

# Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

Das gesamte Verfahren der Unternehmens- und Verbraucherinsolvenz

[www.NZI.Beck.de](http://www.NZI.Beck.de)

In Zusammenarbeit mit der  
Neuen Juristischen Wochenschrift  
herausgegeben von

Prof. Dr. M. Ahrens  
VorsRiLAG a. D. Dr. W. Berkowsky  
RA/WP Dr. E. Braun  
Prof. Dr. G. Crezelius  
RA M. Dahl  
RA M. Drasdo  
VorsRiBGH a. D. Dr. G. Fischer  
VorsRiBGH a. D. Dr. H. G. Ganter  
RiBGH Prof. Dr. M. Gehrlein  
Prof. Dr. Dr. h. c. P. Gottwald  
Prof. Dr. U. Haas  
Dipl.-Rpfl. Prof. U. Keller  
RA Dr. R. Leithaus  
RA Prof. Dr. H.-J. Lwowski  
RA Dr. J. Nerlich  
VorsRiLG I. Pape  
RiOLG W. Sternal  
Prof. Dr. R. Stürner  
Prof. Dr. W. Uhlenbruck  
RiAG Prof. Dr. H. Vallender  
Dr. A. Weber  
RA Dr. J. Wellensiek

#### Im Aktuellteil:

Editorial von **Dahl** zum Rechtsweg zur  
Auskunftserlangung nach IFG

**H. G. Ganter**

Zur drohenden Zahlungsunfähigkeit in § 270 b InsO 985

**T. Wazlawik**

Die Überschuldung als Eröffnungsgrund 988

**R. Beck**

Verpflichtung zur Abgabe einer Einkommensteuererklärung  
in Insolvenzverfahren, insbesondere bei der Antrags-  
veranlagung 991

**J. Kunzmann**

Recht zur Inanspruchnahme einer Dienstleistung kein  
Anwartschaftsrecht 995

**OLG Hamburg**

Spannungsverhältnis von Abschlagszahlungen nach VOB  
und dem Aufrechnungsverbot des § 96 InsO  
(mit Anmerkung **Froehner**) 1002

**BAG**

Internationale Zuständigkeit bei Kündigungsschutz-  
klage – Interessenausgleich mit Namensliste  
(mit Anmerkung **Hess**) 1011

**BFH**

Keine Aufrechnung mit Insolvenzforderungen, wenn auf  
Grund eines erst während des Insolvenzverfahrens ein-  
getretenen Tatbestands Umsatzsteuer zu berichtigen ist  
(mit Anmerkung **Uhländer**) 1022

Mit Beilage: Verbraucherinsolvenz aktuell (Dezember 2012)

**Verlag C. H. Beck**

München · Frankfurt am Main

**24/2012**

Seiten 985 bis 1032 · 15. Jahrgang · 19. Dezember 2012





geführt, wenn man dessen Einleitung zulasse, obwohl schon bei Antragstellung absehbar sei, dass unmittelbar nach Eingang des Antrags die notdürftig beseitigte Zahlungsunfähigkeit erneut eintrete<sup>23</sup>. Diese Begründung ist kritisch zu sehen. War die Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt der Antragstellung wirklich beseitigt, sollte es – wie in den Fällen (1) und (2) – grundsätzlich nicht schaden, dass sie für einen späteren Zeitpunkt erneut droht.

Allerdings ist der die Zulässigkeit verneinenden Auffassung dann zuzustimmen, falls lediglich ein bestimmter Gläubiger im Wege eines Moratoriums (zu diesem Begriff sogleich Näheres) „ruhig gestellt“ wurde. Dies reicht für die Beseitigung einer einmal eingetretenen Zahlungsunfähigkeit ebenso wenig aus wie dessen Befriedigung. Vielmehr wird nach ständiger Rechtsprechung die Zahlungsunfähigkeit nur beseitigt, wenn der Schuldner seine Zahlungen im Allgemeinen wieder aufnimmt<sup>24</sup>.

In dem vom AG Erfurt entschiedenen Fall dürfte der Sachverhalt aber ein anderer gewesen sein. Unter einem Moratorium versteht man im Allgemeinen ein *allgemeines* Vollstreckungsverbot sowie das Verbot, Sicherungsrechte durchzusetzen<sup>25</sup>. Im Falle des AG Erfurt wird man von einer Abrede über eine allgemeine Stundung der Forderungen ausgehen müssen<sup>26</sup>. Ein solches, alle bekannten Gläubiger betreffendes Moratorium bewirkt einen – zumindest vorübergehenden – Wegfall der Zahlungsunfähigkeit. Denn bei deren Prüfung sind Forderungen, die „nicht ernsthaft eingefordert“ werden, nicht zu berücksichtigen<sup>27</sup>. Gläubiger, die einem Moratorium – was hier einem *pactum de non petendo* gleichkommt – zustimmen, machen ihre Forderung nicht geltend<sup>28</sup>. Darüber hinaus kann das Moratorium ja auch Bestandteil eines bereits in die Tat umgesetzten Sanierungsplans sein<sup>29</sup>. Deshalb kann der Schuldner, solange ein solches Moratorium läuft, grundsätzlich einen Schutzschirmantrag stellen.

Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Zugang zum Schutzschirmverfahren durch ein solches Moratorium erschlichen werden soll. Darauf ist im folgenden Abschnitt einzugehen.

#### 4. Verhinderung des Missbrauchs

Das Schutzschirmverfahren ist, weil es vom Schuldner eigenverantwortlich geführt wird und wegen der geringeren Kontrolldichte, missbrauchsgefährdet<sup>30</sup>. Dieser kann sich aber auch schon den Zugang zu diesem Verfahren missbräuchlich verschaffen. Rechtsmissbräuchlich ist insbesondere die Beschaffung „fragwürdiger Bescheinigungen“<sup>31</sup>, die eine bloß drohende Zahlungsunfähigkeit ausweisen, obwohl sie in Wirklichkeit bereits vorliegt, und die in der Hoffnung darauf vorgelegt werden, dass sich das Gericht auf eine bloße Plausibilitätskontrolle beschränken wird<sup>32</sup>. Rechtsmissbräuchlich sind aber auch Manipulationen, die eine reale Zahlungsunfähigkeit als eine bloß drohende erscheinen lassen.

Als eine solche Manipulation kann es beispielsweise angesehen werden, wenn der Schuldner durch Versprechungen, deren Unerfüllbarkeit er – nicht aber die angesprochenen Gläubiger – kennt, die Gläubiger zu einem einstweiligen Stillhalten („Moratorium“) veranlasst, um in der Zwischenzeit einen Schutzschirmantrag zu stellen. So mag der Fall gelegen haben, welcher der Entscheidung des AG Erfurt zu Grunde lag.

Ist die Bescheinigung von einem seriösen Aussteller erteilt worden, dem der Schuldner ungeschönte Daten zur Verfügung gestellt hat, und hat der Schuldner auch nicht durch die oben beschriebenen Manipulationen die Feststellung verhindert, dass er eigentlich nicht bloß drohend, sondern aktuell zahlungsunfähig ist, führt allein der Umstand, dass er für die nächsten Tage mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit rechnen muss und auch tatsächlich rechnet, nicht dazu, dass sein Schutzschirmantrag als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist.

#### IV. Zusammenfassung

Der Zulässigkeit des Schutzschirmantrags steht es nicht entgegen, wenn der Schuldner erwartet, dass er unmittelbar nach der Stellung des Antrags zahlungsunfähig werden wird, weil die Gläubigerbanken, sobald sie von der Stellung des Antrags Kenntnis erhalten, die Kredite kündigen und zur sofortigen Rückzahlung fällig stellen werden. Voraussetzung ist allerdings, dass das angedachte Sanierungskonzept dafür Vorsorge trifft.

Unter derselben Voraussetzung steht es der Zulässigkeit des Schutzschirmantrags auch nicht entgegen, dass eine vom Schuldner in Auftrag gegebene Liquiditätsvorschau, die für den Tag der Antragstellung noch eine vollständige Deckung ausweist, für die nächsten drei Wochen eine Unterdeckung von mehr als zehn Prozent prognostiziert. Etwas anderes gilt, wenn bereits für den Tag der Antragstellung eine Unterdeckung festgestellt wird und die Prognose schlecht ist. Dann ist der Schuldner bereits bei Antragstellung zahlungsunfähig.

Solange ein vom Schuldner mit den Gläubigern ausgehandeltes Moratorium läuft, kann er grundsätzlich einen Schutzschirmantrag stellen. Indes handelt der Schuldner rechtsmissbräuchlich, wenn er durch Versprechungen, deren Unerfüllbarkeit er – nicht aber die angesprochenen Gläubiger – kennt, die Gläubiger zu einem einstweiligen Stillhalten veranlasst, um in der Zwischenzeit den Schutzschirmantrag zu stellen. ■

23 Pape, in: *Kübler/Prütting/Bork* (o. Fußn. 2), § 270 b Rdnr. 32.

24 BGHZ 149, 100 (108); BGH, NZI 2001, 417; NZI 2011, 536 Rdnr. 26; DB 2012, 2687 Rdnr. 18; vgl. ferner *Kirchhof*, in: HK-InsO (o. Fußn. 5), § 17 Rdnr. 45.

25 *Kranzusch*, WM 2010, 1338 (1341, 1345); *Westpfahl*, ZGR 2010, 385 (406); *Cranshaw*, DZWIR 2012, 223 (232).

26 Vgl. *OLG Hamm*, ZIP 1996, 1140 = BeckRS 2011, 06345; *Wittig*, in: *Karsten Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. (2009), Rdnr. 2.244.

27 BGHZ 173, 286 Rdnrn. 11 ff. = NZI 2007, 579; BGH, NZI 2008, 231 Rdnr. 26.

28 Vgl. *Kirchhof*, in: HK-InsO (o. Fußn. 5), § 17 Rdnr. 10.

29 *OLG Hamm*, ZIP 1996, 1140; *Westpfahl*, ZGR 2010, 385 (407).

30 *Willemsen/Rechel*, BB 2011, 834 (837); *Spliedt/Fridgen*, in: BK-InsO (o. Fußn. 2), § 270 b Rdnr. 8.

31 Pape, in: *Kübler/Prütting/Bork* (o. Fußn. 2), § 270 b Rdnr. 23.

32 Zum Prüfungsmaßstab vgl. *Buchalik*, in: *Haarmeyer/Wutzke/Förster* (o. Fußn. 2), § 270 b Rdnr. 11.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Wazlawik, LL. M.\*

### Die Überschuldung als Eröffnungsgrund

Die jüngeren Veröffentlichungen zum Überschuldungsstatbestand befassten sich im Wesentlichen nur mit § 19 II 1 InsO i. d. F. von Art. 5 FMStG. Der nahezu zeitgleich angefügte § 19 II 2 InsO (Art. 9 Nr. 4 MoMiG) wurde demgegenüber kaum hinterfragt. Der folgende Beitrag setzt sich kritisch mit dieser Änderung auseinander.

#### I. Einleitung

Der Verfasser hatte sich 2004 zu der Frage geäußert, ob Verbindlichkeiten im Range des § 39 I Nr. 5, II InsO (Fassung

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht sowie Partner der Partnerschaft *lecon insolvenzverwaltung*, Passau. – # Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 1. 3. 2010 – II ZR 13/09, NZI 2010, 867, und Urt. v. 18. 10. 2010 – II ZR 151/09, NZG 2010, 1393.



bis 31. 10. 2008) in einem Überschuldungsstatus zu passivieren sind<sup>1</sup>. Dabei wurde am Rande kritisch darauf eingegangen, dass der *II. Zivilsenat* des BGH die in BGHZ 146, 264<sup>2</sup> bejahte Notwendigkeit der Passivierung von Gesellschafterdarlehensverbindlichkeiten letztlich allein wegen „Unwägbarkeiten“ bejahte, die den Geschäftsführer bei der Beurteilung, „ob eine Gesellschafterdrittleistung den Eigenkapitalersatzregeln unterliegt oder nicht“<sup>3</sup>, treffen können<sup>4</sup>. Diese Kritik soll hier wiederholt und vertieft werden.

## II. Die Überschuldung: ein objektiver Tatbestand

### 1. Konkurs-/insolvenzrechtliche Entscheidungen

Soweit im GmbHG bzw. im AktG von der Überschuldung der Gesellschaft die Rede ist bzw. war<sup>5</sup>, ist bzw. war damit stets die konkurs- bzw. insolvenzrechtliche Überschuldung gemeint, das heißt die Überschuldung als konkurs- bzw. insolvenzrechtlicher Eröffnungsgrund. Als Eröffnungsgrund – und nicht nur als Tatbestandsmerkmal gesellschaftsrechtlicher Haftungsnormen – wird die Überschuldung jedoch vergleichsweise selten thematisiert bzw. problematisiert. Daher gibt es, soweit ersichtlich, auch keine Entscheidungen des *IX. Zivilsenats* bzw. des bis 1983 zuständigen *VIII. Zivilsenats* des BGH, die sich mit der Überschuldung in diesem Kontext befassen, d. h. die im Rahmen einer sofortigen Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss (§ 34 II InsO, § 109 KO) bzw. einer sofortigen Beschwerde gegen die Ablehnung der Verfahrenseinstellung gem. § 212 InsO<sup>6</sup> (§ 216 II InsO) sowie jeweils anschließender Rechtsbeschwerde ergangen sind, wohingegen es zur Zahlungsunfähigkeit Entscheidungen in diesem Kontext gibt<sup>7</sup>; zu § 212 InsO sind nur wenige Entscheidungen von Instanzgerichten bekannt, die sich mit der Überschuldung befassen<sup>8</sup>. Einzig in einem solchen Beschwerdeverfahren würde die Überschuldung in ihrem originären Anwendungsbereich geprüft werden. Der Mangel an Entscheidungen ist zweifellos dem Umstand geschuldet, dass eine Gesellschaft höchst selten zwar überschuldet nicht aber auch zahlungsunfähig ist und eine auf Nichtvorliegen von Überschuldung gestützte sofortige Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss bei zugleich vorliegender Zahlungsunfähigkeit daher müßig wäre.

### 2. Gesellschaftsrechtliche Entscheidungen

Demgegenüber steht eine Vielzahl von Entscheidungen zur Überschuldung des *II. Zivilsenats* des BGH, die allerdings im gesellschaftsrechtlichen Kontext, nämlich im Rahmen der Inanspruchnahme von Gesellschaftern (Eigenkapitalersatzrecht bis 31. 10. 2008)<sup>9</sup> und Geschäftsführern (§ 64 GmbHG)<sup>10</sup> ergangen sind. Hervorzuheben sind hier die Entscheidungen vom 13. 7. 1992<sup>11</sup> und 8. 1. 2001<sup>12</sup>, da diese später im Rahmen der Gesetzgebung zur InsO unmittelbar berücksichtigt wurden. So greift die durch Art. 5 FMStG<sup>13</sup> erfolgte Änderung des § 19 II InsO explizit die erstgenannte Entscheidung und den dort definierten so genannten modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff auf<sup>14</sup>. Und die nur wenige Tage später erfolgte weitere Änderung des § 19 II InsO durch Art. 9 Nr. 4 MoMiG<sup>15</sup> geht explizit auf die Entscheidung vom 8. 1. 2001 zurück<sup>16</sup>.

### 3. Stellungnahme

Auf die durch das FMStG vorgenommene Änderung des § 19 II InsO soll hier nicht eingegangen werden<sup>17</sup>. Kritisch beleuchtet werden soll aber die weitere Änderung durch das MoMiG und die ihr zu Grunde liegende Entscheidung BGHZ 146, 264, denn beide führen zu falschen Ergebnissen bei der Überschuldungsprüfung ohne gleichzeitige Sicherheit für die von § 15 a InsO betroffenen organschaftlichen Vertreter.

a) *Überschuldung und Vertreterhaftung*. Die zu § 64 GmbHG ergangene Entscheidung vom 8. 1. 2001 enthält einen grundlegenden Denkfehler, da sie nicht zwischen insolvenzrechtlicher Überschuldung und gesellschaftsrechtlicher Vertreterhaftung unterscheidet. Während die Haftung des Geschäftsführers/Vorstandsmitglieds ein Verschulden voraussetzt<sup>18</sup>, ist der Tatbestand der Überschuldung rein objektiv ausgestaltet; auf Verschulden oder Erkennbarkeit kommt es schlicht nicht an, anderenfalls wäre eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht, die den vorherigen Eintritt von Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung voraussetzt<sup>19</sup>, gar nicht möglich<sup>20</sup>. Die auf Überschuldung gestützte Eröffnung eines Insolvenzverfahrens hängt nicht davon ab, ob diese vom Geschäftsführer/Vorstandsmitglied erkannt wurde oder hätte erkannt werden können oder ob die Voraussetzungen einer Haftung gem. § 64 GmbHG, §§ 92, 93 AktG bzw. einer Strafbarkeit gem. § 15 a IV, V InsO vorliegen. Die vom *II. Zivilsenat* genannten „Unwägbarkeiten“ können hier keine Rolle spielen. Vor allem können sie für den vom Insolvenzgericht beauftragten Sachverständigen (§ 5 I 2 InsO) kein Argument für oder gegen die Passivierung von Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus sein. Denn zu passivieren ist eine Verbindlichkeit allein bzw. immer dann, wenn sie später (im eröffneten Verfahren) eine Insolvenzforderung wäre<sup>21</sup>. Die in § 64 GmbHG, § 92 II 1 AktG genannte Überschuldung ist auch keine eigenständige Überschuldung, sondern entspricht der des § 19 InsO<sup>22</sup>.

b) *Eingriff in den Überschuldungstatbestand*. Mit der Aussage, Gesellschafterdarlehensverbindlichkeiten seien wegen „Unwägbarkeiten“ bei deren rechtlicher Einordnung zu passivieren, griff der *II. Zivilsenat* direkt in § 19 InsO ein – ohne die geringste insolvenzrechtliche Begründung; es liegt auf der Hand, dass diese „Unwägbarkeiten“ im Rahmen einer sofortigen Beschwerde/Rechtsbeschwerde gegen den auf Überschuldung basierenden Eröffnungsbeschluss keine Rolle spielen

1 Wazlawik, NZI 2004, 608.

2 BGHZ 146, 264 (273) = NZI 2001, 196.

3 BGHZ 146, 264 (273) = NZI 2001, 196 (199) unter I 2 c bb (3).

4 Wazlawik, NZI 2004, 608 Fußn. 10.

5 § 32 a I 1 GmbHG (bis 31. 10. 2008), § 64 GmbHG.

6 Die KO kannte keine Einstellung des Verfahrens wegen Wegfalls des Eröffnungsgrunds (vgl. BT-Dr 12/2443, S. 221 zu § 325 RegE-InsO).

7 Vgl. BGHZ 169, 17 = NZI 2006, 693; BGHZ 173, 286 = NZI 2007, 579; BGH, NZI 2011, 680.

8 Vgl. OLG Dresden, DZWIR 2004, 476 = BeckRS 2003, 00858; dazu Steimecke, EWIR 2002, 489; LG Göttingen, NZI 2008, 751.

9 Vgl. BGHZ 110, 342 (346 ff.) = NJW 1990, 1725 (1726) unter II 1 c; BGH, NJW 1991, 1057 (1059) unter 6; BGH, NZI 2001, 202; NZI 2001, 300; NJW 2003, 3629; NZI 2005, 351; NZI 2010, 867.

10 Vgl. BGHZ 119, 201 (213 ff.) = NJW 1992, 2891 (2893 f.) unter III; BGHZ 138, 211 (218) = NZI 1998, 38 (40) unter II 2; BGHZ 146, 264 = NZI 2001, 196; BGH, NZI 2007, 44; BGHZ 171, 46 (54) = NJW-RR 2007, 759 (761) Rdnr. 19; BGH, NZI 2009, 490 (491) Rdnr. 10; NZG 2009, 750 = ZIP 2009, 1220 Rdnrn. 9 f.; NZI 2010, 449 (451) Rdnrn. 19 f.; NZG 2010, 1393 = ZIP 2010, 2400 – Fleischgroßhandel.

11 BGHZ 119, 201 = NJW 1992, 2891.

12 BGHZ 146, 264 = NZI 2001, 196.

13 BGBl I 2008, 1982 (1988 f.).

14 Vgl. BT-Dr 16/10600, S. 12 f.

15 BGBl I 2008, 2026 (2037 f.).

16 Vgl. BT-Dr 16/6140, S. 56.

17 Vgl. dazu Dahl, NZI 2008, 719; Thonfeld, NZI 2009, 15; Möhlmann-Mahlau/Schmitt, NZI 2009, 19.

18 Vgl. BGH, NJW 1994, 2149 (2150) unter II 2 a; BGHZ 143, 184 (185) = NZI 2000, 120 (121) unter II 1 b; BGH, NZI 2007, 477 (478) Rdnr. 15; NZG 2010, 1393 = ZIP 2010, 2400 – Fleischgroßhandel.

19 Vgl. § 64 I GmbHG (i. d. F. bis 31. 10. 2008), § 15 a I 1 InsO.

20 Vgl. BGHZ 75, 96 (110) = NJW 1979, 1823 (1827) unter II 1 f; Dreiwöchigenfrist erst ab Kenntnis von der Überschuldung.

21 Vgl. BGH, NJW 1983, 676 (677) unter II 3 a; NJW 1987, 2433 unter II 2 a (nicht in BGHZ 100, 19).

22 Vgl. BGH, NZI 2007, 44 Rdnr. 3; NZI 2007, 679 (680) Rdnr. 5; NZG 2009, 750 = ZIP 2009, 1220 (1221) Rdnr. 10.



können. Dies alles ist umso unverständlicher, als der *II. Zivilsenat* an anderer Stelle die „Unwägbarkeiten“ richtigerweise dort berücksichtigt, wo sie sich auswirken, nämlich beim erforderlichen Verschulden<sup>23</sup>. Denn die Überschuldung ergibt sich eben erst aus der (richtigen) rechtlichen Bewertung einzelner Fakten, zu der der organschaftliche Vertreter möglicherweise nicht in der Lage war<sup>24</sup>. Auch im Bereich der Vorbelastrungs-/Unterbilanzhaftung, wo es ebenfalls um die Bilanzierung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen geht, haben solche Erwägungen bislang keine Rolle gespielt<sup>25</sup>.

Die in *BGHZ* 146, 264 vorgenommene Ergänzung der Überschuldung um ein quasi subjektives Tatbestandselement – rechtssichere Beurteilung der Passivierung von Verbindlichkeiten durch den organschaftlichen Vertreter – führte zu Weiterungen, da es in der Entscheidung um die höchst praxisrelevante Frage nach der Passivierung von Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus ging. Denn im Ergebnis entschied der *II. Zivilsenat* ja richtig, als er die Notwendigkeit der Passivierung von Gesellschafterdarlehensverbindlichkeiten nur bei Vorliegen eines Rangrücktrittes verneinte, der die Gesellschafterleistung dem statutarischen Eigenkapital gleichstellt; die geforderte Gleichstellung mit Eigenkapital führte zu dem (richtigen) Verständnis, dass ein Rücktritt lediglich in den Rang des § 39 InsO (= Insolvenzforderung) nicht ausreichend ist<sup>26</sup>. Die Weiterung besteht in der durch Art. 9 Nr. 4 MoMiG erfolgten Änderung des § 19 II InsO, wonach Gesellschafterdarlehensverbindlichkeiten, „für die gem. § 39 II zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 I Nrn. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist“, nun nicht mehr zu passivieren sind. Damit fanden die – allein für den GmbH-Geschäftsführer gemachten – Unwägbarkeitserwägungen aus *BGHZ* 146, 264 Einzug in die InsO<sup>27</sup>, obwohl sich § 19 InsO unmittelbar nur an das über den Insolvenzantrag befindende Insolvenzgericht bzw. den von ihm beauftragten Sachverständigen richtet und obwohl das die „Unwägbarkeiten“ begründende Eigenkapitalersatzrecht<sup>28</sup> mit dem MoMiG doch gerade abgeschafft wurde<sup>29</sup>.

Darüber hinaus hält der *II. Zivilsenat* an dem in seiner Entscheidung vom 8. 1. 2001 (wenn auch mit falscher Begründung) aufgestellten – richtigen – Erfordernis einer Gleichstellung der Gesellschafterleistung mit dem statutarischen Eigenkapital offenbar nicht mehr fest. In seinem zum GmbHG in der bis 31. 10. 2008 geltenden Fassung ergangenen Beschluss vom 1. 3. 2010 ist auf einmal nur noch von einem Rücktritt in den Rang des § 39 II InsO (Fassung bis 31. 10. 2008) und dort an die letzte Stelle die Rede<sup>30</sup>; eine Gleichstellung mit dem statutarischen Eigenkapital wird nicht mehr gefordert, ohne dass auf die diesbezüglich abweichenden Ausführungen in der Entscheidung vom 8. 1. 2001 bzw. auf die sich darauf stützenden Folgeentscheidungen<sup>31</sup> eingegangen wird. Innerhalb der einzelnen Ränge des § 39 I Nrn. 1 bis 5 und II InsO (Fassung bis 31. 10. 2008) gibt es aber keine nochmaligen Abstufungen oder Unterteilungen<sup>32</sup>, das heißt der (nur) in den Rang des § 39 II (= „I Nr. 6“) InsO tretende Gesellschafter würde dann bei einer Verteilung zusammen mit den Nichtgesellschafter-Gläubigern dieser Ranggruppe berücksichtigt werden und nicht nach diesen.

Im MoMiG-Entwurf der Bundesregierung war ursprünglich sogar vorgesehen, bereits die im Rang des § 39 I Nr. 5 InsO stehenden Gesellschafterforderungen von der Passivierung auszunehmen<sup>33</sup>. Erst der Rechtsausschuss verlangte für eine Nichtpassivierung dieser Forderungen deren Einordnung im Rang dahinter<sup>34</sup>. Dies führt dazu, dass die dem gesetzlichen Nachrang unterfallenden Forderungen des § 39 I Nr. 5 InsO

somit (weiterhin) zu passivieren sind, während sie es nicht sind, wenn sie – zusätzlich – vom Gesellschafter-Gläubiger ausdrücklich mit einem vertraglichen Nachrang versehen werden. Die in dem Beschluss des *II. Zivilsenats* vom 1. 3. 2010 für die Zeit bis 31. 10. 2008 geforderte „letzte Stelle“ innerhalb des vertraglichen Nachrangs<sup>35</sup> ist für die ebenfalls einen vertraglichen Nachrang fordernde Zeit ab 1. 11. 2008, dem Wortlaut des neuen § 19 II 2 InsO sowie dessen amtlicher Begründung folgend, also (wohl) nicht mehr erforderlich. Bei dem auf die „normalen“ Insolvenzgläubiger des § 38 InsO beschränkten Fokus der amtlichen Begründung wird übersehen, dass es sich bei den in § 39 InsO genannten Gläubigern um ebenfalls – wenn auch nachrangig – teilnahmeberechtigte Insolvenzgläubiger handelt und dass § 19 II 2 InsO an dieser Teilnahmeberechtigung überhaupt nichts ändert. Und bei dem auf Gesellschafterdarlehen beschränkten Fokus wird übersehen, dass es oft auch Nichtgesellschafter-Gläubiger gibt, die zwecks Überschuldungsvermeidung ebenfalls Rangrücktritte erklären, aber deshalb noch lange nicht mit den Gesellschafter-Gläubigern in einem Boot sitzen wollen, falls es doch etwas zu verteilen gibt (keine Unterränge innerhalb des § 39 II InsO). Die für die Überschuldungsprüfung allein maßgebliche Frage nach der Berechtigung eines „normalen“ oder nachrangigen Gesellschafter- oder Nichtgesellschafter-Gläubigers zur Teilnahme an einer späteren Verteilung wird in der amtlichen Begründung nicht thematisiert.

c) *Überschuldungsstatus und Vermögensübersicht.* Der Tatbestand der Überschuldung wird vom *II. Zivilsenat* auch sonst nicht richtig erfasst. Als Eröffnungsgrund soll die Überschuldung die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ermöglichen, das heißt die (Nicht-) Passivierung von Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus kann nicht auf Vorschriften gestützt werden, die erst im eröffneten Verfahren anwendbar sind, da man dadurch einen Tatbestand – Überschuldung und daran anschließende Verfahrenseröffnung – unterstellt, dessen Voraussetzungen man mittels des Überschuldungsstatus erst nachweisen bzw. prüfen will. So lässt der *Senat* in seinem Urteil vom 18. 10. 2010 hinsichtlich der Passivierung von Verbindlichkeiten aus einem bis zum 30. 6. 2011 befristeten Mietvertrag einen Abschlag zu, da „wegen einer gegebenenfalls fehlenden Fortführungsmöglichkeit letztlich nur eine Kündigung durch den Insolvenzverwalter gem. § 109 I 1 InsO realistisch war“<sup>36</sup>. Das Nichtvorliegen einer positiven Fortführungsprognose hat aber auch nach der Änderung des § 19 InsO durch Art. 5 FMStG<sup>37</sup> (keine Überschuldung mehr bei positiver Fortführungsprognose) weiterhin nur Einfluss

23 Vgl. *BGH*, NZI 2007, 477 (478) Rdnrn. 14 ff.

24 Vgl. *BGHZ* 129, 136 (154 f.) = NJW 1995, 1739 (1744) unter A II 3 b aa – Girmes, die Frage verneinend, ob eine Überschuldung Gegenstand eines Geständnisses i. S. von § 288 I ZPO sein kann.

25 Vgl. *BGHZ* 124, 282 (284 f.) = NJW 1994, 724 unter II 1.

26 So explizit *OLG Dresden*, DZWir 2004, 476 = BeckRS 2003, 00858 unter Bezugnahme auf *BGHZ* 146, 264 = NZI 2001, 196; ebenso *OLG Köln*, NZI 2009, 128 (130 f.) unter 1.4 (bestätigt durch *BGH*, NZI 2010, 867).

27 Vgl. BT-Dr 16/6140, S. 56.

28 Vgl. *BGHZ* 146, 264 (272 ff.) = NZI 2001, 196 (198 f.) unter I 2 c bb (3).

29 Vgl. BT-Dr 16/9737, S. 58.

30 Vgl. NZI 2010, 867 (868) Rdnr. 12.

31 S. o. Fußn. 26.

32 Vgl. *Ehricke*, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl. (2008), § 39 Rdnr. 9 a. E.; *Preuß*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, Stand: Mai 2009, § 39 Rdnr. 8 a. E.

33 Vgl. BT-Dr 16/6140, S. 15, 56.

34 Vgl. BT-Dr 16/9737, S. 29, 58.

35 S. o. Fußn. 30.

36 Vgl. *BGH*, NZG 2010, 1393 = ZIP 2010, 2400 (2402) Rdnr. 19 – Fleischgroßhandel.

37 S. o. Fußn. 13.



auf die Wertansätze – ein Überschuldungsstatus kann (nunmehr dauerhaft<sup>38</sup>) nur noch auf Zerschlagungswerten basieren<sup>39</sup> – und führt nicht automatisch zu einer Überschuldung, wie das nur bei Zugrundelegung von Zerschlagungswerten mögliche Aufdecken stiller Reserven beweist. Eine wegen fehlender Fortführungsprognose zu liquidierende Gesellschaft ist nicht per se insolvent. Die im Falle einer solchen Liquidation zu berücksichtigenden Auslaufverbindlichkeiten insbesondere aus langfristigen Verpflichtungen können im (vorinsolvenzlichen) Überschuldungsstatus nicht auf Grundlage insolvenzrechtlicher Vorschriften (§§ 103 II, 109 I 1, 113 InsO) „gekürzt“ werden<sup>40</sup>. Was wäre, wenn eine derartige Kürzung zum Wegfall der Überschuldung führte (daher ja auch keine Aktivierung von Anfechtungsansprüchen)? Auch die Aktivseite des Überschuldungsstatus betreffend macht der *II. Zivilsenat* in der genannten Entscheidung vom 18. 10. 2010 unzutreffende Aussagen, wenn er nämlich ausführt, dass die Aktivierung einer Forderung im Überschuldungsstatus deren Durchsetzbarkeit voraussetze, an der es bei einer negativen Fortführungsprognose fehle<sup>41</sup>; die fehlende Durchsetzbarkeit einer Forderung kann zu einer negativen Fortführungsprognose führen, aber doch nicht umgekehrt.

Das Beispiel verdeutlicht auch nochmals den Unterschied zwischen dem im Rahmen der Überschuldungsprüfung vom Sachverständigen aufzustellenden Überschuldungsstatus (Liegt ein Eröffnungsgrund vor?) und der im eröffneten Verfahren vom Insolvenzverwalter gem. § 153 I InsO aufzustellenden Vermögensübersicht (Wie hoch ist die voraussichtliche Insolvenzdividende?). Im Überschuldungsstatus sind Verfahrenskosten und sonstige Masseverbindlichkeiten (§§ 54, 55 InsO) nicht zu passivieren<sup>42</sup>, wohl aber in der Vermögensübersicht<sup>43</sup>; die im Überschuldungsstatus in voller Höhe einzustellenden (Auslauf-) Verbindlichkeiten insbesondere aus Dauerschuldverhältnissen (Schuldner als Mieter und Arbeitgeber) können in der Vermögensübersicht wegen der Sonderkündigungsrechte des Insolvenzverwalters trotz eventueller Schadensersatzforderungen des anderen Teils (§§ 109 I 3, 113 S. 3 InsO) erheblich niedriger ausfallen<sup>44</sup>. Weder kann die Passivierung von Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus von nur im eröffneten Verfahren anwendbaren Vorschriften abhängig gemacht bzw. beeinflusst werden, noch ist die Vermögensübersicht an die für die Aufstellung eines Überschuldungsstatus geltenden Regeln gebunden. Das gesamte Instrumentarium insolvenzrechtlicher Vorschriften und die sich daraus ergebenden (Sanierungs-) Möglichkeiten können im Einzelfall zu einer vom Überschuldungsstatus stark abweichenden Vermögensübersicht führen, obwohl beide bezogen auf denselben Zeitpunkt, nämlich den der Verfahrenseröffnung, aufgestellt werden<sup>45</sup>!

### III. Fazit

Die fast zwölf Jahre alte Entscheidung des *II. Zivilsenats* des *BGH* vom 8. 1. 2001 hat nachhaltigen, bis heute andauernden Einfluss auf den Überschuldungsstatbestand. Und dieser Einfluss ist schlecht. Im Interesse rechtssicherer Handhabung des Tatbestands durch die organschaftlichen Vertreter hat der *Senat* – quasi außerhalb seiner Zuständigkeit – Postulate aufgestellt, die vom Gesetzgeber ungeprüft übernommen wurden und zu einer Kodifizierung des Tatbestands führten, der in seiner jetzigen Fassung die für die organschaftlichen Vertreter angestrebte Rechtssicherheit nicht schafft, da er die wegen der weiterhin bestehenden Teilnahmerechtigung möglichen Rangkonflikte zwischen zurücktretenden Gesellschafter- und Nichtgesellschafter-Gläubigern nicht löst bzw. erst schafft. Nur die Gleichstellung einer Gesellschaftsverbindlichkeit – ob gegenüber einem Gesellschafter oder einem

außenstehenden Dritten – mit dem statutarischen Eigenkapital sollte deren Nichtpassivierung im Überschuldungsstatus rechtfertigen dürfen und führte darüber hinaus zu einer Rechtssicherheit für die von zivil- und strafrechtlichen Haftungsnormen betroffenen organschaftlichen Vertreter. Die Vertreter, die sicher gehen wollen, sollten auf diese Gleichstellung bestehen. Der derzeitige Rechtszustand ist das Ergebnis einer völlig falschen Entwicklung. ■

- 38 Die ursprünglich nur befristete Änderung des Überschuldungsstatbestands (vgl. Art. 6 III, 7 II FMStG und Art. 1 Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, BGBl I 2009, 3151) bleibt jetzt bestehen, vgl. Art. 18 Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess (BT-Dr 17/11385, S. 23, 27; BT-PIPr. 17/204, S. 24893 ff.; BR-Dr 690/12).
- 39 Vgl. *Pape*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, Stand: August 2010, § 19 Rdnr. 30.
- 40 Vgl. *Pape*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, Stand: August 2008, § 19 Rdnr. 63 zum Lösungsrecht des Insolvenzverwalters gem. § 103 II InsO.
- 41 Vgl. *BGH*, NZG 2010, 1393 = ZIP 2010, 2400 (2402) Rdnr. 18 – Fleischgroßhandel.
- 42 Vgl. *AG Göttingen*, ZInsO 2002, 944 zu § 54 InsO.
- 43 Vgl. *Holzer*, in: *Kübler/Prütting/Bork* (o. Fußn. 32), § 153 Rdnr. 22.
- 44 Die in Insolvenzugutachten im Zusammenhang mit der Überschuldungsprüfung immer wieder anzutreffende Vermögensübersicht, in der z. B. Anfechtungsansprüche aktiviert und/oder Masseverbindlichkeiten (§§ 54, 55 InsO) passiviert werden, ist daher falsch bzw. fehlt am Platz.
- 45 Vgl. *BGHZ* 169, 17 (20) = NZI 2006, 693 Rdnr. 8 zum Eröffnungsgrund; § 153 I 1 InsO zur Vermögensübersicht.

Dipl. Ök. Rainer Beck\*

## Verpflichtung zur Abgabe einer Einkommensteuererklärung in Insolvenzverfahren, insbesondere bei der Antragsveranlagung

Der nachfolgende Beitrag untersucht die Frage, wer für die vom Schuldner bezogenen Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit einkommensteuererklärungspflichtig ist – der Insolvenzverwalter oder der Schuldner selbst – und ob der Insolvenzverwalter gegebenenfalls berechtigt ist, einen Veranlagungsantrag gem. § 46 II Nr. 8 EStG zu stellen, wenn mit einer Steuererstattung zu rechnen ist.

### I. Einleitung

Gerade in Verbraucherinsolvenzverfahren, aber nicht nur dort, kommt es regelmäßig vor, dass der Schuldner Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit erzielt. Eine Einkommensteuererklärung ist nur dann verpflichtend abzugeben, wenn eines oder mehrere der in § 46 II Nrn. 1 bis 7 EStG genannten Kriterien erfüllt wird/werden<sup>1</sup>. Anderenfalls ist die Einkommensteuer mit dem Lohnsteuerabzug abgegolten.

\* Der Autor ist Steuerberater, vereidigter Buchprüfer sowie Insolvenz-/Konkursverwalter in der Kanzlei *Beck & Hölzle* Rechtsanwälte Fachanwälte Steuerberater Vereidigter Buchprüfer in Kevelaer.

1 Wenn z. B. neben den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit weitere Einkünfte bezogen werden, die 410 Euro überschreiten oder wenn beide Ehegatten Arbeitslohn bezogen haben und der Lohn ganz oder teilweise nach den Steuerklassen V oder VI abgerechnet wurde oder wenn auf der Lohnsteuerkarte ein Freibetrag eingetragen wurde und der Arbeitslohn einen bestimmten Betrag übersteigt (§ 46 II Nrn. 1, 3 a, 4 EStG), muss zwingend eine Einkommensteuererklärung abgegeben werden (= Pflichtveranlagung).