup> Das blieb so in der Preußischen Konkursordnung von 1855, die nur für Kaufleute auf die Zahlungseinstellung abstellte.<sup>11</sup> Erst die Konkursordnung von 1877 sah in § 102 als allgemeinen Verfahrenseröffnungsgrund ausschließlich die Zahlungsunfähigkeit vor. Lediglich für die Aktiengesellschaft wurde zusätzlich die Überschuldung als Verfahrenseröffnungsgrund

---

<sup>9</sup> Eine gute Zusammenfassung findet sich bei *Piekenbrock*, KTS 2017, 333, 340 ff.; ausf. auch *Klein*, Grundlagen des insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestands, 2019, S. 21 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Bd. I, 50. Titel § 1 AGO.

<sup>11</sup> §§ 319, 113 Abs. 1 PrKO.

aufgenommen. Aus den Gesetzesmaterialien lassen sich dazu folgende Normzwecke herausdestillieren.<sup>12</sup>

## 1. Ausgleich für fehlende Gesellschafterhaftung

Umschrieben wurde dieser Eröffnungstatbestand in den Materialien damit, dass „das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr so viel beträgt, daß dasselbe die Schulden deckt“<sup>13</sup>. Begründet wurde dies damit, dass die Gläubiger der Aktiengesellschaft ausschließlich auf das Vermögen derselben angewiesen seien, was eine bilanzielle Schuldendeckungskontrolle erfordere.<sup>14</sup> Wenn den Gläubigern nur ein beschränktes Vermögen als potentielle Haftungsmasse zur Verfügung stehe, sollte zumindest der Bestand der Haftungsmasse im Gläubigerinteresse geschützt werden.<sup>15</sup> Denn in dem Moment, in dem die Verbindlichkeiten das Vermögen überschritten, fielen weitere Verluste nicht mehr den Eigentümern, sondern den Gläubigern des Unternehmens zur Last.<sup>16</sup> Die Einführung des verschärften Insolvenzeröffnungsgrundes kann also zunächst als Ausgleich für die fehlende persönliche Haftung bei der Aktiengesellschaft wahrgenommen werden.<sup>17</sup> Damit ergänzte sie den mit den gesellschaftsrechtlichen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften bewirkten Gläubigerschutz<sup>18</sup> und stellte sich zunächst als zentrales Element des präventiven Gläubigerschutzes dar.<sup>19</sup>

## 2. Vorverlagerung der materiellen Insolvenz

In den Gesetzesmaterialien findet sich die Bemerkung, die Gläubiger sollten bei eingetretener Überschuldung einer Aktiengesellschaft nicht darauf verwiesen sein, abzuwarten, bis auch eine Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist.<sup>20</sup> Ersichtlich

<sup>12</sup> Ausf. dazu auch *Klein* (Fn. 9), S. 13 ff.

<sup>13</sup> *Hahn*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 1881, S. 390.

<sup>14</sup> Vgl. *Hahn* (Fn. 13), S. 390.

<sup>15</sup> Berliner Kommentar Insolvenzrecht (= BerlKomm.)-*Humberg*, 70. Lfg. Juli 2019, § 19 Rdnr. 9, 10.

<sup>16</sup> *Frystatzki*, NZI 2011, 521.

<sup>17</sup> Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht (= HambKomm.)-*Schröder*, 7. Aufl. 2019, § 19 Rdnr. 2.

<sup>18</sup> *Schäfer*, Der Eröffnungsgrund der Überschuldung, 2012, S. 263 f.; siehe auch BGHZ 126, 181, 197.

<sup>19</sup> Vgl. HambKomm.-*Schröder* (Fn. 17), § 19 Rdnr. 2; K. Schmidt-K. *Schmidt*, InsO, 19. Aufl. 2016, § 19 Rdnr. 2. *Lüer* (Festschrift Hütter, 2010, S. 603, 612 f.) hält dieses Argument hingegen für überkommen: Der rechtspolitische Ansatz liege allein in der früheren Verfahrenseröffnung und Vermeidung masseloser Verfahren.

<sup>20</sup> Vgl. *Hahn* (Fn. 13), S. 390.

ging der Gesetzgeber also davon aus, dass dieser Zustand zeitlich vor der Zahlungsunfähigkeit eintrete<sup>21</sup> und dass diese zeitliche Vorverlagerung wegen der Haftungsbeschränkung und des damit einhergehenden höheren Gläubigerrisikos erwünscht sei.<sup>22</sup> Diese zeitliche Vorverlagerung der juristisch definierten materiellen Insolvenz und damit auch der Insolvenzantragspflicht lässt sich als zweite Funktion des Überschuldungstatbestandes begreifen.

### 3. Disziplinierung der Organe

Nicht ausdrücklich in den Materialien enthalten ist eine weitere dem Überschuldungstatbestand von der rechtswissenschaftlichen Literatur bald zugewiesene Aufgabe: die sog. „Disziplinierungsfunktion“<sup>23</sup> für die Organe der haftungsbeschränkten Gesellschaften. Der haftungs- und strafbewehrte Insolvenzantragsgrund wirke als Veranlassung für die Organe der Gesellschaften zu einer stetigen vorausschauenden Prüfung der weiteren Überlebenseaussichten der Gesellschaft.<sup>24</sup>

### 4. Ergebnis zu I.

Damit lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber dem Überschuldungstatbestand ursprünglich drei Funktionen beimaß: Ausgleich fehlender Gesellschafterhaftung, Vorverlagerung der materiellen Insolvenz und Disziplinierung der Organe. Diese grundsätzlichen Zwecke sind bei der näheren Betrachtung und Beurteilung des Überschuldungstatbestandes im Gedächtnis zu behalten, da sie allein die zeitliche Vorverlagerung der Insolvenzantragspflicht bei haftungsbeschränkten Gesellschaften rechtfertigen.

---

<sup>21</sup> Vgl. *Drukarczyk*, Festschrift Moxter, 1994, S. 1231, 1234; Kübler/Prütting/Bork-Pape, 81. Lfg., Stand August 2019, § 19 Rdnr. 1; Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung (= MünchKomm.InsO)-*Drukarczyk/Schüler*, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 19 Rdnr. 5.

<sup>22</sup> *Drukarczyk*, ZInsO 2017, 61.

<sup>23</sup> Vgl. *Beck/Brucklacher*, Festschrift Wellensiek, 2011, S. 5, 11; *Schäfer* (Fn. 18), S. 263.

<sup>24</sup> *Groß*, Festschrift Wellensiek, 2011, S. 22, 23.



## II. Überschuldungsbegriff unter Geltung der KO: Entwicklung zum modifiziert zweistufigen Begriff

Die Konkursordnung hatte den Tatbestand der Überschuldung nicht definiert. In § 92 Abs. 2 S. 2 AktG und § 64 Abs. 1 S. 2 GmbHG a.F. war der Tatbestand ähnlich wie in den Gesetzgebungsmaterialien zur Konkursordnung als Unterdeckung des Vermögens gegenüber den Verbindlichkeiten umschrieben. Dies entsprach dem Wortlaut nach einer rein bilanziellen Überschuldungsmessung.<sup>25</sup>

In der Rechtswissenschaft konnte sich diese rein rechnerische Betrachtung jedoch nicht durchsetzen.<sup>26</sup> Aus der „präventiven Funktion“<sup>27</sup> der Insolvenzgründe „als Indikatoren tatsächlicher Insolvenzreife“<sup>28</sup> wurde gefolgert, dass der Begriff auch dynamische Elemente enthalten müsse. Es entwickelte sich ein breiter Konsens, dass die konkursrechtliche Überschuldung nicht mit einer rein rechnerischen Überschuldung gleichgesetzt werden könne, sondern dass eine eigenständige Begriffsbestimmung notwendig sei, die auch die prognostische Ertragsfähigkeit des Unternehmens in absehbarer Zukunft berücksichtige,<sup>29</sup> da die Insolvenzantragspflicht nur dann gerechtfertigt werden könne, wenn die Gläubigeransprüche wirklich gefährdet seien.<sup>30</sup> Andernfalls käme es zu einem verfrühten Verfahren, wodurch Werte erst vernichtet würden.<sup>31</sup>

Hierbei setzten sich insbesondere zwei Strömungen durch, die jeweils neben der rechnerischen Überschuldung (sog. exekutorisches Element<sup>32</sup>) ein zweites, sog. prognostisches Element<sup>33</sup> vorsahen, das als „Fortbestehens-“<sup>34</sup> bzw. als „Fortführungsprognose“<sup>35</sup> be-

<sup>25</sup> K. Schmidt-K. Schmidt (Fn. 19), § 19 Rdnr. 3.

<sup>26</sup> Anderer Ansicht nur Meyer-Cording, ZIP 1989, 485, 487; Wackerbarth, NZI 2009, 145 ff.; jüngst auch Neuberger, ZIP 2019, 1549 ff. Ausführlich zu den Gegenargumenten K. Schmidt, ZIP 2013, 485, 490 m.w.N.

<sup>27</sup> K. Schmidt-K. Schmidt (Fn. 19), § 19 Rdnr. 3.

<sup>28</sup> Penzlin, NZG 2000, 464, 465.

<sup>29</sup> Vgl. MünchKomm.InsO-Drukarczyk/Schüler (Fn. 21), § 19 Rdnr. 7.

<sup>30</sup> Vgl. Götz, ZInsO 2000, 77, 78.

<sup>31</sup> Vgl. Götz, ZInsO 2000, 77, 78.

<sup>32</sup> BT-Drs. 16/10600 S. 13.

<sup>33</sup> BT-Drs. 16/10600 S. 13.

<sup>34</sup> Siehe etwa MünchKomm.InsO-Drukarczyk/Schüler (Fn. 21), § 19 Rdnr. 55 ff.

<sup>35</sup> Der Begriff *Fortbestehensprognose* wird oft in Anlehnung an die „Dornier-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs (BGHZ 119, 201 = NJW 1992, 2891) verwendet. Differenzieren ließe sich hier wohl

zeichnet wurde. Diese Fortführungsprognose lässt sich nach der herrschenden Meinung verkürzt als die Prüfung der Sicherung der Zahlungsfähigkeit im Prognosezeitraum, d. h. eine prognostische Liquiditätsbetrachtung bezeichnen,<sup>36</sup> wobei die Einzelheiten von Beginn an umstritten waren.

Die beiden sich durchsetzenden Strömungen unterschieden sich danach, welche Bedeutung sie der Fortführungsprognose beimaßen.<sup>37</sup>

### 1. „Herkömmlich zweistufiger Begriff“

Eine erste und unter Geltung der Konkursordnung zunächst als herrschend zu bezeichnende Theorie<sup>38</sup> maß dem prognostischen Element dabei nur insoweit Bedeutung zu, als es den Wertmaßstab für die Überschuldungsprüfung vorgeben sollte („Fortführungsprognose als Bewertungsprämisse“<sup>39</sup>): Bei einer positiven Prognose sei die rechnerische Überschuldungsprüfung auf Grundlage von Fortführungswerten durchzuführen, bei einer negativen Prognose hingegen mit Liquidationswerten.

Entscheidendes Merkmal des Überschuldungstatbestandes blieb in beiden Fällen die aufgrund des ermittelten Wertmaßstabs aufgestellte Überschuldungsbilanz<sup>40</sup>: Die Fort-

---

zwischen der Fortführung des Unternehmens und dem durch die Fortführung indizierten Fortbestehen seines Rechtsträgers. Vorzugswürdig erscheint mir – zumindest, soweit es um das schuldnerische Unternehmen geht – der Begriff der *Fortführungsprognose*, der den Wortlaut des Gesetzes (§ 19 Abs. 2 S. 1 InsO) aufnimmt und zudem vom Gesetzgeber in den Materialien zum FMStG verwendet wurde, dabei aber nicht mit der handelsrechtlichen Fortführungsprognose des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB vermengt werden darf. Ich verwende diese Terminologie im Folgenden, ohne damit sachliche Unterschiede zum Ausdruck bringen zu wollen. Ausführlich zu den Begrifflichkeiten und deren Unterscheidung *Gehrlein*, WM 2018, 1 ff.; *HambKomm.-Schröder* (Fn. 17), § 19 Rdnr. 16; *Schäfer* (Fn. 18), S. 89.

<sup>36</sup> Vgl. BGHZ 119, 201 Ls. 2; IDW S 11 (IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen, IDW Fachnachrichten 2015, 202), Rdnr. 93 und 57 ff.; siehe auch *Bork*, ZIP 2000, 1709, 1710; *Fischer*, NZI 2016, 665; *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 21; *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 49; *Scholz-Bitter*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, Vor § 64 Rdnr. 27; *Thole*, ZInsO 2019, 1622, 1623. A. M. AG Hamburg ZIP 2012, 1776; *Frind*, NZI 2018, 431, 434.

<sup>37</sup> *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 493.

<sup>38</sup> Vgl. *Altmeyden*, ZIP 1997, 1173, 1175.

<sup>39</sup> *Schäfer* (Fn. 18), S. 15.

<sup>40</sup> Dabei war und ist umstritten, ob der Schuldner in jedem Fall zunächst eine Überschuldungsbilanz nach Liquidationswerten aufzustellen hatte, bevor er anhand der Fortführungsprognose den Maßstab der letztlich aufzustellenden Überschuldungsbilanz ermitteln konnte (sog. „dreistufige Prüfung“, vgl. u. a. *BerlKomm.-Humberg* [Fn. 15], § 19 Rdnr. 19 f.; *Bork* [Fn. 8], Rdnr. 111; *Fromm*, GmbHR 2004, 940, 944 f.; *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833, 839; *Jacoby*, ZGR 2010, 359, 368). Nach der Gegenansicht verursacht dieser Zwischenschritt, auf den es im Falle einer positiven Fortführungsprognose nicht ankomme, nur unnötige Kosten und ist daher verzichtbar (sog. „zweistufige Prüfung“, dafür etwa *Nerlich/Römermann-Mönning*, InsO, 38. Lfg. Stand Januar 2019, § 19 Rdnr. 17; *Wagner*, Die Messung der Überschuldung, in:

führungsprognose allein konnte nie entscheidendes Moment der Überschuldungsprüfung sein,<sup>41</sup> sondern immer nur eine Aussage über den anzusetzenden Wertmaßstab liefern. Überschuldung war sodann anzunehmen, wenn der entsprechend ermittelte Barwert des Vermögens den Schuldwert unterschreitet.<sup>42</sup>

## 2. „Modifiziert zweistufiger Begriff“

Eine andere, auf einen Beitrag von *K. Schmidt* aus dem Jahr 1978 zurückgehende Auffassung begreift das prognostische Element dagegen als ein eigenständiges Prüfungsmerkmal: Die rechnerische Überschuldung nach Liquidationswerten und die fehlende Fortführungsprognose seien kumulative Voraussetzungen einer konkursrechtlichen Überschuldung.<sup>43</sup> Die Überschuldung sei danach bereits dann zu verneinen, wenn eine positive Fortführungsprognose bestehe; auf das Ergebnis einer Überschuldungsbilanz nach Fortführungswerten komme es nicht an.<sup>44</sup>

Nach dieser Auffassung musste nur dann ein Überschuldungsstatus (insoweit allerdings auf der Grundlage von Liquidationswerten) erstellt werden, wenn die Finanzkraft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreichte, die Fortführungsprognose also negativ ausfiel.<sup>45</sup> Insoweit wurde der Überschuldungsstatbestand im Interesse des Unternehmensüberlebens teleologisch reduziert.<sup>46</sup> Dem lag die Erwägung zugrunde, dass es „auch im Falle einer [rechnerischen] Überschuldung keinen vernünftigen Grund für das Eingreifen des Insolvenzrechts“ gebe, wenn man von einem Unternehmen wisse, dass es „niemals zahlungsunfähig

---

Neuorientierung der Rechenschaftslegung, 1995, S. 171 ff.). Wieder andere sprachen sich für eine Prüfung nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten aus (etwa *Jaeger-Müller*, InsO, Bd. 1, 2004, § 19 Rdnr. 31; *MünchKomm.InsO-Drukarczyk/Schüler* [Fn. 21], § 19 Rdnr. 42, 50; *Schäfer* [Fn. 18], S. 86). Der Gesetzgeber schrieb keine Prüfungsreihenfolge vor (vgl. *Fromm*, GmbHR 2004, 940, 944; *MünchKomm.InsO-Drukarczyk/Schüler* [Fn. 21], § 19 Rdnr. 43). Da die verschiedenen Vorgehensweisen grundsätzlich zu denselben Ergebnissen führen, bedarf es nach der überzeugenden heute herrschenden Meinung keines Streitentscheides; vgl. *Schäfer*, (Fn. 18) S. 80-86; ferner *Fromm*, GmbHR 2004, 940 ff; *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833, 839.

<sup>41</sup> *Kübler/Prütting/Bork-Pape* (Fn. 21), § 19 Rdnr. 6.

<sup>42</sup> *Penzlin*, NZG 2000, 464, 465.

<sup>43</sup> *K. Schmidt*, AG 1978, 334 ff.

<sup>44</sup> *Penzlin*, NZG 2000, 464, 465.

<sup>45</sup> *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung* (= *FK.InsO-Schmerbach*, 9. Aufl. 2018, § 19 Rdnr. 8.

<sup>46</sup> *Thonfeld*, NZI 2009, 15, 16.

wird“<sup>47</sup>. Auch aus Gläubigersicht könne es auf nichts anderes ankommen, da es den Gläubigern allein um die Bedienung ihrer Forderungen gehe.<sup>48</sup> Diese Methode wurde ausgehend von der Bezeichnung der zuvor herrschenden „zweistufigen Methode“ wegen der abweichenden Bedeutung, die der Fortführungsprognose zukam, als „modifiziert zweistufig“ bezeichnet. Sie führte im Ergebnis zu einem geringeren Anwendungsbereich des Tatbestands der Überschuldung, da eine positive Fortführungsprognose die rechnerische Überschuldung stets kompensierte.

Dieser neuen Definition durch *K. Schmidt* schlossen sich schnell die herrschende gesellschafts- und konkursrechtliche Literatur<sup>49</sup> und schließlich im Jahr 1992 auch der BGH<sup>50</sup> an.

### III. Abkehr vom modifiziert zweistufigen Begriff durch die InsO

Der Gesetzgeber der Insolvenzordnung erteilte diesem Konzept jedoch nur wenige Jahre später eine ausdrückliche Absage. Während sich die Vorstellung, man müsse zum herkömmlichen zweistufigen Begriff zurückkehren, im Regierungsentwurf noch nicht im Gesetzestext fand, sondern nur in der Begründung anklang,<sup>51</sup> machte der Rechtsausschuss „Nägel mit Köpfen“.<sup>52</sup> Ihm zufolge war „entschieden von der Auffassung“<sup>53</sup> abzuweichen, die sich zuvor unter der Konkursordnung als herrschend durchgesetzt hatte. „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 [...] als falsch erweist.“<sup>54</sup> Schließlich sei auch bei einer positiven Prognose nicht von vorn-

<sup>47</sup> *K. Schmidt*, AG 1978, 334, 335.

<sup>48</sup> *Penzlin*, NZG 2000, 464, 467; ähnlich *Fenske*, AG 1997, 554, 558; *Holzer*, ZIP 2008, 2108.

<sup>49</sup> *Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh*, GmbHG, 16. Aufl., 1996, § 63 Rdn. 8; *Hachenburg-Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., ab 1992, § 63 Rdn. 35 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl., 1995, § 63 Rdn. 5; *Ulmer*, KTS 1981, 469, 477 ff.; vgl. aber auch *Kuhn/Uhlenbruck-Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl. 1994, § 102 Rdnr. 5i.

<sup>50</sup> BGHZ 119, 201, 213 f. In der Folge BGHZ 125, 141, 148; 126, 181, 199; 129, 136, 154.

<sup>51</sup> Begr. RegE § 23 InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 115.

<sup>52</sup> Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 12/7302, S. 12 (Text) und S. 157 (Begründung).

<sup>53</sup> BT-Drs. 12/7302, S. 157.

<sup>54</sup> BT-Drs. 12/7302, S. 157.

herein ausgeschlossen, dass Überschuldung vorliegt.<sup>55</sup> Eine derartige Prognose sei zudem leicht vorschnell zugrunde gelegt.<sup>56</sup>

Dem Gesetzgeber ging es dabei um eine Verringerung der Bedeutung der Prognoseentscheidung<sup>57</sup> sowie ganz im Sinne der ursprünglichen rechtspolitischen Erwägungen bei der Einführung des Überschuldungstatbestands als zwingender Insolvenzantragsgrund um eine stärkere Betonung des Schuldendeckungsprinzips bei haftungsbeschränkten Rechtsträgern sowie um eine frühzeitigere Verfahrenseinleitung.<sup>58</sup> Damit verschärfte der Gesetzgeber den Überschuldungstatbestand zum Zwecke eines verbesserten Gläubigerschutzes.<sup>59</sup> Die neue gesetzliche Regelung lief auf eine Rückkehr zum herkömmlichen Überschuldungsbegriff hinaus.<sup>60</sup>

Der BGH folgte dem Gesetzgeberwillen mit der Feststellung, dem modifizierten Begriff sei unter Geltung der Insolvenzordnung die Grundlage entzogen.<sup>61</sup> Die Auslegung der neuen Vorschrift in der Insolvenzordnung sei „nicht [mehr] zweifelhaft“<sup>62</sup>. Weite Teile der Literatur begrüßten dies,<sup>63</sup> während sich die Vertreter der modifiziert zweistufigen Methode größtenteils damit abfanden.<sup>64</sup> Damit hatte sich in der Praxis die Abgrenzung der beiden Methoden zunächst erledigt.<sup>65</sup>

---

<sup>55</sup> BT-Drs. 12/7302, S. 157.

<sup>56</sup> BT-Drs. 12/2443, S. 115.

<sup>57</sup> Vgl. *Hunkemöller/Tymann*, ZInsO 2011, 712, 713; *Kübler/Prütting/Bork-Pape* (Fn. 21), § 19 Rdnr. 3.

<sup>58</sup> BT-Drs. 12/2443, S. 81.

<sup>59</sup> *HambKomm.-Schröder* (Fn. 17), § 19 Rdnr 4.

<sup>60</sup> *Jaeger-Müller* (Fn. 40), § 19 Rdnr. 24 m.w.N.

<sup>61</sup> BGHZ 171, 46 Rdnr. 19.

<sup>62</sup> BGH ZIP 2006, 2171 Rdnr. 3.

<sup>63</sup> Vgl. *HambKomm.-Schröder* (Fn. 17), § 19 Rdnr. 1 ff.; *Heidelberger Kommentar Insolvenzordnung* (= *HK.InsO-Kirchhof*, 5. Aufl. 2009, § 19 Rdnr. 2; *MünchKomm.InsO-Drukarczyk/Schüler* (Fn. 21), § 19 Rdnr. 51.

<sup>64</sup> *Penzlin*, NZG 2000, 464, 466 m.w.N.

<sup>65</sup> Vgl. *Kübler/Prütting/Bork-Pape* (Fn. 21), § 19 Rdnr. 7.

#### IV. Rückkehr zum modifiziert zweistufigen Begriff im Zuge des FmStG

Trotz der weitgehenden Akzeptanz hat der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Finanzkrise im Jahr 2008 mit dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz<sup>66</sup> eine zunächst auf zwei Jahre befristete Rückkehr zum modifiziert zweistufigen Begriff vorgenommen. Dadurch sollte das (in Zeiten der Finanzkrise) „völlig unbefriedigende Ergebnis vermieden werden, dass Unternehmen wegen bilanzieller Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen hätten, obwohl eine positive Fortführungsprognose besteht“<sup>67</sup>. Ausweislich des Änderungsgesetzes ging es dem Gesetzgeber dabei vornehmlich darum, kurzfristig Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und sonstige Finanzunternehmen vor der Insolvenzantragspflicht zu bewahren.<sup>68</sup>

Mangels eingetretener Entspannung wurde die Befristung mit dem ESUG<sup>69</sup> um weitere drei Jahre verlängert, bis der Gesetzgeber die Befristung Ende 2012<sup>70</sup> gänzlich aufhob. Da der Gesetzgeber in seiner Begründung dem zentralen Argument gegen den herkömmlich zweistufigen Begriff (Insolvenzschutz für überlebensfähige Unternehmen) gefolgt ist, wurde dies teilweise als „Revision der früheren Sichtweise“<sup>71</sup> interpretiert.<sup>72</sup>

#### V. Ergebnis zu A.

Es lässt sich also festhalten, dass der Gesetzgeber zwischen dem herkömmlichen und dem modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff hin und her geschwankt ist. Je nach politischer Opportunität hat er sich mal dieser und mal jener Interpretation angeschlossen, ohne eine klare dogmatische Linie zu vertreten.

Hervorzuheben ist jedenfalls an dieser Stelle ein Aspekt, der im Folgenden noch besondere Bedeutung erlangen wird: Der herkömmlich zweistufige Begriff reduziert nicht nur

---

<sup>66</sup> Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FmStG) vom 17.10.2008, BGBl. I, 1982.

<sup>67</sup> BT-Drs. 16/10600, S. 21.

<sup>68</sup> Vgl. Art. 1 § 2 I FmStG; siehe auch BT-Dr 16/10651, S. 11.

<sup>69</sup> Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 07.12.2011, BGBl. I, 2582.

<sup>70</sup> Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften vom 05.12.2012, BGBl. I, 2012, S. 2418.

<sup>71</sup> *Drukarczyk*, ZInsO 2017, 61, 62.

<sup>72</sup> *Frystatzki*, NZI 2011, 521, 522.

das Gewicht, das der Fortführungsprognose beim Überschuldungstatbestand zukommt, sondern führt auch zu einer strengeren Bewertung der Unternehmenskrise und damit tendenziell zu einer früheren Eröffnung. Auf einer Zeitschiene gedacht, liegt dieser Überschuldungstatbestand zwischen drohender Zahlungsunfähigkeit und eingetretener Zahlungsunfähigkeit, aber näher an jener als an dieser. Darauf wird zurückzukommen sein.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Näher unten C.III.2.c.

## **B. Derzeitiger Meinungsstand**

Schaut man sich vor diesem Hintergrund den aktuellen Meinungsstand zum Überschuldungstatbestand an so lässt sich zunächst die grundsätzliche Kritik an der Überschuldung als zwingendem Insolvenzeröffnungsgrund nachzeichnen (I.). Im Anschluss können die Argumente genannt werden, die seit jeher gegen den geltenden modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriff angeführt werden (II.), bevor die jüngsten Ansichten zur Zukunft des Überschuldungstatbestands im Zusammenhang mit der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie erläutert werden können (III.).

### **I. Grundsätzliche Kritik am Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung**

Im Jahr 1978 haben *Egner/Wolff*<sup>74</sup> mit einer umfassenden und grundsätzlichen Kritik am Überschuldungstatbestand der Konkursordnung, die letztlich auf eine vollständige Abschaffung dieses Eröffnungsgrundes hinauslief, den Anstoß für eine mittlerweile über 40 Jahre andauernde Diskussion über Sinn und Unsinn dieses Insolvenzeröffnungsgrundes gegeben. Im Laufe der Jahre haben sich viele Kritiker angeschlossen und unterschiedliche Lösungen vorgeschlagen. Im Folgenden werden zunächst die geäußerten Kritikpunkte (1.) und sodann überblicksartig die Reformvorschläge dargestellt (2.).

#### **1. Kritikpunkte**

Es sind vor allem<sup>75</sup> drei Kernargumente, die gegen die Überschuldung als zwingenden Insolvenzeröffnungsgrund im Allgemeinen angeführt werden.

##### **a) Bedeutungslosigkeit**

Als erstes wird die „offensichtliche [...] Wirkungslosigkeit“<sup>76</sup> dieses Auslösetatbestandes in der Insolvenzantragspraxis gerügt. Nur ein verschwindend geringer Anteil der Insolvenzanträge werde (allein) auf den Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung

---

<sup>74</sup> *Egner/Wolff*, AG 1978, 99, 105 ff.

<sup>75</sup> Ein weiteres Argument wird aus den europarechtlichen Vorschriften abgeleitet, dazu unten Ziff. B.III.

<sup>76</sup> *Vallender*, WPg 2011, Sonderheft 1, 31 ff.



gestützt.<sup>77</sup> Gläubigeranträge seien insoweit so gut wie ausgeschlossen, da sich die Überschuldung nicht unmittelbar aus den veröffentlichten und damit den Gläubigern zugänglichen Zahlen ergebe.<sup>78</sup> Demgegenüber wüssten Schuldner häufig entweder gar nichts von ihrer Antragspflicht<sup>79</sup> oder entzögen sich der Antragspflicht trotz Feststellung rechnerischer Überschuldung durch eine fragwürdige optimistische Fortführungsprognose.<sup>80</sup> Insoweit eröffne der Tatbestand, gerade unter Geltung des modifiziert zweistufigen Begriffs, erhebliche Manipulationsmöglichkeiten.<sup>81</sup> Diese Feststellungen provozierten die These, dass ein Wegfall der Überschuldung als Auslöser der Insolvenzantragspflicht in der Praxis nichts ändern würde, da die Geschäftsführung den Insolvenzantrag ohnehin regelmäßig zu spät stelle.<sup>82</sup> Es sei zu konstatieren, dass es die angestrebte zeitliche Vorverlagerung der Antragstellung faktisch nicht gebe.<sup>83</sup>

## b) Fehlergebnisse

Des Weiteren wird dem zwingenden Antragsgrund entgegengehalten, er kreierte Fehlergebnisse und sei deshalb rechtspolitisch nicht haltbar. Dabei legen unterschiedliche Akteure den Fokus auf unterschiedliche Umstände. Zum einen wird geltend gemacht, wegen der schweren Fassbarkeit des Tatbestands und der Subjektivität der Fortführungsprognose liege eine nicht zu rechtfertigende Haftungsbelastung für Organe vor.<sup>84</sup> Zum anderen meint man, der Gläubigerschutz sei insoweit überzogen; für ihn komme es allein auf die zukünftige Bedienung der Verbindlichkeiten, d. h. die Liquidität der Schuldnergesellschaft im Zeitablauf an.<sup>85</sup> Schließlich bestünden insbesondere in Zeiten der Restschuldbefreiung erhebliche Zweifel an der vorgenommenen Differenzierung

<sup>77</sup> Vgl. *Bitter/Hommerich*, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, 2012, Rdnr. 131; siehe auch *Groß* (Fn. 24), S. 23, 24; *ders.*, KSI 2011, 49.

<sup>78</sup> *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 23; ähnlich auch *Beck/Brucklacher* (Fn. 23), S. 5, 11; *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833, 841.

<sup>79</sup> Vgl. *Bitter/Hommerich* (Fn. 77), Rdnr. 153 ff.; *Bitter/Hommerich/Reiß*, ZIP 2012, 1201, 1204; siehe auch *Neuberger*, ZIP 2019, 1549, 1556; *Pott*, NZI 2012, 4, 8.

<sup>80</sup> Vgl. *Jaeger-Müller* (Fn. 40), § 19 Rdnr. 25; *MünchKomm.InsO-Drukarczyk/Schüler* (Fn. 21), § 19 Rdnr. 18 f.; *Rokas*, ZInsO 2009, 18, 20.

<sup>81</sup> Vgl. *Altmeyden*, ZIP 1997, 1173, 1175; *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833, 837; *Groß* (Fn. 24), S. 23, 25.

<sup>82</sup> *Hunkemöller/Tymann*, ZInsO 2011, 712, 717; ebenso *Beck*, Überschuldung – alter Ansatz in neuem Umfeld, 2009, S. 65.

<sup>83</sup> *Jensen*, Die Verfahrensauslösungstatbestände vom alten Konkursrecht zur neuen Insolvenzordnung, 2009, S. 385 ff.

<sup>84</sup> *Andersch/Philipp*, NZI 2017, 782, 784.

<sup>85</sup> *Hunkemöller/Tymann*, ZInsO 2011, 712, 716.

zwischen Kapitalgesellschaft und natürlicher Person, da faktisch auch natürliche Personen nicht (mehr) unbeschränkt hafteten.<sup>86</sup>

### c) Fehlende Praktikabilität und Justiziabilität

Die Suche nach einer praktikablen, zweckgerechten und zugleich justiziablen Definition der insolvenzrechtlichen Überschuldung sehen einige Autoren als aussichtslos an.

Bereits *Egner/Wolff*<sup>87</sup> sind zu dem Ergebnis gekommen, es bestünden „keine theoretisch fundierten und praktisch durchführbaren Lösungsmöglichkeiten“ für eine zweckentsprechende Konturierung des Überschuldungstatbestandes. Diese Einschätzung ist weit verbreitet: Der Tatbestand widersetzte sich einer begrifflichen Fixierung;<sup>88</sup> die gesetzlichen Regelungen seien durch unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt, die eine Konkretisierung unmöglich machten;<sup>89</sup> es verbiete sich, an derart schwammige Kriterien eine einschneidende Haftung, geschweige denn strafrechtliche Konsequenzen zu knüpfen.<sup>90</sup>

Erstmals hat *Stürner*<sup>91</sup> in diesem Kontext wegen der notwendigen Prognoseentscheidungen ausdrücklich auch die fehlende Justiziabilität des Überschuldungstatbestandes gerügt. Prognosen seien stets auch von Wünschen und Hoffnungen getragen. *Ex post*-Beurteilungen neigten demgegenüber dazu, die später eingetretenen Ereignisse in die Bewertung miteinzubeziehen. Eindeutige Ergebnisse seien kaum möglich. Diese Kritik wird bis heute von vielen Autoren geteilt. Besonders unter Geltung des modifiziert zweistufigen Begriffs ist auf diesen Umstand immer wieder hingewiesen worden.<sup>92</sup>

---

<sup>86</sup> Vgl. *Bitter/Hommerich/Reiß*, ZIP 2012, 1201, 1209; *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 23.

<sup>87</sup> *Egner/Wolff*, AG 1978, 99, 106.

<sup>88</sup> *Lüer* (Fn. 19), S. 603, 607.

<sup>89</sup> *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 23.

<sup>90</sup> *Hunkemöller/Tymann*, ZInsO 2011, 712, 717.

<sup>91</sup> *Stürner*, ZIP 1982, 761, 766.

<sup>92</sup> Vgl. etwa *Drukarczyk* (Fn. 21), S. 1232, 1235; *Groß* (Fn. 24), S. 23; *Hölzle*, ZIP 2008, 2003, 2004; *Hoos/Kleinschmidt*, NZG 2009, 1172, 1173; *MünchKomm.InsO-Drukarczyk/Schüler* (Fn. 21), § 19 Rdnr. 21; siehe sogar *K. Schmidt*, in: *Schmidt/Uhlenbruck* (Hrsg.), *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, 5. Aufl. 2016, Rdnr. 5.107.

## 2. Reformvorschläge

Auf Grundlage dieser Kritik haben einige Stimmen die ersatzlose Streichung der Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund gefordert.<sup>93</sup> Andere haben sich dieser Forderung im Grunde angeschlossen, sich gleichzeitig aber für eine im selben Zuge einzuführende Antragspflicht bei drohender Zahlungsunfähigkeit ausgesprochen.<sup>94</sup> Hintergrund ist die Überzeugung von der fehlenden praktischen Handhabbarkeit und Justiziabilität der Vorschrift trotz rechtspolitischer Zweckmäßigkeit; diese rechtspolitischen Ziele ließen sich auch durch eine Antragspflicht bei drohender Zahlungsunfähigkeit erreichen.<sup>95</sup> Wieder andere erachten die Überschuldung zwar grundsätzlich als tauglichen Insolvenzeröffnungsgrund und sehen ein Problem lediglich bei der Ausgestaltung als Auslöser der Antragspflicht und Haftungstatbestand. Ihr Vorschlag ist eine Ausgestaltung als Grund für ein freiwilliges Insolvenzantragsrecht,<sup>96</sup> teilweise verbunden mit Nachschusspflichten für den Fall des Absehens von der Antragstellung.<sup>97</sup>

## II. Kritik an der modifiziert zweistufigen Prüfung nach geltendem Recht

Während also einige Stimmen die vollständige Abschaffung des Überschuldungstatbestandes (§ 19 InsO) oder jedenfalls dessen Herausnahme aus den Antragspflichten (§ 15a InsO) fordern, üben andere Kritik an dem mit dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz kodifizierten modifiziert zweistufigen Tatbestand. Schon der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages ließ insoweit mitteilen, es gehe nur um eine vorübergehende Rückkehr zu dem alten und „im Allgemeinen unerwünschten Rechtszustand“<sup>98</sup>. Während die Vertreter des modifiziert zweistufigen Begriffes die „späte Einsicht“ des Ge-

<sup>93</sup> Vgl. *Hunkemöller/Tymann*, ZInsO 2011, 712, 717; *Jensen* (Fn. 83), S. 385 ff.; *Lüer* (Fn. 19), S. 603, 614 f.; *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 24.; i. E. ebenfalls *Pott*, NZI 2012, 4, 8; *Vallender*, WPg 2011, Sonderheft 1, 31 ff.

<sup>94</sup> *Fenske*, AG 1997, 554, 559; *Hölzle*, ZIP 2008, 2003, 2004 f.; ähnlich auch *Frystatzki*, NZI 2011, 521, 526; *Groß* (Fn. 24), S. 23, 35; andersherum *Neuberger* (ZIP 2019, 1549, 1550) und *Piekenbrock* (NZI 2019, Beilage 1, S. 47, 48), die sich für eine Abschaffung des Insolvenzeröffnungsgrundes der drohenden Zahlungsunfähigkeit aussprechen.

<sup>95</sup> *Hölzle*, ZIP 2008, 2003, 2005.

<sup>96</sup> *Beck/Brucklacher* (Fn. 23), S. 5, 11; v. *Bismarck*, ZInsO 2018, 932, 934; *Bitter/Hommerich/Reiß*, ZIP 2012, 1201, 1207; *Frystatzki*, NZI 2011, 521, 526; *Geldmacher*, ZInsO 2011, 353, 362; *Goetker* in: *Flöther* (Hrsg.), Sanierungsrecht, 2019, Rdnr. E. 73; *Goetker/Schulz*, ZIP 2016, 2095, 2102 f.; *Piekenbrock* (Fn. 94), S. 48; als möglicher Lösungsansatz auch gehandelt bei *Hunkemöller/Tymann*, ZInsO 2011, 712, 717 und *Pott*, NZI 2012, 4, 8.

<sup>97</sup> IDW S 11 (Fn. 36); unterstützend *Groß* (Fn. 24), S. 23, 38.

<sup>98</sup> BT-Drs. 16/10651, S. 10.

setzgebers lobten und auf eine dauerhafte Beibehaltung drängten,<sup>99</sup> stand ein anderer Teil der Rückkehr zum modifiziert zweistufigen Begriff kritisch gegenüber.<sup>100</sup> Schließlich habe die Praxis unter Geltung der Insolvenzordnung in ihrer ursprünglichen Form „bislang überzeugende Ergebnisse geliefert“<sup>101</sup>. In der Rückkehr zum modifiziert zweistufigen Begriff liege ein „evolutionärer Rückschritt“<sup>102</sup>. Die modifizierte Methode sei ein „potentiell fehlerbehaftetes Produkt“<sup>103</sup> bzw. ein „unzureichend durchdachtes Konzept“<sup>104</sup>. Die erneute Änderung sei „gesetzestechisch unglücklich und rechtspolitisch zu kurz gesprungen“<sup>105</sup>.

Im Einzelnen wurde Folgendes zu Bedenken gegeben:

### **1. Keine Erreichung der Ziele des FmStG**

Bereits unmittelbar nach Verabschiedung des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes wurde bemerkt, dass es Insolvenzverfahren über seine eigentlichen ausdrücklichen Zielobjekte, nämlich Unternehmen des Finanzsektors,<sup>106</sup> gar nicht erfasse.<sup>107</sup> Diese unterlägen nämlich gemäß § 46b KWG keinerlei Insolvenzantrags-, sondern lediglich Anzeigepflichten gegenüber der BaFin., die nach pflichtgemäßem Ermessen über eine Insolvenzeröffnung entscheide.<sup>108</sup> Auf den Fortbestand der Unternehmen dieser Branche könne das Gesetz damit keinen Einfluss nehmen.<sup>109</sup> Damit konnte bereits insoweit die rechtspolitische Rechtfertigung der Gesetzesänderung in Frage gestellt werden.

---

<sup>99</sup> *Bitter*, ZInsO-Editorial 20/2008.

<sup>100</sup> Etwa *Dahl*, NZI 2008, 719, 721; *Drukarczyk* (Fn. 21), S. 1232, 1233 und 1258; *Eckert/Happe*, ZInsO 2008, 1098, 1099; *Hölzle*, ZIP, 2008, 2003, 2005; *Körnert/Wagner*, ZInsO 2009, 2131; *Lüer* (Fn. 19), S. 603, 612; *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 20.

<sup>101</sup> *Eckert/Happe*, ZInsO 2008, 1098, 1099.

<sup>102</sup> *Hölzle*, ZIP, 2008, 2003, 2005.

<sup>103</sup> *Drukarczyk* (Fn. 21), S. 1232, 1233.

<sup>104</sup> *Drukarczyk* (Fn. 21), S. 1232, 1258.

<sup>105</sup> *Lüer* (Fn. 19), S. 603, 612.

<sup>106</sup> Siehe oben Ziff. A.IV.

<sup>107</sup> *Thonfeld*, NZI 2009, 15, 16.

<sup>108</sup> Vgl. auch *Hirte/Knof/Mock*, ZInsO 2008, 1217, 1220; *Pott*, NZI 2012, 4, 6.

<sup>109</sup> *Thonfeld*, NZI 2009, 15, 16.

## 2. Verspätete Anträge

Als besonders problematisch wurde die mit der Rückkehr zum modifiziert zweistufigen Begriff verbundene Aufweichung des Tatbestandes angesehen, die im Ergebnis eine Verzögerung sinnvoller Insolvenzanträge bewirke.<sup>110</sup> Dies widerspreche den Zielen der Insolvenzordnung, die eine frühe Verfahrenseröffnung anstrebe.<sup>111</sup> *Weitzmann*<sup>112</sup> hat insoweit die Prognose gewagt, dass Großinsolvenzen wie *Air Berlin* und *Germania* den Weg zum Insolvenzgericht früher gefunden hätten, wenn die alte Fassung des § 19 InsO noch gegolten hätte. Er meint ferner, dem gelockerten Überschuldungstatbestand wohne die Gefahr inne, dass sich die Verbindlichkeiten des Schuldners durch das nunmehr zulässige Abwarten weiter erhöhten und zudem durch den größeren Gläubigerausfall auch Dritte mit der Insolvenz infiziert würden. Diese Gefahr wird auch von anderen gesehen, die die geltende Regelung für nicht unternehmerfreundlich halten, da sie zulasten der gesunden Unternehmen am Markt wirke, die mit einem nicht mehr überlebend-fähigen Unternehmen in Geschäftsbeziehungen treten.<sup>113</sup> Insoweit drohten auch gesamtwirtschaftlich negative Auswirkungen.<sup>114</sup>

Es wird weiter geltend gemacht, unter der Definition des FmStG sei die Überschuldung „faktisch temporär ausgesetzt“.<sup>115</sup> Es werde zudem der Eindruck erweckt, in Krisenzeiten sei eine wirksame Kontrolle der Überlebensfähigkeit der Unternehmen nicht erwünscht.<sup>116</sup> Der Tatbestand lade zum Weiterwirtschaften ein, „bis auch die letzte Sanierungschance des Unternehmens vertan ist“<sup>117</sup>. Andere kritisieren die gesetzgeberische Wertung, aus der sich „in einem weit stärkeren Maße“ das Risiko einer Fehleinschätzung auf die Gläubiger verlagere.<sup>118</sup> Da die Überschuldung zu Fortführungswerten unter der Fortführungsprämisse nicht mehr geprüft werde, korreliere mit dem Risiko der

---

<sup>110</sup> *Eckert/Happe*, ZInsO 2008, 1098, 1101.

<sup>111</sup> Vgl. *Andersch/Philipp*, NZI 2017, 782, 784; *Hoos/Kleinschmidt*, NZG 2009, 1172, 1173; *Neuberger*, ZIP 2019, 1549, 1552; *Uhlenbruck-Pape*, InsO, Teil 1, 15. Aufl. 2019, § 1 Rdnr. 8.

<sup>112</sup> *Weitzmann*, Eröffnungsrede beim 16. Deutschen Insolvenzrechtstag, zit. nach INDat-Report 4/19, 38 f.

<sup>113</sup> *Kübler/Prütting/Bork-Pape* (Fn. 21), § 19 Rdnr. 15.

<sup>114</sup> *Körnert/Wagner*, ZInsO 2009, 2131, 2133 f.

<sup>115</sup> *Kübler/Prütting/Bork-Pape* (Fn. 21), § 19 Rdnr. 14.

<sup>116</sup> *Kübler/Prütting/Bork-Pape* (Fn. 21), § 19 Rdnr. 14a.

<sup>117</sup> *Wackerbarth*, NZI 2009, 145, 149; ähnlich auch *Otto* MDR 2008, 1369, 1371 f.

<sup>118</sup> *Eckert/Happe*, ZInsO 2008, 1098, 1100; vgl. auch *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833, 840; *Hirte/Knof/Mock*, ZInsO 2008, 1217.

Fehleinschätzung nicht mehr in jedem Fall die Aussicht auf eine vollständige Befriedigung.<sup>119</sup>

### 3. Hohe Bedeutung der Prognose

Im Vergleich zur herkömmlichen Methode kommt der Fortführungsprognose bei der modifiziert zweistufigen Methode i.d.R. das ausschlaggebende Gewicht zu.<sup>120</sup> Dieser Umstand wird von einem großen Teil der Lehre als ein entscheidendes Argument gegen die modifiziert zweistufige Methode angebracht.<sup>121</sup> Denn die Fortführungsprognose sei in hohem Maße manipulations- und missbrauchsanfällig.<sup>122</sup> Sie sei in der Lage, die rechnerische Überschuldung „beiseite [zu] wischen“<sup>123</sup>. Zur Fortführung genüge eine mehr oder minder seriöse und kaum kontrollierbare Prognose, die man bei entsprechender Beratung fast immer hinbekommen werde.<sup>124</sup> Damit werde den Geschäftsführern die Möglichkeit eingeräumt, sich mit spekulativen Erwägungen zu entlasten.<sup>125</sup> Dadurch werde Schutzbehauptungen Tür und Tor geöffnet.<sup>126</sup>

Es ist darauf hingewiesen worden, dass auch unter Geltung des herkömmlichen Begriffes bereits das Risiko einer Fehleinschätzung bestand, durch die weitere Prüfung der rechnerischen Überschuldung nach Fortführungswerten jedoch eine absolute Begrenzung vorlag.<sup>127</sup> Dadurch sei der Schaden, den eine fehlerhafte Prognose hervorrufen konnte, praktisch begrenzt gewesen. Die eröffneten Manipulationsgefahren hätten sich unter Geltung der modifizierten Prüfungsmethode auch in der Praxis bestätigt.<sup>128</sup>

---

<sup>119</sup> *Eckert/Happe*, ZInsO 2008, 1098, 1100.

<sup>120</sup> Siehe oben A.II.2.; vgl. jüngst auch *Neuberger*, ZIP 2019, 1549, 1551.

<sup>121</sup> Vgl. *Andersch/Philipp*, NZI 2017, 782, 784; v. *Bismarck*, ZInsO 2018, 932, 934; *Groß* (Fn. 24), S. 23, 25; *Hölzle*, ZIP, 2008, 2003, 2004; *Hoos/Kleinschmidt*, NZG 2009, 1172, 1173; *Jaeger-Müller* (Fn. 40), § 19 Rdnr. 25; *Körnert/Wagner*, ZInsO 2009, 2131, 2133; *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 23; *Otto*, MDR 2008, 1369, 1371.

<sup>122</sup> Vgl. *Körnert/Wagner*, ZInsO 2009, 2131, 2133.

<sup>123</sup> Vgl. *Jaeger-Müller* (Fn. 40), § 19 Rdnr. 25; *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 23.

<sup>124</sup> *Kübler/Prütting/Bork-Pape* (Fn. 21), § 19 Rdnr. 14a.

<sup>125</sup> *Altmeyen*, ZIP 1997, 1175.

<sup>126</sup> *Hölzle*, ZIP 2008, 2003, 2004; ähnlich auch *Lüer* (Fn. 19), S. 603, 606.

<sup>127</sup> *Otto*, MDR 2008, 1369, 1372.

<sup>128</sup> *Groß* (Fn. 24), S. 23, 25.

Aus der höheren Bedeutung der Prognoseentscheidung resultierten zudem eine größere Rechtsunsicherheit<sup>129</sup> und eine weitere Absenkung der Justiziabilität.<sup>130</sup> Dies führe nicht nur zu Gefahren für die Gläubiger; auch die vermeintlich von der gelockerten Prüfungsmethode profitierenden Schuldnerorgane sähen sich aufgrund der Subjektivität der Prognose größeren Haftungsrisiken ausgesetzt.<sup>131</sup>

#### 4. Überschneidung mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit

Weiter bemängeln die Kritiker eine unter Geltung der modifiziert zweistufigen Methode bestehende „nahezu vollständige Überschneidung“<sup>132</sup> des Insolvenzeröffnungsgrundes der Überschuldung mit demjenigen der drohenden Zahlungsunfähigkeit.<sup>133</sup> Dies habe der Gesetzgeber im Rahmen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes übersehen.<sup>134</sup>

Selbst die Vertreter des modifiziert zweistufigen Begriffes<sup>135</sup> kommen weitgehend zu dem Ergebnis, dass ein Unternehmen, das nach diesem Begriff überschuldet ist, stets auch drohend zahlungsunfähig ist. Für die Fortführungsprognose seien nach IDW S 11<sup>136</sup> dieselben Prognosezeiträume zugrunde zu legen und dieselben Verbindlichkeiten anzusetzen.<sup>137</sup> Den einzigen Unterschied im Rahmen der Überschuldungsprüfung stelle das zusätzliche Kriterium der rechnerischen Überschuldung nach Liquidationswerten dar.<sup>138</sup> Vor diesem Hintergrund verbleibe für das freiwillige Antragsrecht nach § 18 InsO nur ein kleiner Anwendungsbereich;<sup>139</sup> faktisch sei es damit ausgehebelt.<sup>140</sup>

<sup>129</sup> Vgl. v. *Bismarck*, ZInsO 2018, 932, 934; *Körnert/Wagner*, ZInsO 2009, 2131, 2133; *Otto*, MDR 2008, 1369, 1371.

<sup>130</sup> *Hoos/Kleinschmidt*, NZG 2009, 1172, 1173.

<sup>131</sup> Vgl. *Otto*, MDR 2008, 1369, 1372.

<sup>132</sup> *Drukarczyk*, Festschrift Baums I, 2017, S. 339, 352.

<sup>133</sup> Vgl. *Drukarczyk* (Fn. 132), S. 339, 345 ff.; *Hölzle*, ZIP 2008, 2003, 2004 f.; *Höffner*, BB 1999, 252, 253; *Neuberger*, ZIP 2019, 1549, 1551; *Piekenbrock*, KTS 2017, 333, 363; *Uhlenbruck-Mock* (Fn. 111), § 19 Rdnr. 9, 12; siehe auch *Thole*, ZIP 2017, 101, 104 sowie *Werner/Sauerwein*, Studie zum deutschen Restrukturierungsmarkt 2019, Heidelberg 2019, S. 21.

<sup>134</sup> *Drukarczyk* (Fn. 132), S. 339, 352.

<sup>135</sup> Vgl. *Penzlin*, NZG 2000, 464, 468; *Pott*, NZI 2012, 4, 7; *Schäfer* (Fn. 18), S. 260; selbst *K. Schmidt-K. Schmidt* (Fn. 19), § 19 Rdnr. 6.

<sup>136</sup> IDW S 11 (Fn. 36), Rdnr. 93 und 57 ff.

<sup>137</sup> *Piekenbrock*, KTS 2017, 333, 363.

<sup>138</sup> *Pott*, NZI 2012, 4, 7.

<sup>139</sup> Vgl. *Andersch/Philipp*, NZI 2017, 782, 784; *Piekenbrock*, KTS 2017, 333, 363. – Dieser Anwendungsbereich deckt vor allem solche Fälle ab, bei denen werthaltige Aktiva der Gesellschaft langfristig

Zudem sei es wertungswidersprüchlich, bei einem derartigen Übereinstimmen von Messmethode und -inhalten verschiedene Rechtsfolgen – zum einen die haftungsbewehrte Antragspflicht, zum anderen das freiwillige Antragsrecht – vorzusehen.<sup>141</sup>

Es ist insoweit darauf hingewiesen worden, dass das an die drohende Zahlungsunfähigkeit anknüpfende freiwillige Insolvenzantragsrecht erst mit der Insolvenzordnung eingeführt worden ist.<sup>142</sup> Zugleich habe sich der Gesetzgeber vom modifiziert zweistufigen Begriff abgewandt und mit seiner Rückkehr zur herkömmlich zweistufigen Methode die Überschuldungsbilanz erneut in den Fokus gerückt und ihr gegenüber der Fortführungsprognose das entscheidende Gewicht beigemessen. Dies zeige, dass die Schwerpunkte von § 18 und § 19 InsO ursprünglich unterschiedlich waren. Mit der Fortführungsprognose als nunmehr zentralem Kriterium hätten beide aber eine kongruente Schwerpunktsetzung erhalten. Die verschiedenen Rechtsfolgen erschienen vor diesem Hintergrund unangemessen. Viele Stimmen fordern daher erneut eine klare(re) Abgrenzung der beiden Insolvenzeröffnungsgründe.<sup>143</sup>

## **5. Aushebelung des gläubigerschützenden Systems im Kontext der Haftungsbeschränkung**

Es wird weiter vorgebracht, die modifiziert zweistufige Methode führe zu einer nicht zu rechtfertigenden Privilegierung haftungsbeschränkter Gesellschaften. Der zwingende Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung sei schließlich gerade vor dem Hintergrund der nur beschränkten Haftungsmasse bei diesen Gesellschaftsformen eingeführt worden. Die neue Fassung gebe diese Idee auf<sup>144</sup> und sei daher mit dem Normzweck kaum vereinbar.<sup>145</sup>

---

gebunden sind und deshalb für die mittelfristige Liquidität nicht zur Verfügung stehen. Dann bestehen u. U. drohende Zahlungsunfähigkeit und eine negative Fortführungsprognose, aber keine rechnerische Überschuldung.

<sup>140</sup> *Beck/Brucklacher* (Fn. 23), S. 5, 9.

<sup>141</sup> Vgl. *Andersch/Philipp*, NZI 2017, 782, 784; *Drukarczyk* (Fn. 132), S. 339, 363; *Penzlin*, NZG 2000, 464, 469; siehe auch *Pott*, NZI 2012, 4, 7.

<sup>142</sup> *Pott*, NZI 2012, 4, 7.

<sup>143</sup> Etwa *Drukarczyk* (Fn. 132), S. 339, 363; *ders.*, ZInsO 2017, 61, 62; *Piekenbrock*, KTS 2017, 333, 363; *Thole*, ZIP 2017, 101, 104; *Vallender*, Festschrift Pannen, 2017, S. 303, 315.

<sup>144</sup> *Drukarczyk*, ZInsO 2017, 61; MünchKomm.InsO-*Drukarczyk/Schüler* (Fn.21), § 19 Rdnr. 1.

<sup>145</sup> *Groß* (Fn. 24), S. 23, 37.



Insoweit verfange das Argument, die Gläubiger seien bei einer positiven Fortführungsprognose aufgrund der vermeintlich prognostisch sichergestellten Befriedigung hinreichend geschützt, nicht, da dies ein Vertrauen darauf voraussetze, dass der (überschuldete) Schuldner die Finanzkraft zur Schuldentilgung im Zeitablauf erwirtschaften wird.<sup>146</sup> Dieses Vertrauen sei angesichts der Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaften aber nicht gerechtfertigt. Aufgrund der Haftungsbeschränkung interessiere es nicht, ob eine (überschuldete) juristische Person in Zukunft die fehlenden Beträge erwirtschaften wird. Es sei gerade das zentrale Wesensmerkmal und die ureigene Aufgabe des haftenden Eigenkapitals als Äquivalent des von Gläubigeransprüchen unbelasteten Vermögens, alle Wertschwankungen der Aktiva aufzufangen, um die Gläubiger vor Verlusten zu schützen.<sup>147</sup> Die gelockerte Überschuldungsdefinition könne die verlustabsorbierende Pufferfunktion des Eigenkapitals „niemals erfüllen“<sup>148</sup>. Eine positive Fortführungsprognose könne schließlich weder rechnerische Überschuldung heilen noch finanzielle Haftung ersetzen. Unter dem neuen Begriff seien keine Vorkehrungen gegen empfindliche Vermögensunterdeckungen vorgesehen, wenn eine mehrjährige positive Fortführungsprognose plötzlich und unerwartet nicht mehr aufrechterhalten werden kann.<sup>149</sup> Außerdem sei auf das Risiko einer Gesellschaftsbeendigung durch jederzeit möglichen Gesellschafterbeschluss vor Wiederherstellung der Schuldendeckung hinzuweisen: In beiden Fällen könnten sich die Gläubiger von der positiven Fortführungsprognose „nichts kaufen“<sup>150</sup>. Schließlich offenbare das Verständnis des Gesetzgebers des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes insgesamt eine fehlende Abwägung mit den Gläubigerinteressen. Diese könnten sich nicht mehr auf den Sanktionsmechanismus der Insolvenzordnung verlassen.<sup>151</sup>

Die Rückkehr zum modifiziert zweistufigen Begriff stehe zudem in einem konzeptionellen Widerspruch zu dem durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)<sup>152</sup> reformierten Gläubigerschutzsystem

---

<sup>146</sup> Höffner, BB 1999, 252, 254.

<sup>147</sup> Körnert/Wagner, ZInsO 2009, 2131, 2133 f.

<sup>148</sup> Körnert/Wagner, ZInsO 2009, 2131, 2135.

<sup>149</sup> MünchKomm.InsO-Drukarczyk/Schüler (Fn. 21), § 19 Rdnr. 40.

<sup>150</sup> Wackerbarth, NZI 2009, 145, 147.

<sup>151</sup> Körnert/Wagner, ZInsO 2009, 2131, 2134 f.

<sup>152</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBl. I, 2026.

im GmbH-Recht.<sup>153</sup> Im Zuge des MoMiG seien die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften herabgesenkt und im Gegenzug das Insolvenzrecht gerade in Bezug auf Kapitalgesellschaften und vor dem Hintergrund des zu dem Zeitpunkt geltenden strengeren herkömmlich zweistufigen Überschuldungstatbestands verschärft worden, womit der Insolvenzgrund der Überschuldung weitergehende Bedeutung gewonnen habe.<sup>154</sup> Diese gesetzgeberischen Bestrebungen würden durch die Rückkehr zum modifiziert zweistufigen Begriff konterkariert.<sup>155</sup> Insgesamt könne daher an der geltenden Methode nicht festgehalten werden.<sup>156</sup>

### III. Reformbedarf im Zuge der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie

Im Zuge der rechtspolitischen Debatte um die Restrukturierungsrichtlinie<sup>157</sup> ist auch die Diskussion um den geltenden Überschuldungsbegriff neu entfacht worden, und zwar vor zwei Hintergründen.

#### 1. Harmonisierung der Insolvenzeröffnungsgründe in Europa

Teilweise wird die Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie als Aufhänger gesehen, in Deutschland den Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung im Zuge einer Harmonisierung der Insolvenzrechte abzuschaffen.<sup>158</sup> In vielen anderen europäischen Ländern, insbesondere in Frankreich<sup>159</sup> – mit dessen Insolvenzrecht perspektivisch eine weitgehende Vereinheitlichung angestrebt wird<sup>160</sup> –, existiere der Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung schließlich nicht.<sup>161</sup>

---

<sup>153</sup> *Hirte/Knof/Mock*, ZInsO 2008, 1217, 1223; siehe auch *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833, 839.

<sup>154</sup> *Hirte/Knof/Mock*, ZInsO 2008, 1217, 1224.

<sup>155</sup> *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833, 839.

<sup>156</sup> *Groß* (Fn. 24), S. 23, 26.

<sup>157</sup> Oben Fn. 1.

<sup>158</sup> *Vallender*, WPg 2011, Sonderheft 1, 31 ff; vgl. auch *Gruber*, EuZW 2019, 181, 184.

<sup>159</sup> *Gruber*, EuZW 2019, 181, 184.

<sup>160</sup> Zeilen 2486 ff. des Koalitionsvertrags (Fn. 2).

<sup>161</sup> Vgl. *Andersch/Philipp*, NZI 2017, 782, 784; *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833, 841; *Holzer*, ZIP 2008, 2108; *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 23; *Riewe*, NZI Aktuell 22/2012, VI; *Rokas*, ZInsO 2009, 18, 21.

## 2. Kollision des Anwendungsbereichs der Restrukturierungsrichtlinie mit dem Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung

Zum anderen und vor allem wird die Aufmerksamkeit darauf gelenkt, dass unter Beibehaltung des geltenden Überschuldungsbegriffes der Anwendungsbereich der Restrukturierungsrichtlinie stark beschnitten sei. Teilweise wird daher in diesem Zusammenhang erneut die Abschaffung der Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung gefordert.<sup>162</sup>

Der in Art. 5 ff. Restrukturierungsrichtlinie vorgesehene „präventive Restrukturierungsrahmen“ – ein vorinsolvenzliches und weitgehend außergerichtliches Sanierungsverfahren – gilt als „Herzstück“<sup>163</sup> der Restrukturierungsrichtlinie. Das unionsrechtliche Effektivitätsgebot (Art. 4 Abs. 3 EUV) verpflichtet Deutschland im Verhältnis zur Europäischen Union zu einer effektiven Richtlinienumsetzung. Dem widerspräche es, wenn die Regelungen zum präventiven Restrukturierungsrahmen faktisch nicht zur Anwendung kämen.

Der Anwendungsbereich der Restrukturierungsrichtlinie wird in deren Art. 4 Abs. 1 umrissen. Danach sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten bei einer drohenden Insolvenz Zugang zu einem wirksamen präventiven Restrukturierungsrahmen haben. Die Zugangsschwelle ist dabei ausweislich der Restrukturierungsrichtlinie allein nach nationalem Recht zu bestimmen, Art. 2 Abs. 1a lit. (b).<sup>164</sup> Wie dieses auszugestalten ist, ist Gegenstand aktueller Diskussion.

Viele Autoren<sup>165</sup> sprechen sich für die drohende Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 18 InsO als einzig hinreichend konkretisierte und gleichzeitig in Einklang mit den Gläubiger-

<sup>162</sup> Nachweise unten in Fn. 175 f.

<sup>163</sup> *Lange/Swierczok*, BB 2019, 514.

<sup>164</sup> Vgl. *Freitag*, ZIP 2019, 541, 542 und 546; *Lange/Swierczok*, BB 2019, 514, 515; *Madaus*, DB 2019, 592, 593.

<sup>165</sup> *Blankenburg*, ZInsO 2017, 241, 242; *Freitag*, ZIP 2019, 541, 547; *Frind*, NZI 2018, 431, 434; *Graf-Schlicker*, Beil. zu ZIP 22/2016, 21, 22; *Gravenburger Kreis*, Stellungnahme v. 23.5.2016, abgedruckt in ZInsO 2016, 1206; *Kayser*, Beil. zu ZIP 22/2016, 40, 43; *Siepmann/Blankenburg* in: *Morgen* (Hrsg.), *Präventive Restrukturierung*, 2019, Art. 4 Rdnr. 34; *Thole*, ZIP 2017, 101, 104; *Vallender*, *Festschrift Pannen*, 2017, S. 303, 315. Ebenso *Brinkmann*, *Festschrift für K. Schmidt zum 80. Geburtstag*, 2019, S. 153, 161 ff., der sich aber für eine abweichende Bestimmung der drohenden Zahlungsunfähigkeit einsetzt.

rechten<sup>166</sup> zu bringende Zugangsvoraussetzung für das präventive Verfahren aus. Dem stellt sich eine Vielzahl anderer Autoren mit Verweis auf ein sich vor allem aus den Erwägungsgründen, insbesondere dem jetzigen Erwägungsgrund 24, ergebendes „Abstandsgebot“<sup>167</sup> zum Insolvenzverfahren entgegen: Der Anwendungsbereich des präventiven Verfahrens müsse zeitlich vor der drohenden Zahlungsunfähigkeit angesiedelt werden, da diese bereits Insolvenzeröffnungsgrund sei, die Restrukturierungsrichtlinie aber ein Verfahren vorschreibe, das zeitlich früher greife.<sup>168</sup> Insoweit werden verschiedene Definitionen und Feststellungsmechanismen zur Bestimmung der den Zugang eröffnenden Krise,<sup>169</sup> die Anknüpfung an die rechnerische Überschuldung bei positiver Fortführungsprognose<sup>170</sup> oder gleich ein vollständiger Verzicht auf eine Zugangshürde<sup>171</sup> vorgeschlagen.<sup>172</sup>

Insbesondere diejenigen, die eine Anknüpfung an den Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit befürworten, sehen eine Kollision mit dem Tatbestand der Überschuldung.<sup>173</sup> Entsprechend wird befürchtet, gerade die von der Restrukturierungsrichtlinie besonders in den Blick genommenen haftungsbeschränkten Gesellschaften würden faktisch dem Anwendungsbereich der Richtlinie entzogen, weil bei eingetretener Überschuldung Insolvenzantrag zu stellen und ein präventives Restrukturierungsverfahren

---

<sup>166</sup> Siehe insbesondere *Bork*, ZIP 2017, 1441, 1445; *Jacobi*, ZInsO 2017, 1, 6; *Thole*, ZIP 2017, 101, 103; *Vallender*, Festschrift Wimmer, 2017, S. 537, 550; siehe auch *Ganter*, Festschrift Wimmer, 2017, S. 210, 214; *Hölzle*, ZIP 2017, 1307, 1310.

<sup>167</sup> *Ganter* (Fn. 166), S. 210; vgl. auch *Freitag*, ZIP 2019, 541, 546.

<sup>168</sup> Vgl. *Goetker* (Fn. 96), Rdnr. E. 79 ff.; *Lange/Swierczok*, BB 2019, 514, 516; *Müller*, ZGR 1/2018, 56, 62; *Seagon*, NZI Beil. zu 1/2017, 12, 13; *Westpfahl*, ZGR 2010, 385, 418 ff. siehe auch *Haas*, European Insolvency & Restructuring, TLE-019-2019; *Hölzle*, ZIP 2017, 1307, 1310; das Problem sehen auch *Thole*, ZIP 2017, 101/103 und *Vallender* (Fn. 166), S. 537, 550, freilich ohne daraus Konsequenzen zu ziehen.

<sup>169</sup> Vorschläge für verschiedene Anknüpfungspunkte finden sich bei *Frind/Pollmächer*, ZInsO 2016, 1292; *Hölzle*, ZIP 2017, 1307, 1310 f.; *Jacobi*, ZInsO 2017, 1, 6; *Müller*, ZGR 1/2018, 56, 63; *Naumann*, NZI Beil. zu 1/2017, 35; *Neuberger*, ZIP 2019, 1549, 1555; *Zipperer*, ZInsO 2016, 831, 834 f.

<sup>170</sup> *Jacoby*, ZGR 2010, 359, 367 ff.; *Piekenbrock* (Fn. 94), S. 48; *Westpfahl*, ZGR 2010, 385, 417 ff.

<sup>171</sup> Vgl. grundlegend *Bork*, ZIP 2010 397, 402 f., allerdings noch vor Beginn der Verhandlungen über die Restrukturierungsrichtlinie; vgl. weiter *Commandeur/Hübler*, NZG 2016, 340, 342; *Eidenmüller*, KTS 2014, 401, 414; *Madaus*, DB 2019, 592, 594; *Naumann*, NZI Beil. zu 1/2017, 35; *Sax/Ponsek/Swierczok*, BB 2017, 323, 325; *Siemon*, NZI 2016, 57, 62; VID, Grundsätze eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens, v. 16.2.2016, S. 1; abrufbar unter: <https://www.vid.de/initiativen/grundsätze-eines-vorinsolvenzlichen-sanierungsverfahrens/> (zuletzt abgerufen am 26. September 2019).

<sup>172</sup> Anders wiederum *Piekenbrock*, KTS 2017, 333, 363, der an die Überschuldung als Zugangsvoraussetzung anknüpfen will.

<sup>173</sup> Vgl. auch *Siepmann/Blankenburg* (Fn. 165), Rdnr. 33 sowie die Darstellung bei *Frind*, NZI 2018, 431, 432.

nicht mehr möglich sei.<sup>174</sup> Daher sei die Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund zu streichen, was zwar „rechtspolitisch bedauerlich“<sup>175</sup>, im Sinne einer effektiven Richtlinienumsetzung aber unumgänglich sei.<sup>176</sup>

Diese Sichtweise ist jedoch nicht zwingend. Teilweise wird schon eine Abgrenzung der Zugangsvoraussetzungen des vorinsolvenzlichen vom regulären Insolvenzverfahren gar nicht für erforderlich gehalten. Bei dem präventiven Restrukturierungsrahmen handele es sich schließlich nur um ein „zusätzliches Werkzeug“<sup>177</sup> zur Sanierung. Zeitliche Überschneidungen seien unerheblich.<sup>178</sup> Es bedürfe auch keiner besonderen Abgrenzungsmechanismen, da sich diese eindeutig und auch für den Laien verständlich daraus ergäben, dass nur beim Insolvenzverfahren zwingend alle Gläubiger beteiligt und betroffen seien.<sup>179</sup> Letztlich handele es sich bei dem präventiven Restrukturierungsrahmen mehr um ein gesellschaftsrechtliches denn um ein insolvenzrechtliches Instrument.<sup>180</sup>

Andere Autoren sehen dagegen zwar ein Überschneidungsproblem, ziehen daraus aber nicht den Schluss, den Überschuldungstatbestand abzuschaffen.<sup>181</sup> *Thole*<sup>182</sup> schlägt in diesem Zusammenhang eine Konturenschärfung des Überschuldungstatbestands vor. Da die Restrukturierungsrichtlinie nicht in etablierte nationale Verfahren eingreifen wolle, sei es primär eine einfachrechtliche und rechtspolitische Frage, wie nah das präventive Restrukturierungsverfahren an die bekannten Insolvenzeröffnungsgründe herangerückt werden soll.<sup>183</sup>

---

<sup>174</sup> Freitag, ZIP 2019, 541, 550 f.; letztlich auch *Siepmann/Blankenburg* (Fn. 165), Rdnr. 33.

<sup>175</sup> Freitag, ZIP 2019, 541, 551.

<sup>176</sup> Vgl. auch *Andersch/Philipp*, NZI 2017, 782, 784; *Gruber*, EuZW 2019, 181, 184.

<sup>177</sup> Fritz, BB 2019, I; *ders.*, INDat-Report 1/2019, 68, 70; ähnlich auch *Spiekermann*, ZInsO 2019, 429, 432.

<sup>178</sup> Ähnlich auch die Bundesregierung (Bezeichnung als „weitere Option“ neben dem insolvenzrechtlichen Verfahren), vgl. Bericht der Bundesregierung zur ESUG-Evaluation, Juli 2018, (abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018\\_Bericht\\_BReg\\_Evaluierung\\_ESUG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018_Bericht_BReg_Evaluierung_ESUG.pdf?__blob=publicationFile&v=1), zuletzt abgerufen am 26. September 2019), S. 5.

<sup>179</sup> *Frind/Pollmächer*, ZInsO 2016, 1290, 1291 f.

<sup>180</sup> *Haas*, European Insolvency & Restructuring, TLE-019-2019.

<sup>181</sup> Siehe etwa *Hölzle*, ZIP 2017, 1307 f.; *Thole*, ZInsO 2019, 1622, 1624 ff.

<sup>182</sup> *Thole*, ZIP 2017, 101, 104.

<sup>183</sup> *Thole*, ZIP 2017, 101, 103.

Einige Autoren sind schließlich der Meinung, die eingetretene Überschuldung sei ebenso wie die eingetretene Zahlungsunfähigkeit ein notwendiges und beizubehaltendes Abgrenzungskriterium gegenüber dem präventiven Restrukturierungsverfahren.<sup>184</sup> Insbesondere die grundsätzliche Kritik am Überschuldungstatbestand sei gerade vor dem Hintergrund der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie in Frage zu stellen.<sup>185</sup> Denn eine vorinsolvenzliche Sanierung könne nur solange betrieben werden, wie der insolvenzrechtliche Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz Suspendierung erfahren dürfe.<sup>186</sup> Dies diene der notwendigen Abgrenzung zum Insolvenzverfahren. Bei der Restrukturierung gehe es um mehr als nur um die Vermeidung von drohender Zahlungsunfähigkeit, nämlich um eine Beseitigung der zulässigen Bugwelle im Sinne dauerhafter Konsolidierung. Ein richtig verstandener Überschuldungstatbestand Sorge damit zugleich dafür, dauerhaft und bereits absehbar nicht ertragsfähige Unternehmen aus dem Restrukturierungsrahmen auszusortieren. Ein präventiver gesetzlicher Restrukturierungsrahmen könne „durch eine wohlverstandene Pflicht zur Überschuldungsprüfung nur gewinnen“<sup>187</sup>.

Um diese Aussagen mit dem Richtlinienentext in Einklang zu bringen, muss man sie so verstehen, dass allein der Zugang zum Restrukturierungsverfahren gemeint ist.<sup>188</sup> Denn Art. 7 Abs. 1 der Restrukturierungsrichtlinie sieht vor, dass (eintretende) Insolvenzantragspflichten während der Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen im Rahmen der Durchführung des Restrukturierungsverfahrens zu suspendieren sind. Eine Öffnungsmöglichkeit räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten nur für die eintretende Zahlungsunfähigkeit ein (vgl. Art. 7 Abs. 3 Restrukturierungsrichtlinie). Vor diesem Hintergrund ist auch *Thole*<sup>189</sup> im Ergebnis der Meinung, der Überschuldungstatbestand sei nicht abzuschaffen; eine später eintretende Überschuldung sei schließlich nach der Richtlinie unerheblich und stehe der außergerichtlichen Sanierung damit nicht entgegen.

---

<sup>184</sup> *Commandeur/Hübler*, NZG 2016, 340, 342; *Frind/Pollmächer*, ZInsO 2016, 1292, 1294; *Thole*, ZIP 2017, 101, 104; ähnlicher Gedanke auch bei *Hölzle*, ZIP 2017, 1307, 1313; in die Richtung ferner *Haas*, European Insolvency & Restructuring, TLE-019-2019.

<sup>185</sup> *Frind*, NZI 2018, 431, 433 ff.

<sup>186</sup> Vgl. auch bereits *Bork*, ZIP 2010, 397, 402.

<sup>187</sup> *Frind*, NZI 2018, 431, 435.

<sup>188</sup> So auch die Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft, ZInsO 2017, 1268; *Haas*, European Insolvency & Restructuring, TLE-019-2019. *Fritz*, NZI Beil. zu 1/2017, 9, 12, scheint sich demgegenüber einen Eintritt in das präventive Verfahren auch noch nach eingetretener Überschuldung vorstellen zu können; ähnlich auch *Piekenbrock*, KTS 2017, 333, 363, siehe dazu bereits oben Fn. 170, 172.

<sup>189</sup> *Thole*, ZIP 2017, 101, 104.

Als Zugangshindernis sei die bereits eingetretene Überschuldung hingegen sinnvoll, sofern die Unterschiede zur drohenden Zahlungsunfähigkeit hinreichend herausgearbeitet werden.

### C. Lösungsansatz: Rückkehr zum herkömmlichen Modell

Bereits die zuletzt genannten Stimmen lassen den Schluss zu, dass es im Sinne der Ausgangsthese des Gutachtens als lohnenswert erscheint, eine Rückkehr zum herkömmlich zweistufigen Überschuldungsbegriff in Erwägung zu ziehen. Im Folgenden wird untersucht, ob eine solche Herangehensweise, die die Kritikpunkte am Überschuldungstatbestand im Allgemeinen und an der derzeit in Gesetzesform gegossenen modifiziert zweistufigen Ermittlungsmethode im Besonderen aufgreift, das Dilemma aufzulösen vermag und gerade vor dem Hintergrund der Richtlinienumsetzung den Weg zu einem schlüssigen Gesamtsystem zu ebnet geeignet ist.

Eine Rückkehr zum früheren Modell ist in den letzten Jahren bereits von einigen Autoren in Erwägung gezogen worden.<sup>190</sup> Tatsächlich zeigt eine Untersuchung der Kritikpunkte, dass die ganz grundsätzliche Kritik am Überschuldungstatbestand nicht überzeugt (I.). Auch die am herkömmlich zweistufigen Begriff geäußerte Kritik greift im Großen und Ganzen zu weit (II.). Stattdessen ergibt sich gerade im Zusammenhang mit der Umsetzung der Richtlinie, dass eine Rückkehr zu dieser Methode vorzugswürdig ist (III.).

#### I. Abschaffung des Überschuldungstatbestands

Der weitestgehende Vorschlag liegt sicher darin, den Überschuldungstatbestand vollständig abzuschaffen. Dagegen haben sich indessen viele Stimmen gestellt, die zwingende Gründe für ein Beibehalten ins Feld führen<sup>191</sup> oder jedenfalls keine zwingenden Gründe für eine Abschaffung ausmachen können und daher die rechtspolitischen Argumente für das Beibehalten als überwiegend beurteilen.<sup>192</sup> Die Überschuldungsprüfung sei zwar durchaus aufwendig und mit einigen Kosten verbunden; dies rechtfertige die

---

<sup>190</sup> *Drukarczyk* (Fn. 132), S. 339, 352 ff., dort allerdings verbunden mit der weiteren Forderung, die Fortführungswerte als Unternehmensgesamtwerte zu verstehen; *Eckert/Happe*, ZInsO 2008, 1098, 1101; *Körnert/Wagner*, ZInsO 2009, 2131 ff. Ebenso *Groß* (Fn. 24), S. 23, 38. Seiner Auffassung nach beinhaltet auch ein Vorschlag des IDW eine Rückkehr zum herkömmlichen Begriff. Bei dieser Aussage scheint es sich indes um einen „Freud’schen Verleser“ zu handeln. Dem von ihm zitierten IDW-Vorschlag ist eine solche Empfehlung jedenfalls nicht zu entnehmen; vgl. IDW S 11 (Fn. 36). Skeptisch aber *Beck/Brucklacher* (Fn. 23), S. 5, 10.

<sup>191</sup> Nachdrücklich insbesondere K. Schmidt-K. *Schmidt* (Fn. 19), § 19 Rdnr. 7; siehe aber auch *Frind/Pollmächer*, ZInsO 2016, 1290, 1294; *Kayser*, Beil. zu ZIP 22/2016, 40; *Steffan/Poppe*, INDat Report 07/2019, S. 32 ff.; *Uhlenbruck-Mock* (Fn. 111), § 19 Rdnr. 8.

<sup>192</sup> Siehe etwa *Schäfer* (Fn. 18), S. 278; *Thole*, ZInsO 2019, 1622, 1624.



Abschaffung aber nicht.<sup>193</sup> Nur weil etwas kompliziert ist, gehöre es nicht schon abgeschafft, sofern dessen Sinn und Zweck rechtspolitisch unterstützenswert sei.<sup>194</sup> Vorzuziehen sei deshalb der Versuch, den Begriff handhabbarer und praktikabler zu gestalten.<sup>195</sup>

In der Tat überzeugt es nicht, eine Streichung von § 19 InsO zu fordern, wie sich aus folgenden Überlegungen ergibt:

### 1. Gläubigerschutz und rechtzeitige Verfahrenseröffnung

Auf der Hand liegen zunächst zwei Gesichtspunkte: Bedenkt man, dass Überschuldung häufig früher vorliegt als Zahlungsunfähigkeit, und knüpft man die Antragspflicht nicht erst an die eingetretene Zahlungsunfähigkeit, sondern bereits an die Überschuldung, führt dies (bei unterstellter Gesetzestreue) zu einer früheren Verfahrenseröffnung und schützt damit die Gläubiger der betroffenen Gesellschaft. Vor dem Hintergrund der Ziele der Insolvenzordnung kommt dem eine überragende Bedeutung zu. Zu Recht wird die Funktion eines „präventiven Gläubigerschutzmittels“ als unentbehrlich angesehen.<sup>196</sup>

Ähnlich steht es um die rechtzeitige Verfahrenseröffnung. Die Insolvenzordnung versucht, Anreize für eine möglichst frühe Verfahrenseröffnungen zu setzen. Die Zahlungsunfähigkeit gilt als unverzichtbarer, aber zu spät wirkender Eröffnungsgrund.<sup>197</sup> Spätestens seit dem ESUG kommt der Gesichtspunkt eines Wandels des Verständnisses des Insolvenzverfahrens vom reinen Liquidations- zum Sanierungsverfahren hinzu. Der früher eingreifende Eröffnungsgrund der Überschuldung unterstützt diese Ziele.<sup>198</sup> Folge einer Abschaffung wäre ein höherer Anteil masseloser Verfahren bzw. kleiner Quoten.<sup>199</sup> Eine Sanierung kommt darüber hinaus nur dann in Betracht, wenn noch Werte

---

<sup>193</sup> Schäfer (Fn. 18), S. 278.

<sup>194</sup> Brinkmann (Fn. 165), S. 165 ff.

<sup>195</sup> Vgl. Thole, ZInsO 2019, 1622, 1624 ff.; siehe auch bereits ders., ZIP 2017, 101, 104.

<sup>196</sup> Vgl. Greil/Herden, ZInsO 2010, 833, 841; Schäfer (Fn. 18), S. 278; K. Schmidt-K. Schmidt (Fn. 25), § 19 Rdnr. 7; Thonfeld, NZI 2009, 15, 17; Weyand, ZInsO 2008, 705.

<sup>197</sup> Drukarczyk, ZInsO 2017, 61, 62 und 67.

<sup>198</sup> Schäfer (Fn. 18), S. 262. Gegen eine Abschaffung vor diesem Hintergrund auch Frind/Pollmächer, ZInsO 2016, 1290, 1294; Kayser, Beil. zu ZIP 22/2016, 40.

<sup>199</sup> Schäfer (Fn. 18), S. 263.

vorhanden sind.<sup>200</sup> Schaffte man den Tatbestand der Überschuldung ab, könnte man das Insolvenzrecht mangels noch vorhandener Massen nicht mehr als Sanierungsrecht ansehen.<sup>201</sup> Die Ziele des ESUG wären verfehlt.

Den vorstehenden Erwägungen lässt sich nicht die sich derzeit auch empirisch niederschlagende Bedeutungslosigkeit des Tatbestandes in der Praxis der Verfahrenseröffnungen entgegenhalten.<sup>202</sup> Es ist schon zweifelhaft, ob diese geringe praktische Signifikanz an fehlender Bekanntheit und Akzeptanz des Eröffnungsgrundes liegt.<sup>203</sup> Jedenfalls kann eine etwaige Bedeutungslosigkeit dessen rechtspolitische Notwendigkeit nicht in Frage stellen. Es handelt sich vielmehr um ein allgemeines Problem der Normakzeptanz, das sich auch in anderen Rechtsbereichen wiederfindet und gerade nicht zum Anlass einer Aufweichung zugunsten der die Norm ignorierenden Kreise und zulasten des geschützten Personenkreises genommen werden sollte,<sup>204</sup> sondern vielmehr durch begleitende Maßnahmen<sup>205</sup> anzugehen ist. Könnte man die Organe dazu bringen, ihrer Pflicht nachzukommen, wären frühe(re) Eröffnungen sicherlich deutlich häufiger zu beobachten.<sup>206</sup>

## 2. Ordnungs- und Disziplinierungsfunktion

Die Befürworter einer Abschaffung übersehen zudem die dem Überschuldungstatbestand zukommende Ordnungs- und Disziplinierungsfunktion.

---

<sup>200</sup> Vgl. *Beck/Brucklacher* (Fn. 23), S. 5, 11.

<sup>201</sup> *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833, 841.

<sup>202</sup> Siehe oben Ziff. B.I.1.a.

<sup>203</sup> Skepsis auch bei *Steffan/Poppe*, INDat Report 7/2019, S. 32, 33.

<sup>204</sup> Vgl. auch *Thole*, KTS 2019, 289, 302; *ders.*, ZInsO 2019, 1622, 1624; ähnlich auch *Neuberger*, ZIP 2019, 1549, 1556; *Uhlenbruck-Mock* (Fn. 111), § 19 Rdnr. 8. – Paradebeispiel ist die weit verbreitete Überschreitung von Geschwindigkeitsbegrenzungen. Angesichts des unstreitigen Schutzzwecks fordert niemand deren Abschaffung.

<sup>205</sup> Der BGH hat mit Urteil vom 26.01.2017 (ZIP 2017, 427, insb. Rdnr. 51) insoweit bereits die Steuerberater in die Pflicht genommen, bei entsprechenden Anzeichen auf eine mögliche Insolvenz hinzuwirken. *Neuberger*, ZIP 2019, 1549, 1556 schlägt in diesem Zusammenhang weitergehend die Einführung eines „Geschäftsleiter-Führerscheins“ als Voraussetzung für die Geschäftsleiter-Bestellung vor, dessen Erwerb den Nachweis insolvenzrechtlicher Grundkenntnisse erfordern solle. Er appelliert zudem an sämtliche Verfahrensbeteiligte, die vorhandenen Haftungsnormen „anzuwenden und durchzusetzen“, um diesen zu einer breiteren Bekanntheit zu verhelfen (a.a.O., S. 1557).

<sup>206</sup> *Schäfer* (Fn. 18), S. 277 f. – Insoweit ist allerdings zu konstatieren, dass Druckmittel in vielen Rechtsordnungen nicht zu einer frühzeitigen Antragstellung führen. Die Gründe dürften eher auf psychologischer Ebene liegen: Der Schuldner will sich sein Scheitern im Allgemeinen nicht eingestehen und glaubt daher bis zuletzt, die Wende noch zu schaffen; vgl. auch *Jacoby*, ZGR 2010, 359, 368.

Der Tatbestand der Überschuldung ist nicht nur ein Eröffnungsgrund. Er stellt auch einen unternehmensrechtlichen Verbotstatbestand dar.<sup>207</sup> Der Eintritt der Überschuldung grenzt die rechtmäßige von der rechtswidrigen Unternehmensfortführung ab und verpflichtet damit die Organe zur beständigen Selbstprüfung.<sup>208</sup> Bei dieser – über §§ 15a InsO, 64 GmbHG, 92, 93 AktG, 130a HGB haftungs- und strafbewehrten – Pflicht handelt es sich um einen Teil des zur Insolvenzprophylaxe angelegten Pflichtenkatalogs, dessen Beseitigung das gläubigerschützende Gesamtsystem grundlegend in Frage stellen würde.<sup>209</sup> Insoweit kann auch nicht von einer Bedeutungslosigkeit des Tatbestands auf tatsächlicher Ebene gesprochen werden.<sup>210</sup>

Dagegen lässt sich nicht einwenden, derartige Kontrollpflichten ließen sich auch isoliert von Antragspflichten normieren.<sup>211</sup> Denn wie soll eine Kontrollpflicht ohne eine an bestimmte Kontrollergebnisse geknüpfte Verhaltensregel aussehen? Ohne konkrete Handlungsgebote, die verletzt werden könnten, scheiden Haftungsfolgen grundsätzlich aus – ohne korrelierende Haftungsfolgen wiederum sind Rechtspflichten schwerlich durchsetzbar. Der Vorschlag erscheint mithin rechtspraktisch nicht haltbar.

Vielmehr ist zu konstatieren, dass die Antragspflicht im Überschuldungsfalle unmittelbarer Baustein der insolvenzrechtlichen Ordnungsfunktion ist.<sup>212</sup> Sie bietet Anreize zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung, die gerade im Missbrauchsbereich besonders wichtig ist. Auch wenn man den Fokus auf die Kreditbasierung der Geldwirtschaft legt, ist der Schuldendeckungsfähigkeit eine zentrale ordnungsstiftende Funktion beizumessen.<sup>213</sup> Schließlich kann der Überschuldungstatbestand – sofern er an eine rechnerische Überschuldung anknüpft – Anreize für eine bessere Eigenkapitalausstattung setzen.<sup>214</sup> Auch diesen weitergehenden Aspekten kommt rechtspolitische Bedeutung zu.

---

<sup>207</sup> *Rokas*, ZInsO 2009, 18, 22.

<sup>208</sup> *K. Schmidt*, AG 1978, 334, 339; vgl. auch *Frind*, NZI 2018, 431, 433; *Schäfer* (Fn. 18), S. 262; *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 489.

<sup>209</sup> Vgl. *Rokas*, ZInsO 2009, 18, 21.

<sup>210</sup> Vgl. *Thole*, KTS 2019, 289, 302; *ders.*, ZInsO 2019, 1622, 1624.

<sup>211</sup> So aber *Frystatzki*, NZI 2011, 521, 526.

<sup>212</sup> Zutr. *Frind*, NZI 2018, 431, 432.

<sup>213</sup> *Körnert/Wagner*, ZInsO 2009, 2131, 2135; in diese Richtung auch *Thonfeld*, NZI 2009, 15, 17.

<sup>214</sup> *Wackerbarth*, NZI 2009, 145, 146.

### 3. Gesellschaftsrechtlicher Kapitalschutz

Ein weiteres Argument für die Beibehaltung der Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund ergibt sich aus dem Zusammenhang zum gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutz. Die Insolvenzantragspflicht im Falle der Schuldenunterdeckung ist als Ergänzung zu den gesellschaftsrechtlichen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften Teil des Preises, den Kapitalgesellschaften für ihre beschränkte Haftung zu zahlen haben.<sup>215</sup> Schafft man den Eröffnungsgrund der Überschuldung ab, erfordert dies eine umfassende Änderung der Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften.<sup>216</sup> Andernfalls droht eine Abschaffung dieses Gläubigerschutzinstruments das System der haftungsbeschränkten Gesellschaftsformen grundsätzlich in Frage zu stellen.

### 4. Keine europarechtliche Gebotenheit

Auch die dargestellten europarechtlichen Harmonisierungsbestrebungen greifen nicht Platz.

#### a) Rechtsvergleichende Überlegungen

Dem Argument, der Überschuldungstatbestand müsse schon im Hinblick auf eine anzustrebende Insolvenzrechtsvereinheitlichung in Europa abgeschafft werden, ist erwidert worden, eine Angleichung der Insolvenzeröffnungsgründe sei von der Restrukturierungsrichtlinie nicht vorgesehen,<sup>217</sup> vielmehr wolle diese gerade nicht in etablierte innerstaatliche Verfahren eingreifen.<sup>218</sup> Es ergebe sich zwar die Möglichkeit, die Restrukturierungsrichtlinienumsetzung zu einer solchen Angleichung zu nutzen.<sup>219</sup> Dagegen spreche aber, dass es durchaus auch andere (europäische) Staaten gibt, die den Insolvenzgrund der Überschuldung kennen.<sup>220</sup> Die Insolvenzantragspflicht im Falle der

<sup>215</sup> Vgl. Schäfer (Fn. 18), S. 263 f.

<sup>216</sup> Beck/Brucklacher (Fn. 23), S. 5, 11.

<sup>217</sup> Gruber, EuZW 2019, 181, 184; Jacobi, ZInsO 2017, 1, 5.

<sup>218</sup> Dazu Richtlinienentwurf vom 22.11.2016, COM (2016) 723 final, S. 5; vgl. auch Freitag, ZIP 2019, 541, 549; Seagon, NZI, Beil. zu 1/2017, 12, 14.

<sup>219</sup> Siehe auch Haas, European Insolvency & Restructuring, TLE-019-2019.

<sup>220</sup> Insbesondere England (sec. 123(2) Insolvency Act 1986), Italien (Art. 2 1 b Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), Österreich (§§ 1, 67 IO), Portugal (Art. 3 Abs. 2 CIRE) und die Schweiz (Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725, 725a OR); vgl. Hirte/Knof/Mock, ZInsO 2008, 1217, 1218; Schäfer

Überschuldung sei zudem gerade aus europarechtlichen Gründen (Verlagerung der als zwingend erachteten Gläubigerschutzvorschriften vom Gesellschafts- in das Insolvenzrecht nach der *Inspire Art*-Entscheidung des EuGH<sup>221</sup>) in die Insolvenzordnung eingeführt worden.<sup>222</sup> Eine europarechtlich begründete Streichung erscheine vor diesem Hintergrund fragwürdig.<sup>223</sup>

In der Tat ist zu konstatieren, dass viele Rechtsordnungen, übrigens in Übereinstimmung mit Empfehlungen der UNCITRAL,<sup>224</sup> an die Überschuldung anknüpfen<sup>225</sup> – sei es als eigener Insolvenzgrund,<sup>226</sup> sei es als Indiz für die Zahlungsunfähigkeit<sup>227</sup>. Es ist daher auf den ersten Blick etwas scheinheilig, wenn ausgerechnet von englischer Seite immer wieder betont wird, dies sei international gesehen ein deutlicher Standortnachteil. Tatsächlich attackiert wird damit freilich nicht die Anknüpfung an die Überschuldung (§ 19 InsO), sondern die Existenz einer an die Überschuldung anknüpfenden Antragspflicht (§ 15a InsO). Hier könnte die Lösung möglicherweise in einer moderaten Ausdehnung der Antragsfrist liegen, etwa nach französischem Vorbild (45 Tage nach Zahlungseinstellung, Art. L. 631-4, L. 640-4 Code de Commerce).

Daraus lässt sich also wenig ableiten.<sup>228</sup> Im Gegenteil kann darauf verwiesen werden, dass die Insolvenzordnung nach dem Bewertungsindex der Weltbank zu den leistungsfähigsten Insolvenzrechtsregimen in der Welt gehört<sup>229</sup> und damit eher als Vorreiterin denn als Nachzüglerin betrachtet wird.<sup>230</sup>

---

(Fn. 18), S. 265 ff.; *Thole*, KTS 2019, 289, 302; *ders.*, ZIP 2017, 101, 104; ausführlich zur Überschuldung in den europäischen nationalen Insolvenzrechten *Piekenbrock*, KTS 2017, 333 ff.

<sup>221</sup> EuGH, Rechtssache C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam ./. Inspire Art Ltd*, ECLI:EU:C:2003:512 = ZIP 2003, 1885.

<sup>222</sup> *Frind*, NZI 2018, 431, 432 f.

<sup>223</sup> *Frind*, NZI 2018, 431, 432 f.

<sup>224</sup> Vgl. Recommendations 15(b)/16(b) UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (New York, 2005) sowie dort S. 26 Rdnr. 25 ff., 29.

<sup>225</sup> Vgl. oben Fn. 220.

<sup>226</sup> Das gilt vor allem für jene Staaten, die auf Empfehlung der Weltbank sowie des IMF das deutsche Insolvenzrecht übernommen haben. Aber auch die Definition der Insolvenz in § 101(32) U.S. Bankruptcy Code weist in diese Richtung.

<sup>227</sup> Hier ist insbesondere das englische Recht zu nennen, vgl. sec. 123(2) Insolvency Act 1986.

<sup>228</sup> Ebenso *Thole*, KTS 2019, 289, 302.

<sup>229</sup> Vgl. S. 162 des Berichts der World Bank, *World Bank Doing Business 2017*, 15<sup>th</sup> ed. (abrufbar unter: <https://www.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-2018>, zuletzt abgerufen am 26. September 2019).

<sup>230</sup> Vgl. auch *Seagon*, NZI, Beil. zu 1/2017, 12, 15.

## b) Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie

Auch die effektive Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie verlangt keine Abschaffung der Überschuldung als zwingenden Insolvenzeröffnungsgrund. Wenn Art. 4 Restrukturierungsrichtlinie von der „wahrscheinlichen Insolvenz“ als Verfügbarkeitsvoraussetzung für den präventiven Restrukturierungsrahmen spricht, dann ist damit zunächst einmal nur eine Bedingung für die gerichtliche Hilfe, insbesondere das Moratorium (Art. 6 Restrukturierungsrichtlinie) und die Bestätigung des Restrukturierungsplans (Art. 10 Restrukturierungsrichtlinie), gemeint und im Übrigen nur ein spätestmöglicher Zugangszeitpunkt genannt. Die Richtlinie hindert den Schuldner nicht, bereits zu einem früheren Krisenzeitpunkt mit den Gläubigern in Restrukturierungsverhandlungen einzutreten.<sup>231</sup>

Ob man nun die in Art. 4 Restrukturierungsrichtlinie angesprochene „wahrscheinliche Insolvenz“ mit der deutschen „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ gleichsetzen muss,<sup>232</sup> kann hier offen bleiben. Denn selbst wenn sich der Gesetzgeber entschließt, den Zugang zum präventiven Restrukturierungsrahmen vom Eintritt drohender Zahlungsunfähigkeit i. S. v. § 18 InsO abhängig zu machen, spricht dieser Umstand nicht per se gegen eine Beibehaltung der Überschuldung als zwingenden Insolvenzeröffnungsgrund und als Zugangshindernis für das präventive Verfahren. Denn beide Tatbestände haben unterschiedliche Zielrichtungen. Bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit geht es eher um die Wiederherstellung der mittelfristigen Liquidität im Rahmen eines Sanierungs- oder Insolvenzverfahrens, bei der Überschuldung eher um den notwendigen Marktaustritt für den Fall, dass eine Sanierung nicht gelingt.<sup>233</sup> Deshalb ist die Beibehaltung des § 19 InsO gerade notwendig, um diejenigen Unternehmen, die bereits materiell unterkapitalisiert sind, auch für die Sanierung von der wenig kontrollierten und nicht alle Gläubiger erfassenden Sanierungsmöglichkeit in einem präventiven Verfahren auszuschließen und direkt dem Insolvenzverfahren mit dem hier geltenden Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz zuzuführen.

---

<sup>231</sup> Zutr. *Brinkmann* (Fn. 165), S. 160 f.

<sup>232</sup> Zum Meinungsstand oben bei Fn. 165 ff.

<sup>233</sup> Ausf. *Brinkmann* (Fn. 165), S. 166 f.

Entscheidend wäre insoweit allerdings eine saubere und praktikable Abgrenzung des Überschuldungstatbestandes vom Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit, da es andernfalls tatsächlich zu kaum einem eigenständigen Anwendungsbereich des präventiven Restrukturierungsrahmens bei haftungsbeschränkten Gesellschaften kommen würde. Dies ist – wie im Folgenden gezeigt werden wird<sup>234</sup> – gerade bei einer Rückkehr zum herkömmlichen Überschuldungsbegriff möglich.

## 5. Keine sinnvollen Alternativen

Die alternativen Lösungsvorschläge der Kritiker überzeugen jedenfalls nicht. Arbeitet man die Unterschiede zwischen der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung im Sinne des InsO-Gesetzgebers erneut heraus, führt eine Antragspflicht bei Eintritt drohender Zahlungsunfähigkeit nicht zum Ziel. Die drohende Zahlungsunfähigkeit ist als Auslöser eines freiwilligen Antragsrechts ausgestaltet worden, um den Wandel zur (freiwilligen) Sanierungskultur ohne das Stigma einer den Geschäftsführer dazu nötigen Pflicht anzustoßen und damit Anreize zur früheren Verfahrenseinleitung zu setzen.<sup>235</sup> Diese Ziele müssten aufgegeben werden, wollte man die Antragspflicht schon an die drohende Zahlungsunfähigkeit knüpfen. Zudem ist auch der Insolvenzeröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit weder eindeutig konturiert noch – aufgrund der hier stets allein entscheidenden Prognose – justizialer, objektivierbarer oder missbrauchsimmuner als derjenige der Überschuldung.<sup>236</sup>

Der weitere Vorschlag, an die Überschuldung nur ein fakultatives Antragsrecht zu knüpfen, kann ebenfalls nicht überzeugen. Die Freiwilligkeit geriete in Konflikt insbesondere mit dem als zwingend zu bewertenden Gläubigerschutzsystem, das nur durch entsprechende Pflichten und flankierende Haftungsvorschriften verwirklicht werden kann.

---

<sup>234</sup> Siehe sogleich unter C.III.

<sup>235</sup> Vgl. BT-Drs. 17/5712, S. 17 ff.

<sup>236</sup> Vgl. auch *Neuberger* (ZIP 2019, 1549, 1550 f.) und *Piekenbrock* ([Fn. 94], S. 48), die sich vor diesem Hintergrund gar für eine Abschaffung Insolvenzantragsrechts bei drohender Zahlungsunfähigkeit aussprechen.

## II. Zur Kritik am herkömmlichen Verständnis

Die Vertreter des modifizierten Begriffes haben diesen auf der Grundlage ihrer Kritik am bis dahin herrschenden herkömmlichen Begriff entwickelt (1.). Nimmt man diese Kritik näher in den Blick, zeigt sich allerdings, dass sie nicht in jeder Hinsicht überzeugt (2.).

### 1. Geäußerte Kritik am herkömmlichen Begriff

Gegen die herkömmliche Methode wird vorgebracht, sie entspreche nicht dem Zweck der Norm, der insbesondere an der Haftungsbewehrung im Sinne einer Differenzierung von erlaubter und verbotener Unternehmensfortführung zu messen sei.<sup>237</sup> Vor allem das „zu frühe Herausnehmen überlebensfähiger Unternehmen“ sei ökonomisch nicht haltbar.<sup>238</sup> Das gesetzgeberische Argument, dass ein Unternehmen auch bei einer positiven Prognose überschuldet sein könne, sei tautologischer Natur.<sup>239</sup> Die Maßgeblichkeit der rechnerischen Überschuldung mache viel von Zufälligkeiten des Marktes abhängig, ohne dabei einen Mehrwert für die Gläubiger zu generieren, da es diesen allein um ihre Befriedigung gehe.<sup>240</sup> Gerade im wirtschaftlich förderungswerten Bereich der Unternehmensgründungen und Gründungsfinanzierungen führe der herkömmliche Begriff zu Erschwernissen und Rechtsunsicherheiten.<sup>241</sup> Hier müsse mit Verlusten gewirtschaftet werden dürfen, solange nur die Gläubiger befriedigt werden können.<sup>242</sup>

Die herkömmliche Methode sei auch nicht weniger missbrauchs- und manipulationsanfällig, da sie ebenfalls die schwer fassbare Fortführungsprognose erfordere.<sup>243</sup> Hinzu komme die Schwierigkeit, Fortführungswerte auszumachen.<sup>244</sup> Dazu könne nur entweder auf eine Unternehmensbewertung abgestellt werden, dann habe der rechnerische Aspekt aber keinen Mehrwert, weil er sich als bloße „Bestätigungsrechnung“ der Fort-

---

<sup>237</sup> K. Schmidt, ZIP 2009, 1551 ff.

<sup>238</sup> Fenske, AG 1997, 554, 558; Penzlin, NZG 2000, 464, 467; K. Schmidt, AG, 1978, 334 ff.

<sup>239</sup> Fenske, AG 1997, 554, 558.

<sup>240</sup> Holzer, ZIP 2008, 2108.

<sup>241</sup> v. Bismarck, ZInsO 2018, 932, 934.

<sup>242</sup> Fenske, AG 1997, 554, 558.

<sup>243</sup> K. Schmidt, ZGR 1998, 633, 653; ebenso Frystatzki, NZI 2011, 521, 522.

<sup>244</sup> Vgl. Götz, ZInsO 2000, 77, 79; Hunkemöller/Tymann, ZInsO 2011, 712, 716; Penzlin, NZG 2000, 464, 465 f.



führungsprognose darstelle, oder aber auf Einzelwerte, die jedoch nicht in der Lage seien, Ertragswerte abzubilden, und sich daher faktisch nicht von Liquidationswerten unterscheiden.<sup>245</sup>

Schließlich ist vorgebracht worden, es sei systematisch fehlerhaft, die Fortführung eines Unternehmens an eine Überschuldungsprüfung zu binden, deren Ergebnis gerade ihrerseits von der Annahme abhängt, ob das Unternehmen fortgeführt wird oder nicht.<sup>246</sup> Führe die Bewertung unter Fortführungswerten zur Überschuldung, könne die ursprünglich positive Prognose nicht richtig gewesen sein und es hätten direkt Liquidationswerte angesetzt werden müssen,<sup>247</sup> was zu einer „Widersprüchlichkeit der Bewertung“<sup>248</sup> führe.

## 2. Widerlegung

Diese grundlegende Kritik am herkömmlichen Überschuldungstatbestand ist indessen nicht zwingend.

Zunächst muss eine ökonomische Beurteilung nicht notwendig mit der rechtlichen Betrachtung übereinstimmen.<sup>249</sup> Dies übersehen die betriebswirtschaftlich argumentierenden Kritiker des herkömmlich zweistufigen Begriffs. Bereits der InsO-Gesetzgeber hat darauf aufmerksam gemacht, dass eine Überschuldung auch bei positiver Prognose möglich ist.<sup>250</sup> Dies ist kein tautologisches Argument, sondern ein Hinweis auf das gewollte Auseinanderfallen rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte: Der Gesetzgeber hat klarstellen wollen, dass die (betriebswirtschaftlich) positive Prognose nicht stets zur rechtlichen Negierung der Überschuldung führen soll.<sup>251</sup> Wenn aber die Prognose in der Praxis nach pauschalisierenden Maßstäben vorgenommen wird, die eine Bewertung unternehmerischer Wahrscheinlichkeiten regelmäßig ausblendet, dann wird

---

<sup>245</sup> *Frystatzki*, NZI 2011, 521, 523.

<sup>246</sup> *Egner/Wolff*, AG 1978, 99, 104; ähnlich auch *K. Schmidt*, Verhandlungen des 54. DJT, 1982, Bd. I (Gutachten), Teil D, 1982, S. 63.

<sup>247</sup> *Fenske*, AG 1997, 554, 558.

<sup>248</sup> *Lüer* (Fn. 19), S. 603, 610.

<sup>249</sup> *Reck*, GmbHR 1999, 267, 272.

<sup>250</sup> Begr. RegE § 23 InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 115.

<sup>251</sup> Siehe auch *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833, 839; *Piekenbrock*, KTS 2017, 333, 349.

die mit dem modifiziert zweistufigen Begriff angestrebte ökonomisch richtige Bewertung *in praxi* häufig nicht erreicht.<sup>252</sup>

Auch das Argument, überlebensfähige Unternehmen würden verfrüht aus dem Markt herausgenommen, verfängt nicht. Immerhin ist unter der Geltung des herkömmlichen Begriffs bis zur Änderung durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz keine Kritik an verfrühten Insolvenzeröffnungen laut geworden.<sup>253</sup> Das Argument beruht zudem auf einem nicht mehr zeitgemäßen Verständnis der Zwecke und Ziele des Insolvenzverfahrens. Das ESUG hat einen Wandel des Insolvenzverfahrens vom reinen Liquidations- zum Sanierungsverfahren angestrebt. Nach § 1 InsO stehen Sanierung und Liquidation auch im Insolvenzverfahren mittlerweile gleichberechtigt nebeneinander. Es geht daher stets darum, optimal auf den Grad des wirtschaftlichen Niedergangs des Unternehmens zu reagieren.<sup>254</sup> Es ist auch nicht das überlebens- bzw. sanierungsfähige Unternehmen vor der Insolvenz zu schützen, sondern vielmehr das insolvente, aber sanierungsfähige Unternehmen (rechtzeitig) unter den Schutz des Insolvenzrechts zu stellen.<sup>255</sup> Den Regelungen der Insolvenzordnung liegt insoweit die Erkenntnis zugrunde, dass frühzeitige Sanierungsbestrebungen für alle Beteiligten vorteilhaft sind.<sup>256</sup> Es ist daher nicht sinnvoll, nach einer Definition zu suchen, die an Kriterien anknüpft, die bei rationaler Betrachtung nur noch die Liquidation des Vermögens zulassen.<sup>257</sup> Allein dies ist auch mit den Zwecken des ESUG vereinbar.<sup>258</sup>

Ein Insolvenzverfahren bedeutet damit gerade nicht mehr zwingend ein Herausnehmen der schuldnerischen Gesellschaft aus dem Markt. Es bezeichnet vielmehr den Zeitpunkt, in welchem der Schuldner – vorbehaltlich der Anordnung einer Eigenverwaltung – die Kontrolle über den Fortbestand des Unternehmens abgeben muss. Über die Fortführungswürdigkeit entscheidet dann nicht mehr allein der Schuldner, sondern es entscheiden die Organe des Insolvenzverfahrens.<sup>259</sup> Ab diesem Zeitpunkt ist die Masse wirt-

---

<sup>252</sup> So v. *Bismarck*, ZInsO 2018, 932, 933.

<sup>253</sup> *Eckert/Happe*, ZInsO 2008, 1098, 1099.

<sup>254</sup> *Fromm*, GmbHR 2004, 940, 941.

<sup>255</sup> *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833, 840.

<sup>256</sup> *Pott*, NZI 2012, 4, 8.

<sup>257</sup> *Drukarczyk* (Fn. 21), S. 1232, 1234.

<sup>258</sup> So auch schon im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur InsO die Gesetzgebungsmaterialien, vgl. BT-Drs. 12/7302, S. 157; ebenfalls bereits vor Geltung des ESUG *Hölzle*, ZIP, 2008, 2003, 2004.

<sup>259</sup> Vgl. *Wackerbarth*, NZI 2009, 145, 146, dort aber mit abweichenden Schlussfolgerungen.

schaftlich bereits den Gläubigern zugeordnet.<sup>260</sup> Wie früh dieser Zeitpunkt anzusetzen ist, ist allein eine rechtliche Entscheidung, die auch die Interessen der Gläubiger miteinzubeziehen hat. Diesen ist bei haftungsbeschränkten Schuldnergesellschaften ein besonderes Gewicht beizumessen.<sup>261</sup> Zwar darf nicht übersehen werden, dass ein Insolvenzverfahren auch Kosten verursacht und daher nicht nur einen Eingriff in Anteilseigner-, sondern auch in Gläubigerrechte darstellt. Der InsO-Gesetzgeber hat dies jedoch erkannt und sich bewusst mit der Verschärfung des Überschuldungstatbestandes und der Einführung des zusätzlichen Antragsrechts bei drohender Zahlungsunfähigkeit für eine frühe Eröffnungsmöglichkeit entschieden. Gleichzeitig wurde unter Geltung des ESUG den Schuldnerinteressen durch Implementierung weitergehender Einwirkungsmöglichkeiten, etwa durch die Optionen der Eigenverwaltung oder des Schutzschirmverfahrens (§§ 270 ff. InsO), stärker Rechnung getragen, als dies zuvor der Fall war.

Die damit einhergehende Verschärfung der Insolvenzantragspflicht für haftungsbeschränkte Gesellschaften entspricht auch dem Zweck der Norm. Zwar ist es richtig, dass die Gläubiger vorrangig die Bedienung ihrer Forderungen interessiert. Liquiditätsprognosen sind aber stets unsicher. Es ist nicht zu rechtfertigen, den Gläubigern eines haftungsbeschränkten Rechtsträgers die Risiken einer Fehlprognose aufzuerlegen. Allenfalls für die vom Gesetzgeber des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes als systemrelevant identifizierten Unternehmen, insbesondere Banken und sonstige Finanzdienstleister, kann insoweit die gesetzgeberische Begründung, gesamtwirtschaftlich schädlichen Breitenwirkungen Einhalt gebieten zu müssen, tragen. Bei anderen Einheiten besteht eine entsprechende Rechtfertigung der vertieften Gefährdung der Gläubigerrechte indes nicht. Insoweit sei auch erneut auf das Risiko von Ketteninsolvenzen hingewiesen, bei denen nicht nur die „erkrankten“, sondern auch eigentlich „gesunde“ Unternehmen in die Insolvenz gerieten. Damit kann der Wirtschaft nicht geholfen sein.

Gegen das weiter vorgebrachte Argument, dass auch im Rahmen der herkömmlichen Methode eine fehleranfällige Prognose nötig sei, lässt sich zum einen vorbringen, dass deren Bedeutung gegenüber der jetzt geltenden Methode jedenfalls erheblich abgeschwächt wäre. Zudem trifft es zwar zu, dass jeder Prognose das Risiko einer Fehleinschätzung anhaftet, doch dürfte dieses Risiko bei der herkömmlichen Methode weniger

---

<sup>260</sup> Freitag, ZIP 2019, 541, 543.

<sup>261</sup> Siehe oben A.I.

virulent werden, da die Vermutung naheliegt, dass Geschäftsleiter zurückhaltender mit der Verneinung einer Überschuldung sein dürften, wenn sie diese in jedem Fall konkret anhand einer die einzelnen Positionen berücksichtigenden Vermögensaufstellung nachvollziehbar darlegen müssten.<sup>262</sup> Hinzu kommt die sich aus der stets notwendigen Prüfung der Überschuldung jedenfalls nach Fortführungswerten ergebende absolute Grenze des Weiterwirtschaftens, die die Risiken einer Fehlprognose weiter abschwächt.<sup>263</sup>

Auch der bemängelte Widerspruch, der darin liegen soll, dass den Passiva im Überschuldungsstatus eine verwertbare Aktivmasse gegenüberzustellen ist, die bei günstiger Prognose nach Werten berechnet wird, die nur bei Nichtverwertung zutreffen, besteht nicht, wenn man zwischen der Fortführung des Unternehmens und der Schuldnergesellschaft unterscheidet.<sup>264</sup> Auch in der Insolvenz kann das Gesellschaftsvermögen zu Fortführungswerten für die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung stehen, etwa wenn bei einem *asset deal* das Unternehmen als Ganzes veräußert wird.

Tatsächlich dürfte die Schwierigkeit der Bestimmung von Fortführungswerten das einzige verbleibende Argument gegen die herkömmlich zweistufige Methode darstellen. Diese Bestimmung ist aber weder ungewöhnlich noch unmöglich. Es handelt sich um durchaus bekanntes Terrain,<sup>265</sup> denn bei der handels- bzw. steuerrechtlichen Rechnungslegung stellen sich dieselben Fragen.<sup>266</sup> Es ist zwar vor dem Hintergrund der abweichenden Zwecke der insolvenzrechtlichen Überschuldungsbilanz fraglich, ob die dort angelegten Maßstäbe unbeschadet auch hier herangezogen werden können. Aber in der Betriebswirtschaftslehre sind mittlerweile weitere Bewertungsmethoden entwickelt worden,<sup>267</sup> die etwa im Bereich der Ermittlung von Abfindungen, Kauf- und Verkaufspreisen oder bei den im Rahmen von Insolvenzplanverfahren notwendigen hypothetischen Betrachtungen eingesetzt werden.<sup>268</sup> Diese Methoden können auch auf die Über-

---

<sup>262</sup> Vgl. Jaeger-Müller (Fn. 40), § 19 Rdnr. 25.

<sup>263</sup> Siehe oben B.II.3.

<sup>264</sup> Piekenbrock, KTS 2017, 333, 349.

<sup>265</sup> Jaeger-Müller (Fn. 40), § 19 Rdnr. 25.

<sup>266</sup> Altmeyden, ZIP 1997, 1173, 1175.

<sup>267</sup> Vgl. etwa Drukarczyk/Schüler, Unternehmensbewertung, 7. Aufl. 2016; Hering, Unternehmensbewertung, 3. Aufl. 2014; Kuhner/Maltry, Unternehmensbewertung, 2006; Schultze, Methoden der Unternehmensbewertung, 2001; Spremann/Ernst, Unternehmensbewertung, 2. Aufl. 2011.

<sup>268</sup> Drukarczyk (Fn. 132), S. 339, 360.

schuldungsprüfung nach der herkömmlichen Methode übertragen werden.<sup>269</sup> Dies stellt einen gangbaren Weg dar, dessen Tauglichkeit sich in der Praxis freilich noch zu bewähren hätte.

Wer dagegen die herkömmlich zweistufige Methode von vornherein mangels bislang endgültiger Klärung der richtigen Bestimmung der Fortführungswerte ablehnen will, übersieht, dass auch unter Geltung der derzeitigen modifiziert zweistufigen Definition die stets nötige Bestimmung von Liquidationswerten nach wie vor Probleme aufwirft: Auch hier handelt es sich im Ergebnis um – gestaltbare – Schätzwerte.<sup>270</sup>

Zwar mag richtig sein, dass die nach Fortführungswerten bestehende Schuldendeckung nicht automatisch zu dem angestrebten Schutzniveau für die Gläubiger führt, da im Falle einer Insolvenzeröffnung bei nachträglich eintretender Zahlungsunfähigkeit die Haftungsmasse um die Insolvenzkosten reduziert wird.<sup>271</sup> Dem kann aber entgegengehalten werden, dass das Schutzniveau jedenfalls gegenüber der geltenden Rechtslage erheblich verbessert würde. Bei einer Rückkehr zum herkömmlichen Begriff bestünde insoweit jedenfalls bei einer Unterdeckung nach Fortführungswerten bereits ein zwingender Insolvenzeröffnungsgrund, der einer nachträglich eintretenden Zahlungsunfähigkeit zuvorkäme und frühzeitiger Werte sicherte.

### III. Vorteile der herkömmlichen Methode

Bereits die Gründe für eine Beibehaltung des Insolvenzeröffnungsgrundes der Überschuldung führen zwingend die Überlegenheit der herkömmlich zweistufigen Methode gegenüber der derzeit geltenden Gesetzeslage vor Augen: Die rechtspolitischen Ziele können *de lege lata* nicht erfüllt werden. Selbst *K. Schmidt*, Urheber des modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriffs, räumt ein, dass der Begriff der Überschuldung und damit die grundsätzliche Zielsetzung dieses Eröffnungsgrundes nicht mehr zum Verständnis nach der modifiziert zweistufigen Methode passt, weil es auf die rechnerische Überschuldung nur noch bei negativer Fortführungsprognose ankommt.<sup>272</sup> Eine Rückkehr zum herkömmlich zweistufigen Begriff ist demgegenüber geeignet, die ur-

<sup>269</sup> *Drukarczyk* (Fn. 132), S. 339, 360.

<sup>270</sup> *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19, 23.

<sup>271</sup> *Drukarczyk* (Fn. 132), S. 339, 360.

<sup>272</sup> Vgl. *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 490. Er hält dies indes für eine rein kosmetische Frage.

sprünglichen Ziele des Insolvenzeröffnungsgrundes der Überschuldung besser zu erreichen und sich systematisch stimmiger in die Insolvenzordnung einzufügen.

### **1. Frühere Verfahrenseröffnung und bessere Sanierungschancen**

Das grundsätzliche Ziel einer früheren Verfahrenseröffnung lässt sich durch den früher eingreifenden Tatbestand der Überschuldung nach der herkömmlich zweistufigen Methode in einem besseren Maße erreichen.<sup>273</sup> Durch frühere Verfahrenseinleitungen lassen sich Sanierungschancen deutlich besser nutzen.<sup>274</sup> Die Verschärfung des Tatbestandes ist zudem geeignet, dem Argument der Bedeutungslosigkeit dieses Insolvenzeröffnungsgrundes Wind aus den Segeln zu nehmen; allein die (noch) fehlende Normakzeptanz kann insoweit kein eigenständiges Argument darstellen.<sup>275</sup>

### **2. Schlüssiges Gesamtsystem der Zugangsvoraussetzungen und -hürden**

Unter Geltung der modifiziert zweistufigen Methode lassen sich weitgehende Überschneidungen mit dem freiwilligen Insolvenzantragsrecht bei drohender Zahlungsunfähigkeit nicht vermeiden. Denjenigen Stimmen, die dies wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen als problematisch betrachten, ist zuzustimmen.

#### **a) Unterschiedliche Bezugspunkte der Antragsgründe gem. §§ 18 f. InsO**

Der InsO-Gesetzgeber ist ausdrücklich und bewusst gerade auch zur Ermöglichung einer Abgrenzung des Insolvenzantragsrechts bei drohender Zahlungsunfähigkeit von der Antragspflicht bei Überschuldung zum herkömmlichen Begriff zurückgekehrt.<sup>276</sup> Bis zum Finanzmarktstabilisierungsgesetz bestand ein gut austariertes System der Insolvenzeröffnungsgründe, das durch die spätere Rückkehr zum modifiziert zweistufigen Begriff in Frage gestellt worden ist. Dieses System lässt sich durch den Schritt zurück zur herkömmlich zweistufigen Methode nach der Insolvenzordnung wiederherstellen. Der Schwerpunkt der Überschuldungsprüfung wäre damit nicht mehr derselbe wie derjenige der drohenden Zahlungsunfähigkeit, denn entscheidend wäre nicht mehr die Li-

<sup>273</sup> Vgl. auch Jaeger-Müller (Fn. 40), § 19 Rdnr. 27.

<sup>274</sup> Unstr., siehe selbst Penzlin, NZG 2000, 464.

<sup>275</sup> Siehe oben C.I.1.

<sup>276</sup> BT-Drs. 12/7302, S. 157.

quiditätsprognose, sondern – wie schon der Begriff anzeigt – die rechnerische Überschuldung.

### **b) Vereinbarkeit mit den Zielen der InsO**

Dies trägt auch den Zielen der Insolvenzordnung und des ESUG Rechnung. Insbesondere ist dem Anreizcharakter des freiwilligen Insolvenzantragsrechts aus § 18 InsO vor dem Hintergrund des angestrebten Wandels hin zu einer Sanierungskultur eigenständige Bedeutung beizumessen, die sich bei einem weitgehenden Gleichklang beider Insolvenzeröffnungsgründe nicht realisieren lässt. Durch eine Rückkehr zum herkömmlich zweistufigen Begriff leben die Unterschiede hingegen erneut auf. Eine drohende Zahlungsunfähigkeit ohne Überschuldung ist danach bei negativer Fortführungsprognose ohne rechnerischer Überschuldung möglich; eine Überschuldung ohne drohende Zahlungsunfähigkeit hingegen bei positiver Fortführungsprognose und rechnerischer Überschuldung nach Fortführungswerten. Lediglich bei negativer Fortführungsprognose und rechnerischer Überschuldung nach Liquidierungswerten verbleibt die Überschneidung. In diesem Fall ist es aber wegen der bereits bestehenden Gefährdungslage für die Gläubiger gerechtfertigt, dem Schuldnerunternehmen die Pflicht zur Insolvenzantragstellung aufzuerlegen und es insoweit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu unterwerfen.

### **c) Zweckentsprechendes Gesamtsystem der Zugangsvoraussetzungen und -hürden**

Unter Beibehaltung des zwingenden Insolvenzeröffnungsgrundes der Überschuldung und gleichzeitiger Rückkehr zum herkömmlich zweistufigen Begriff kann sich ein sinnvolleres Gesamtsystem der Zugangsvoraussetzungen und -hürden im gesamten Insolvenz- und Sanierungsrecht, d. h. auch im Kontext der Richtlinienumsetzung, ergeben.

Der Insolvenzordnung ist bereits eine zeitliche Abstufung zu entnehmen, in welche sich das präventive Verfahren, unabhängig von seinen Zugangsvoraussetzungen, systemkonform einordnen lässt. Die vorgesehene Abstufung lässt sich aber nur bei einer inhaltlichen Unterscheidung von Überschuldung und drohender Zahlungsunfähigkeit durchhalten. Bei einer Rückkehr zur herkömmlich zweistufigen Methode ergibt sich das nachfolgende System:

- 1) Die *Zahlungsunfähigkeit* stellt den zwingenden Eröffnungsgrund für jedermann dar. Liegt Zahlungsunfähigkeit vor, kommt ein präventives Restrukturierungsverfahren nicht in Betracht. Auch den Antrag auf Eröffnung eines Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO kann der Schuldner bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit nicht mehr stellen.

Wird die Sanierung mit den Mitteln des präventiven Restrukturierungsrahmens oder der Insolvenzordnung hingegen bereits vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit eingeleitet, führt der spätere Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nicht ohne Weiteres zur Überleitung in ein Regelverfahren. Nach § 270b Abs. 4 S. 2 InsO ist bei einem einmal eingeleiteten Schutzschirmverfahren der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zunächst einmal nur anzuzeigen; aufzuheben ist das Verfahren dann aber nur unter den Voraussetzungen des § 270b Abs. 4 S. 1 InsO. Vor diesem Hintergrund erscheinen die Vorgaben der Restrukturierungsrichtlinie zum präventiven Verfahren systemgerecht inkludierbar, sieht Art. 7 Abs. 1 Restrukturierungsrichtlinie doch vor, dass Insolvenzantragspflichten zwar grundsätzlich ruhen, nach Art. 7 Abs. 3 Restrukturierungsrichtlinie jedoch für den Fall einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit Ausnahmen vorgesehen werden können. Insofern käme hier im Rahmen der Umsetzung eine Anzeigepflicht – ähnlich derjenigen gem. § 270b Abs. 4 S. 2 InsO – oder alternativ das Aufrechterhalten der Antragspflicht und damit eine zwingende Überleitung in ein Regelverfahren in Betracht.

- 2) Die *drohende Zahlungsunfähigkeit* soll dagegen nur ein freiwilliges Recht zur Verfahrenseröffnung darstellen. Ihr Eintritt ist nach der Insolvenzordnung nur mit Rechten verbunden. Wählte man eine Zugangshürde zum präventiven Verfahren unterhalb der Schwelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit, führte auch ihr späterer Eintritt zu keinerlei Rechtspflichten oder Obliegenheiten (vgl. Art. 7 Abs. 1 Restrukturierungsrichtlinie).
- 3) Wertungstechnisch zwischen diesen beiden Polen lässt sich die *Überschuldung* einordnen.<sup>277</sup> Liegt diese bereits vor, kann ein präventives Verfahren nach rich-

---

<sup>277</sup> Ähnlich auch K. Schmidt, ZIP 2013, 485, 489.



tiger Ansicht nicht mehr eingeleitet werden.<sup>278</sup> Es bedarf vielmehr des alle Gläubiger erfassenden Insolvenzverfahrens. Ein solches ist jedoch nicht zwingend als Regelverfahren zu führen und es ist auch nicht zwingend auf Liquidation gerichtet. Gem. § 270b InsO ist vielmehr selbst dann noch ein Schutzschirmverfahren möglich, wenn die Überschuldung schon im Antragszeitpunkt vorliegt. Dem ist nicht die Wertung zu entnehmen, der Gesetzgeber sehe bei eingetretener Überschuldung noch keinen „akuten Handlungsbedarf“<sup>279</sup>. Vielmehr ergibt sich gerade aus der Kombination aus der Antragspflicht (§ 15a InsO) mit dem Recht, ein Schutzschirmverfahren zu beantragen, sowie mit den Einwirkungsmöglichkeiten nach den §§ 270 ff. InsO die Wertung, dass es den Organen haftungsbeschränkter Gesellschaften bei Eintritt der Überschuldung nicht mehr anheimgestellt werden darf, ob sie eigenständig weiter wirtschaften und ggf. privatwirtschaftlich sanieren wollen. Denn ab diesem Zeitpunkt darf der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung nach den Wertungen der Insolvenzordnung nicht mehr suspendiert werden. Die Einwirkungsmöglichkeiten nach §§ 270 ff. InsO stellen gegenüber einem (vorläufigen) Regelinsolvenzverfahren insoweit ein milderes Mittel dar, sind aber – anders als die Vorschriften der Richtlinie zum präventiven Restrukturierungsrahmen – bereits umfassend dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz unterworfen und erlauben eine eigenverantwortliche Sanierung nur unter der Aufsicht von Gericht und Sachwalter.<sup>280</sup> Dieser Wertung widerspräche es, wenn eine bereits im Antragszeitpunkt überschuldete Gesellschaft noch in den Genuss eines die Insolvenzantragspflicht suspendierenden präventiven Restrukturierungsrahmens käme, der entsprechende Schutz- und Aufsichtsmechanismen nicht kennt.

Liegt hingegen in dem Moment, in dem sich die Schuldnerorgane eigenverantwortlich dazu entschließen, ein präventives Restrukturierungsverfahren anzustrengen, noch keine insolvenzrechtliche Überschuldung vor, ist es nicht systemwidrig, wenn die Richtlinie für den Fall eines nachträglichen Eintrittes der insolvenzrechtlichen Überschuldung eine Suspendierung der Insolvenzantrags-

---

<sup>278</sup> Damit sind allerdings auch alle Vorschläge abgelehnt, die die bilanzielle Überschuldung nach Fortführungswerten für den richtigen Zeitpunkt zur Einleitung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens ansehen; vgl. etwa *Jacoby*, ZGR 2010, 359, 367 ff.; *Westpfahl*, ZGR 2010, 385, 418 f.

<sup>279</sup> So aber *Pott*, NZI 2012, 4, 6.

<sup>280</sup> Vgl. auch hierzu *Pott*, NZI 2012, 4, 6; siehe auch bereits *Bork*, ZIP 2010, 397, 402.

pflicht vorsieht. Denn dadurch wird zum einen ein Anreiz zur Durchführung des präventiven Restrukturierungsverfahrens gesetzt, der den unionsrechtlichen und nationalen Bestrebungen nach möglichst frühzeitigen Sanierungsbemühungen Rechnung trägt. Zum anderen wären die präventiven Sanierungsmöglichkeiten begrenzt und somit erschwert, wenn diese nicht zu (zwischenzeitlichen) Unterdeckungen in der Bilanz führen dürften. Im Ergebnis wäre somit auch die Effektivität der Richtlinienumsetzung in Frage gestellt.

Diese – vom InsO-Gesetzgeber intendierten – Abstufungen ergeben sich nur bei der Herausarbeitung klarer Differenzierungskriterien bzgl. der Insolvenzeröffnungsgründe unter gleichzeitiger Verschärfung und – damit verbunden – zeitlicher Vorverlagerung des Insolvenzeröffnungsgrundes der Überschuldung.

#### **d) Ergebnisgerechte Interferenzen zwischen präventivem Restrukturierungsrahmen und Insolvenzverfahren**

Bei einer derartigen Ausgestaltung ergeben sich zudem zweckentsprechende Interferenzen zwischen präventivem Restrukturierungsverfahren und Insolvenzantragspflicht, wenn man die Möglichkeit eines präventiven Restrukturierungsverfahrens bei der Aufstellung der Fortführungsprognose miteinbezieht.<sup>281</sup> Das kann zu einer positiven Fortführungsprognose führen, die bei entsprechend hohen Aktiva im Rahmen der Überschuldungsbilanz nach Fortführungswerten eine ansonsten anzunehmende Überschuldung zu beseitigen geeignet ist. Unter Beibehaltung des derzeit geltenden Begriffes würden die Risiken der Fehlprognose befeuert. Bei einer Rückkehr zum herkömmlichen Begriff werden sie hingegen durch die stets erforderliche Prüfung der rechnerischen Überschuldung beschränkt. Gleichmaßen stellt sich die Suspendierung der Antragspflicht im Falle der fehlenden rechnerischen Überschuldung nach Fortführungswerten bei positiver Fortführungsprognose aufgrund der Option des präventiven Restrukturierungsrahmens als ergebnisgerecht dar, da noch keine die zwingende Geltung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes erfordernde Gefährdungslage vorliegt.

---

<sup>281</sup> Dazu auch jüngst *Brinkmann* (Fn. 165), S. 167; *Thole*, KTS 2019, 289, 304 f.; *ders.*, ZInsO 2019, 1622, 1625 f.

### e) Kein systematischer Bruch bei Nachlassinsolvenzen

Der einzige Bereich, in welchem die Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund häufiger vorkommt als die Zahlungsunfähigkeit, ist derjenige der Nachlassinsolvenz.<sup>282</sup> Nach *K. Schmidt*<sup>283</sup> ist bei der Nachlassinsolvenz eine Fortführungsprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung nicht sinnvoll durchführbar, weshalb in diesem Bereich an einer schwerpunktmäßig bilanziellen Betrachtung festzuhalten sei. Folgt man dem, führt dies allerdings zu unterschiedlichen Definitionen des Überschuldungsbegriffes innerhalb der Insolvenzordnung, die sich weder systematisch noch teleologisch rechtfertigen lassen. Auch dieser systematische Bruch ließe sich durch eine einheitliche Rückkehr zum herkömmlich zweistufigen Begriff beheben.

### 3. Verhältnis zum Gesellschaftsrecht

Nur bei einer Rückkehr zum herkömmlich zweistufigen Begriff wird des Weiteren die „gesetzgeberische Konzeption, die Haftungsbeschränkung zwingend von einem die Verbindlichkeiten deckenden Vermögenseinsatz („Schuldendeckungspotential“) begleiten zu lassen“<sup>284</sup>, realisiert. Gerade dies stellt aber die ursprüngliche rechtspolitische Rechtfertigung der Vorverlagerung der Antragspflicht dar und behält auch in Zeiten der Restschuldbefreiung – die ihrerseits als Ausfluss des auf juristische Personen nicht anwendbaren Sozialstaatsprinzips in der vorliegenden Diskussion kein Argument darstellen kann – eine eigenständige Bedeutung. Es überrascht denn auch nicht und ist vielmehr konsequent, dass einige Vertreter des modifiziert zweistufigen Begriffs die Insolvenzantragspflicht auch auf Personengesellschaften erstrecken wollen, schließlich kommt es danach im Wesentlichen auf die Liquiditätsprognose an.<sup>285</sup> Diese Schlussfolgerung zeigt aber gerade, wie weit sich diese Sichtweise von den rechtspolitischen und -dogmatischen Grundlagen der Antragspflicht bei Überschuldung entfernt hat.

---

<sup>282</sup> Vgl. *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 491.

<sup>283</sup> *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 491.

<sup>284</sup> MünchKomm.InsO-*Drukarczyk/Schüler* (Fn. 21). § 19 Rdnr. 54.

<sup>285</sup> Vgl. *Penzlin*, NZG 2000, 464, 470; *K. Schmidt*, ZIP 1985, 713, 720; *ders.*, 1980, 233, 237.

#### 4. Geringere Manipulationsmöglichkeit und höhere Justiziabilität

Im Vergleich zum derzeit geltenden Begriff kommt der Fortführungsprognose beim herkömmlich zweistufigen Begriff eine geringere Bedeutung zu, sodass deren Unwägbarkeiten weniger virulent werden.<sup>286</sup> Liegt sowohl nach Liquidations- als auch nach Fortführungswerten eine rechnerische Überschuldung vor, kommt es auf die Prognose überhaupt nicht mehr an.

Zugleich wird die Gefahr reduziert, dass sich die Unternehmen „schön rechnen“. In der Praxis gibt es immer wieder Fälle, in denen bei der Fortführungsprognose die mittelfristige Liquidität aus dafür eigentlich nicht gedachten Quellen dargestellt wird, etwa aus zur Deckung späterer Ausgaben gedachten Kundenanzahlungen, Auflösung oder Vermeidung von notwendigen Rückstellungen, Ausreizen variabler Lohn- und Arbeitszeitkonten, nicht kostendeckend kalkulierten Projekten oder ungenehmigten Lieferantenkrediten. In solchen Fällen ergibt sich nicht selten durch die an Fortführungswerten orientierte Überschuldungsbilanz ein zutreffenderes Bild von der wirtschaftlichen Lage der jeweiligen Schuldnerin.

Dieser Ansatz zeichnet sich daher durch eine „relative Manipulationsimmunität und Justitiabilität“<sup>287</sup> aus. Allein diese Methode kann folglich haftungsbegründend wirken und mit dem insbesondere strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz in Einklang gebracht werden.

#### 5. Keine Ausnahmen nötig

Die Änderung wirkt sich im Übrigen nicht für Finanzmarktunternehmen aus, da für diese in der Krise Sonderregelungen gelten.<sup>288</sup> Eine Bereichsausnahme ist daher insoweit nicht nötig.

---

<sup>286</sup> Vgl. auch Kübler/Prütting/Bork-Pape (Fn. 21), § 19 Rdnr. 16.

<sup>287</sup> MünchKomm.InsO-Drukarczyk/Schüler (Fn. 21), § 19 Rdnr. 21; ähnlich auch Drukarczyk (Fn. 132), S. 339, 361; Hölzle, ZIP, 2008, 2003, 2004; vgl. sogar K. Schmidt in: Schmidt/Uhlenbruck (Fn. 92), Rdnr. 5.107.

<sup>288</sup> Siehe oben B.II.1.

Anders könnte dies für die Gründerszene aussehen. Insbesondere für *Start-ups* wird die Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung teilweise als ökonomisch fehlerhaft angesehen. *Hirte*<sup>289</sup> hat deshalb für die CDU/CSU-Fraktion einen Vorschlag erarbeitet, der Erleichterungen für Gründer vorsieht. Doch selbst dieser, teilweise als zu weitgehend aufgefasste<sup>290</sup> Vorschlag sieht keine Aufweichungen der Insolvenzantragspflicht, sondern Erleichterungen nur im Rahmen der weiteren Rechtsfolgen, insbesondere die weitgehende Straffreiheit für Gründer bei verspäteter Antragstellung sowie den Wandel des Straftatbestandes nach § 15a InsO zu einem Antragsdelikt vor. Solche Erleichterungen sind grundsätzlich diskutabel, können allerdings im Ergebnis nicht überzeugen.

*Hirte* kommt schon selbst zu dem Schluss, dass die Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung bei *Start-ups* aufgrund in aller Regel positiver Fortführungsprognose keine große Bedeutung haben dürfte.<sup>291</sup> Diese Einschätzung wird bei einer Rückkehr zum strengeren herkömmlich zweistufigen Begriff so nicht mehr zutreffen. Ein umfassender „insolvenzrechtlicher Welpenschutz“<sup>292</sup> ist gleichwohl nicht geboten. Zwar dürfte die Förderung wirtschaftlicher Innovationen als solche ein abwägungsrelevantes Interesse auch der Allgemeinheit darstellen. Die Gläubigerinteressen bleiben aber berücksichtigungswert und vor dem Hintergrund des § 1 InsO auch entscheidend.<sup>293</sup> Die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht flankiert insoweit das Anliegen der rechtzeitigen Antragstellung zwecks Massemaximierung.<sup>294</sup> Jede Erleichterung hätte faktisch eine weitere Beschränkung der Haftung der Gesellschaft zur Folge, die für die Vertragspartner nach allgemeinen Grundsätzen jedenfalls vor Vertragsschluss erkennbar sein müsste. Eine Verlagerung des unternehmerischen Risikos auf die Gläubiger bei Eintritt materieller Unterkapitalisierung ist zudem kaum interessengerecht. Dieses Risiko haben vielmehr die Gründer zu tragen, steht es ihnen doch frei, in einer anderen Rechtsform an den Markt zu treten und insoweit die Suspendierung des § 19 InsO gegen ihre persönliche Haftungsfreiheit einzutauschen. Ausnahmen sind daher auch insoweit nicht nötig.

---

<sup>289</sup> *Hirte*, ZInsO 2010, 1986 ff. und ZInsO 2017, 926 ff.

<sup>290</sup> v. *Bismarck*, ZInsO 2018, 932, 934 f.; *Niering*, ZInsO 2017, 937.

<sup>291</sup> *Hirte*, ZInsO 2017, 926, 929.

<sup>292</sup> v. *Bismarck*, ZInsO 2018, 932, 935.

<sup>293</sup> So auch *Niering*, ZInsO 2017, 937 f.; siehe auch bereits *Altmeyen*, ZIP 1997, 1173, 1175.

<sup>294</sup> *Niering*, ZInsO 2017, 937 f.

## D. Gesamtergebnisse

Die wesentlichen Ergebnisse des Gutachtens können damit wie folgt zusammengefasst werden:

1. Weder allgemeine Erwägungen noch die Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie gebieten eine Abschaffung des Insolvenzeröffnungsgrundes der Überschuldung oder der daran anknüpfenden Antragspflicht. Insbesondere sind die fehlende Normakzeptanz oder Schwierigkeiten bei der Normanwendung keine Argumente gegen die Richtigkeit der Norm.
2. Die derzeitige Fassung von § 19 InsO ist mit den rechtspolitischen Hinter- und Rechtfertigungsgründen des Überschuldungstatbestandes nicht vereinbar. Das liegt vor allem daran, dass es nach diesem Begriff letztlich nur auf die Prognose ankommt und ein objektives, an die rechnerische Überschuldung anknüpfendes Korrektiv fehlt.
3. Der modifiziert zweistufige Überschuldungsbegriff lässt keine hinreichende Abgrenzung zur drohenden Zahlungsunfähigkeit zu und fügt sich auch nicht schlüssig in das Gesamtsystem des geltenden Insolvenz- und Gesellschaftsrechts ein.
4. Die bestehenden Friktionen lassen sich durch eine Rückkehr zum herkömmlich zweistufigen Überschuldungsbegriff auflösen. Insbesondere kann so für Sanierungsfälle eine sachgerechte Abgrenzung zwischen der eher am Schuldnerinteresse orientierten präventiven Restrukturierung und der eher am Gläubigerinteresse orientierten Sanierung in einem Insolvenzverfahren gelingen.

Hamburg, den 26. September 2019



(Prof. Dr. R. Bork)