

Die COVID-19-Pandemie als Herausforderung (auch) für das Insolvenzrecht

Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M. (McGill), Bonn*

Die Pandemie und die zu ihrer Abwehr ergriffenen Maßnahmen in Form von Kontaktbeschränkungen, Stilllegungsverfügungen und sonstigen Maßnahmen bedrohen die Existenzfähigkeit vieler Unternehmen. Der Beitrag zeigt, mit welchen Mitteln der Gesetzgeber eine Insolvenzwelle im Jahr 2020 vermieden hat. Weiter werden die Instrumente erörtert, mit denen den betroffenen Unternehmen ein Ausweg aus der Krise verschafft werden kann, indem ihnen eine langfristige Perspektive in einer Post-Corona-Welt eröffnet wird.

A. Einleitung

Die COVID-19-Pandemie hat nahezu alle Bereiche des Lebens erheblich betroffen, das Recht macht hier keine Ausnahme. Auch ist es nicht nur das bislang zum Glück als echte Nischenmaterie geltende Infektionsschutzrecht, das sich bewähren muss. Die Pandemie und die mit ihr einhergehenden Beschränkungen stellen auch viele andere Rechtsmaterien vor ganz neue Fragestellungen oder sorgen doch wenigstens dafür, dass scheinbar angestaubte Institute neue Bewährungsproben bestehen müssen.

So wird die COVID-19-Pandemie in den nächsten Auflagen der Lehrbücher zum allgemeinen Schuldrecht gewiss neben den „Krönungszugfall“ oder den „Rubelfall“ als Anwendungsbeispiel für § 313 BGB treten. Dass es sich bei der COVID-19-Pandemie allerdings – jedenfalls aus Sicht des Gesetzgebers – nicht um einen „Normalfall“ des Wegfalls der Geschäftsgrundlage handelt, zeigt der am 31. Dezember 2020 in Kraft getretene Art. 240 § 7 EGBGB:

„Störung der Geschäftsgrundlage von Miet- und Pachtverträgen

(1) Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.

(2) Absatz 1 ist auf Pachtverträge entsprechend anzuwenden.“

Durch die geschaffene Vermutung, dass die COVID-19-Pandemie für Gewerbemietverträge über Räume, die von Nutzungseinschränkungen betroffen waren, eine Störung der Geschäftsgrundlage darstellt, sollen – wie es in der Gesetzesbegründung heißt – „Verhandlungen zwischen Gewerbemietern bzw. Pächtern und Eigentümern vereinfacht“¹ werden.

Über das Aktienrecht brach die Pandemie ziemlich genau zum Beginn der Hauptversammlungssaison herein, sodass schnell Antworten auf die Frage gefunden werden mussten, wie man die gesetzlich verpflichtende Hauptversammlung (§ 175 AktG) auch in Zeiten des Verbots von Großveranstaltungen durchführen kann. Die Antwort kam in Gestalt der virtuellen Hauptversammlung, die durch das „Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie“² möglich wurde.

Auch an der Universität wurde intensiv darum gerungen, die Corona-Schutzbestimmungen mit den hochschul- und prüfungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Einklang zu bringen und dabei auch noch praxisgerechte Lösungen zu finden. Diverse Allgemeinverfügungen, Rektorats-, Fakultäts- und Prüfungsausschussbeschlüsse sind das Ergebnis.

In ganz besonderer Weise musste und muss sich das Insolvenzrecht bewähren. Es wird durch die Pandemie in doppelter und durchaus widersprüchlicher Weise gefordert. Auf der einen Seite ist es die volkswirtschaftliche Funktion dieses Rechtsgebiets, einen Marktaustrittsmechanismus zur Verfügung zu stellen, der verhindert, dass insolvente Unternehmen weiter am Markt auftreten. Andere Unternehmen sollen davor geschützt werden, mit einem insolventen Schuldner in Geschäftsverbindung zu treten,

* Der Autor ist Direktor des Instituts für deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht der Universität Bonn und Inhaber des dortigen Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht.

¹ Abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/telefonkonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-13-dezember-2020-1827392>, Abruf v. 7.2.2021. Zur Frage, inwieweit das tatsächlich der Fall ist, *Brinkmann/Thüsing NZM 2021*, 5.

² Art. 2 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020, BGBl. I S. 569.

um sie davor zu bewahren, selbst Verluste zu erleiden. So soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass die Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens – um ein sachnahes Bild zu wählen – „Ansteckungseffekte“ für andere haben könnte. Das Insolvenzrecht stellt dies sicher, indem es für die Geschäftsleiter juristischer Personen straf- und haftungsbeehrte Insolvenzantragspflichten statuiert (§ 15a InsO). Zum anderen ist das Insolvenzrecht in seiner Sanierungsfunktion gefragt. Viele Unternehmen werden durch die Pandemie wenn nicht in die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), so doch in die Überschuldung (§ 19 InsO) geraten, sodass sich die Frage stellt, wie man diesen Unternehmen helfen kann, sich von ihrer Schuldenlast zu befreien, um ihnen eine langfristige Überlebensperspektive zu verschaffen.

In diesem Beitrag soll zunächst beschrieben werden, mit welchen Instrumenten der Gesetzgeber eine Insolvenzwelle im Jahr 2020 verhindert hat. Sodann soll ein Blick auf die Frage geworfen werden, wie erreicht werden kann, dass ein COVID-19-bedingtes „Massensterben“ von Unternehmen auch in diesem Jahr ausbleibt.

B. Die Reaktionen des Insolvenzgesetzgebers auf die Pandemie

Spätestens als am 12.3.2020 die Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder Leitlinien zur Beschränkung sozialer Kontakte beschlossen hatten, die am 22.3.2021 verschärft wurden, war auch dem Letzten klar, dass Corona gravierende Auswirkungen auf die deutsche Wirtschaft haben würde. So hatte der DAX schon in den Wochen zuvor mehr als 35 % verloren.³ Aber vor allem viele kleine und mittlere Unternehmen aus der Freizeit- und Kulturbranche, Kinderbetreuungseinrichtungen, Touristikunternehmen, Gastronomiebetriebe und Einzelhandelsgeschäfte waren und sind durch die Schließungen unmittelbar oder mittelbar in ihrer Existenz bedroht.

I. Die Insolvenzantragspflicht

Die wirtschaftliche Existenz wird aus rechtlicher Sicht insbesondere durch die schon angesprochene Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO gefährdet: Nach § 15a Abs. 1 S. 1 und 2 InsO haben die Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person ohne schuldhaftes Zögern – spätestens aber innerhalb von drei bzw. sechs Wochen – einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen, wenn diese zahlungsunfähig oder überschuldet wird. Entsprechendes gilt nach Abs. 1 S. 3 bei

einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, also etwa bei einer GmbH & Co. KG. Die Insolvenzantragspflicht knüpft also an den Eintritt von Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit an.

1. Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO

Zahlungsunfähigkeit liegt nach § 17 Abs. 2 S. 1 InsO vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit wird also ermittelt, indem die liquiden Mittel (bspw. Barvermögen, Kontoguthaben) den fälligen Verbindlichkeiten gegenübergestellt werden. Ist das sich hierbei ergebende Defizit aber entweder nur geringfügig (< 10 %) oder vorübergehend, weil es innerhalb von drei Wochen etwa infolge von Zahlungseingängen oder durch die Beschaffung liquider Mittel mittels Kreditaufnahme beseitigt werden kann, so ist der Schuldner nicht zahlungsunfähig im Sinne von § 17 InsO. Der Hintergrund dieser schuldnerfreundlichen Auslegung des § 17 InsO ist, dass der insolvenzrechtlich vermittelte Zwang zum Marktaustritt nicht zu früh einsetzen darf. Ein Unternehmen, das nur ganz vorübergehend in Zahlungsnöten ist, darf nicht nur aus verfassungsrechtlichen Gründen, sondern sollte auch aus ökonomischen Gründen nicht ins Insolvenzverfahren gezwungen werden. Das Insolvenzverfahren gilt wegen der damit verbundenen Kosten, aber auch wegen der Stigmatisierung des insolventen Unternehmens,⁴ nicht zu Unrecht als Wertvernichter. Der Zwang zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens darf daher nicht schon an geringfügige oder ganz kurzfristige Zahlungsstockungen geknüpft werden.

2. Überschuldung, § 19 InsO

Ebenso ist es bei dem zweiten zur Antragstellung verpflichtenden Insolvenzgrund, der Überschuldung. Nach § 19 Abs. 2 n. F. InsO ist eine juristische Person überschuldet, wenn ihr Vermögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens in den nächsten zwölf Monaten ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. „Überschuldung“ ist damit ein Rechtsbegriff, der zwei Aspekte umfasst: Auf der ersten Stufe muss das gesamte Vermögen (Aktiva) allen (auch den nicht fälligen) Verbindlichkeiten (Passiva) in einer sogenannten „Überschuldungsbilanz“ gegenübergestellt werden. Ergibt sich hier ein Überhang der Passiva (sogenannte „rechnerische Überschuldung“), so liegt gleichwohl keine Überschuldung im Rechtssinne vor, wenn der Schuldner eine positive Fortführungsprognose vorweisen kann, wenn also das Unternehmen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig fortgeführt werden kann. Voraussetzung der Fortführungsmöglichkeit

³ Das entspricht einem Börsenwert von mehr als 400 Milliarden Euro (eine Zahl mit 11 Nullen!), wobei der Vollständigkeit halber gesagt werden muss, dass der DAX diesen Verlust noch im Jahr 2020 mehr als ausgeglichen hat.

⁴ Dazu Richter; Chance auf Rettung – Neuanfang zwischen Insolvenz- und Sanierungsrecht, in diesem Heft, S. 19 ff.

ist insbesondere, dass die Gesellschaft in diesem Zeitraum trotz der rechnerischen Überschuldung wahrscheinlich zahlungsfähig bleiben wird.⁵

Die Dauer der Fortführungsprognose war bislang gesetzlich nicht festgelegt. Die wohl herrschende Meinung ging davon aus, dass die Fortführung für das laufende und das kommende Geschäftsjahr, also bis zu 24 Monate, wahrscheinlich sein müsse.⁶ Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts vom 22.12.2020⁷ einen in der Literatur unterbreiteten Vorschlag⁸ aufgegriffen und die Prognosedauer auf 12 Monate festgeschrieben.

Auch hinter dem zweistufigen Überschuldungsbegriff steht der Gedanke, dass ein Unternehmen dann nicht ins Insolvenzverfahren gezwungen werden muss, wenn aus seiner rechnerischen Überschuldung keine Nachteile für Dritte entstehen, weil es dem Unternehmen trotz der bilanziellen Überschuldung voraussichtlich gelingen wird, seine Verbindlichkeiten gegenüber Dritten im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu begleichen.⁹

Dass ein Unternehmen rechnerisch überschuldet ist, aber eine positive Fortführungsprognose hat und deswegen nicht im Rechtssinne überschuldet ist, ist übrigens keineswegs ungewöhnlich. Denn im Rahmen der Aufstellung der Überschuldungsbilanz sind die Vermögenswerte des Unternehmens mit sogenannten „Liquidationswerten“ anzusetzen.¹⁰ Diese liegen regelmäßig deutlich unter den Werten, die zu erzielen sind, wenn man das Unternehmen als Ganzes, also als betriebswirtschaftliche Einheit verkaufen würde: Für eine einzelne, schon benutzte Maschine wird im Zweifel niemand bereit sein, einen hohen Preis zu bezahlen. Ist die Maschine Teil eines mehr oder weniger erfolgreichen Unternehmens, kann sie aber einen hohen Wert haben. Das Ganze kann eben mehr wert sein als die Summe der Teile.

3. Folgen von Verstößen gegen die Antragspflichten

Wer gegen die Insolvenzantragspflichten verstößt, kann sich strafbar machen (§§ 283, 283c StGB). Praktisch wichtiger sind jedoch die zivilrechtlichen Haftungsfolgen, die an die sogenannte Insolvenzverschleppung geknüpft wer-

den. Diese sind einerseits die Schadensersatzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO und andererseits die sehr praxisrelevante Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife, die bisher rechtsformspezifisch in § 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 i. V. m. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, § 130a Abs. 2 HGB geregelt war und sich seit dem 1.1.2021 in etwas modifizierter Form in § 15b InsO findet. Diese Haftung war jedenfalls bislang außerordentlich scharf, denn nach der Rechtsprechung des BGH hafteten die Geschäftsleiter hier grundsätzlich für jeden Vermögensabfluss, im Ausgangspunkt also auch dann, wenn für die Zahlung eine ausgleichende Gegenleistung in das schuldnerische Vermögen gelangt ist.¹¹ Aufgrund dieses Ansatzes der Rechtsprechung kamen bei der Haftung aus den sogenannten Zahlungsverboten schnell sehr hohe Beträge zustande, die für die Geschäftsleiter nicht selten existenzbedrohend waren.¹²

II. Die Pandemie und die Insolvenzgründe

Der Ausbruch der COVID-19-Pandemie hatte nun für die von den angeordneten Beschränkungen unmittelbar oder mittelbar betroffenen Unternehmen so gravierende Folgen, dass zu befürchten stand, dass der (ersten) Infektionswelle eine Insolvenzwelle folgen würde.

Weil vielen Unternehmen durch die Nutzungsbeschränkungen die Einnahmen weggebrochen sind, die Kosten (Mieten, Personal, Kredite, Steuern etc.) aber weiter getragen werden mussten, drohte sehr schnell die Zahlungsunfähigkeit und mit ihr die Insolvenzantragspflicht, wenn die Gesellschaft nicht auf dicken Liquiditätspolstern in Gestalt von gut gefüllten Festgeldkonten oder offenen Kreditlinien saß, was nicht viele vor allem der kleineren Unternehmen von sich behaupten können.

Der Gesetzgeber hat hier mit einer Reihe von Maßnahmen gegengesteuert:

1. Das Kurzarbeitergeld

Von kaum zu unterschätzender Bedeutung ist – nicht nur aus insolvenzrechtlicher Sicht – das Kurzarbeitergeld nach § 95 SGB III. Dieses sozialrechtliche Instrument entlastet Unternehmen in der Krise, indem die Agentur für Arbeit unter bestimmten Voraussetzungen die vom Arbeitgeber geleisteten Sozialversicherungsbeiträge (ganz oder teilweise) erstattet sowie das Kurzarbeitergeld zahlt, das auf einen Anteil am Netto-Entgelt begrenzt ist. Das Kurzar-

⁵ K. Schmidt, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung, § 19 Rn. 53; Mock, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, § 19 Rn. 216 ff.

⁶ Mock, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, § 19 Rn. 225 mwN.

⁷ BGBl. I S. 3256.

⁸ Brinkmann, in: Ebke/Seagon/Piekenbrock, Überschuldung: Quo vadis?, 2020, 67 (75 f.); ders., NZI 2019, 921 (924).

⁹ K. Schmidt, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.87; Drukarczyk/Schüler, in: MüKo-InsO, § 19 Rn. 56; Mock, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, § 19 Rn. 219.

¹⁰ Mock, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, § 19 Rn. 230 ff.

¹¹ Allerdings gestattet § 15b Abs. 4 InsO n. F. dem Geschäftsleiter nunmehr den Beweis, dass der Schaden der Gläubiger hinter der Gesamthöhe der geleisteten Zahlungen zurückgeblieben ist, vgl. hierzu Brinkmann, ZIP 2020, 2361 (2367).

¹² Umso wichtiger ist es, dass der BGH nun geklärt hat, dass die D&O-Versicherung der Geschäftsleiter auch diese Ansprüche abdeckt, BGH, Urt. v. 18.11.2020 – IV ZR 217/19, ZIP 2020, 2510, dazu Brinkmann/Schmitz-Justen, ZIP 2021, 24.

beitergeld soll helfen, Entlassungen insbesondere in Situationen zu vermeiden, in denen der Arbeitgeber in einer voraussichtlich vorübergehenden Krise steckt. So wird einerseits die Arbeitslosigkeit der Arbeitnehmer vermieden und andererseits dem Arbeitgeber der Weg aus der Krise erleichtert, da das Personal „an Bord“ bleibt.

Durch das Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld vom 13.3.2020¹³ und eine begleitende Verordnung¹⁴ hat der Gesetzgeber sehr schnell den Zugang zum Kurzarbeitergeld erleichtert und dadurch auch den Arbeitgebern geholfen, die Wahl zwischen Kündigungen und Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden.¹⁵

2. Corona-Hilfe

Von großer Bedeutung zur Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit waren und sind ferner die Corona-Hilfen, die in Form von Krediten ausgezahlt werden. Bis Ende Juni 2020 waren Kredite in Höhe von 33,5 Mrd. Euro zugesagt worden, mittlerweile liegt dieses Volumen bei 46 Mrd. Euro. Im November 2020 wurde dieses Programm bis zum 30.6.2021 verlängert und erweitert.¹⁶

Durch diese Kredite wurde den Unternehmen die Möglichkeit gegeben, sich aus einer coronabedingten Liquiditätsklemme zu befreien und dadurch den Eintritt von Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden. Denselben Effekt haben die Überbrückungshilfen sowie die sogenannten November- und Dezember-Hilfen, die den Unternehmern bei pandemiebedingten Schließungen und Umsatzrückgängen zur Verfügung stehen.¹⁷

3. Art. 240 EGBGB

Erwähnt sei schließlich auch noch Art. 240 EGBGB, der vertragsrechtliche Regelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie enthält und durch das Gesetz zur Ab-

milderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020¹⁸ geschaffen wurde.

Die in Art. 240 § 2 EGBGB enthaltene Beschränkung des Kündigungsrechts bei Mietverträgen berührt allerdings nicht unmittelbar die Insolvenzantragspflichten, denn hier wird nicht die Fälligkeit der Miete beseitigt, sondern nur ein etwaiges Kündigungsrecht wegen versäumter Mietzahlungen ausgeschlossen. Auf die Antragspflicht wirkt sich diese Vorschrift also nicht aus. Die §§ 1 und 3 betreffen wiederum nur Verbraucher (Darlehensverträge sowie bestimmte andere Dauerschuldverhältnisse) und spielen daher in diesem Zusammenhang ebenfalls keine Rolle.

Von gewisser, freilich begrenzter Bedeutung im Zusammenhang mit der Vermeidung eines Eintritts von Insolvenzgründen ist insoweit allein Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB. Nach dieser Vorschrift haben bestimmte Kleinunternehmer das Recht, Leistungen zur Erfüllung eines Anspruchs, der im Zusammenhang mit einem vertraglichen Dauerschuldverhältnis¹⁹ steht, das vor dem 8.3.2020 geschlossen wurde, bis zum 30.6.2020 zu verweigern. Das Leistungsverweigerungsrecht besteht jedoch nur dann, wenn das Unternehmen die Leistung infolge von Umständen, die auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen sind, nicht erbringen kann oder wenn dem Unternehmen die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlagen seines Erwerbsbetriebs nicht möglich wäre.

4. Das COVInsAG vom 27.3.2020

So wertvoll und wichtig die eben aufgezählten Maßnahmen waren, hätten sie allein eine coronabedingte Insolvenzwelle nicht verhindern können:

Zum einen waren die KfW-Kredite zwar geeignet, eine Liquiditätsklemme zu beseitigen, es war aber äußerst unsicher, ob die Mittel schnell genug zur Verfügung gestanden hätten, sodass nicht ausgeschlossen werden konnte, dass die Zahlungsunfähigkeit bereits eingetreten sein würde und damit Insolvenzanträge hätten gestellt werden müssen, bevor die Rettung in Gestalt der Kredite eintraf.

Zum anderen bieten diese Kredite und die anderen Maßnahmen nur Abhilfe im Hinblick auf die Zahlungsunfähigkeit. Unternehmen, deren Geschäftsmodell durch die Krise infrage gestellt wurde, müssen daneben fürchten, in die rechtliche Überschuldung zu rutschen, weil sie nicht mehr darstellen können, dass sie eine positive Fortführungsprognose haben. Denn die Fortführbarkeit eines Restaurants,

¹³ BGBl. I S. 493.

¹⁴ Verordnung über Erleichterungen der Kurzarbeit (Kurzarbeitergeldverordnung - KugV), BGBl. I S. 595.

¹⁵ Der Gesetzgeber hat im Laufe des Jahres 2020 noch weitere Schritte zur Verbesserung des Kurzarbeitergelds vorgenommen: Erste Verordnung zur Änderung der Kurzarbeitergeldverordnung vom 21.10.2020, BGBl. I S. 2259; Gesetz zur Beschäftigungssicherung infolge der COVID-19-Pandemie (Beschäftigungssicherungssicherungsgesetz - BeschSiG) vom 3.12.2020, BGBl. I S. 2691.

¹⁶ Gemeinsame Pressemitteilung des BMWi, des BMF und der KfW vom 6.11.2020, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/11/20201106-kfw-sonderprogramm-wird-verlaengert-und-erweitert-kfw-schnellkredit-nun-auch-fuer-kleinstunternehmen.html>, Abruf v. 7.2.2021.

¹⁷ Vgl. <https://www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de/UBH/Navigation/DE/Home/home.html>, Abruf v. 7.2.2021.

¹⁸ BGBl. I S. 569.

¹⁹ Ausgenommen sind allerdings Miet- und Pachtverhältnisse, Darlehensverträge sowie arbeitsrechtliche Ansprüche, Art. 240 § 1 Abs. 4 EGBGB.

einer privaten Musikschule oder auch einer Fluglinie hängt von der immer noch kaum zu beantwortenden Frage ab, wie lange die Pandemie Wirtschaft und Gesellschaft im Griff haben wird.

Daher musste der Gesetzgeber auch im Insolvenzrecht tätig werden.

5. Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch das COVInsAG

Mit § 1 des sogenannten COVInsAG vom 27.3.2020²⁰ hat der Gesetzgeber vor dem oben beschriebenen Hintergrund die sich aus § 15a InsO ergebende Insolvenzantragspflicht bei Eintritt von Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit zunächst bis zum 30.9.2020 ausgesetzt. Ausgenommen hiervon waren allerdings solche Unternehmen, bei denen die Insolvenzreife nicht auf der COVID-19-Pandemie beruhte oder bei denen keine Aussichten darauf bestanden, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Für Unternehmen, die am 31.12.2019 nicht zahlungsfähig waren, wurde wiederum vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruhte und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, sodass sie in den Anwendungsbereich der Aussetzung fielen.²¹

Parallel zur Insolvenzantragspflicht hat der Gesetzgeber in § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG die Haftung aus den sogenannten Zahlungsverboten (§ 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 i. V. m. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, § 130a Abs. 2 HGB jeweils a. F.) ausgesetzt und damit auch einen haftungsrechtlich vermittelten Zwang zur Antragstellung vorübergehend aufgehoben.

6. Die Verlängerung der Aussetzung der Antragspflicht bei Überschuldung

Die Aussetzung der Antragspflicht war ursprünglich bis zum 30.9.2020 befristet. Während des Sommers 2020 war aber deutlich geworden, dass die Pandemie bis dahin nicht erledigt sein und dass es vielen Unternehmen auch nach diesem Zeitpunkt schwer fallen würde, eine positive Fortführungsprognose zu erstellen, weil nach wie vor unabsehbar war, welche Belastungen und Beschränkungen noch auf die Wirtschaft zukommen würden. Es drohte also eine Welle von Insolvenzanträgen seitens überschuldeter Unternehmen. Um dies zu verhindern, wurde mit Gesetz

vom 25.9.2020²² die Aussetzung der Antragspflicht bei Überschuldung zunächst bis zum 31.12.2020 verlängert. Durch weitere Gesetze vom 22.12.2020 und vom 15.2.2021²³ wurde die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht für Unternehmen, die staatliche Hilfen zur Abmilderung der COVID-19-Pandemie erwarten können und den dazu erforderlichen Antrag bis zum 28.2.2021 gestellt haben, schließlich bis zum 30.4.2021 verlängert.

Immer wieder las man aber zu dieser Zeit auch Berichte über eine zunehmende Zahl sogenannter „Zombieunternehmen“. Mit diesem Ausdruck werden Unternehmen bezeichnet, deren Geschäftsbetrieb langfristig und unabhängig von Corona defizitär ist und die sich nur aufgrund der Stützungsmaßnahmen des Gesetzgebers – insbesondere der Aussetzung der Antragspflicht – am Markt halten können.²⁴ Von diesen Unternehmen geht eine Ansteckungsgefahr für die gesamte Wirtschaft aus, weil sie ihre Vertragspartner, die auf unbeglichenen Forderungen sitzen bleiben, mit in die Krise reißen können.

Um diese Gefahr nicht zu groß werden zu lassen, wurde nur die Aussetzung der Antragspflicht bei Überschuldung verlängert. Die Antragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit ist dagegen seit dem 1.10.2020 wieder anwendbar. Dass es auch im Oktober und November nicht zu einer Insolvenzwelle gekommen ist, dürfte vor allem darauf zurückzuführen sein, dass die Überbrückungshilfen des Bundes in Form der KfW-Kredite und anderen Maßnahmen (November- und Dezember-Hilfen) im Großen und Ganzen trotz nicht zu leugnender administrativer Schwierigkeiten ihre Wirkung entfalten konnten, sodass sich viele Unternehmen mit diesen Beihilfen vor der Zahlungsunfähigkeit retten konnten und können.

Auch die Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung kann und darf aber nicht ad ultimum ausgesetzt werden. Sie ist ein unverzichtbares Korrelat der beschränkten Haftung,²⁵ sodass es zu begrüßen ist, dass die Überschuldung ab dem 1.5.2021 wieder ein zwingender Insolvenzgrund ist – allerdings in modifizierter Form: In § 4 COVInsAG hat der Gesetzgeber mit Gesetz vom 22.12.2020²⁶ die Prognosedauer auf vier Monate reduziert, um der nach wie vor

bestehenden Unsicherheit hinsichtlich der langfristigen Entwicklung Rechnung zu tragen.

²⁰ BGBl. I S. 569.

²¹ Ergänzt wurde diese Regel durch § 3 COVInsAG, wonach Insolvenzanträge, die zwischen dem 28.3.2020 und dem 28.6.2020 gestellt wurden, nur begründet waren, wenn der Eröffnungsgrund, also die Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung, bereits am 1.3.2020 vorlag.

²² Gesetz zur Änderung des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes, BGBl. I S. 2016.

²³ BGBl. I S. 237.

²⁴ Schon vor der COVID-19-Pandemie wurde dieser Begriff für solche Unternehmen geprägt, bei denen der wirtschaftliche Tod faktisch eingetreten, zumindest aber absehbar war, die sich aber allein wegen außergewöhnlicher Umstände – insbesondere wegen des extrem niedrigen Zinsniveaus – unnatürlich „am Leben“ halten konnten; vgl. bspw. Schnabl/Stemon, NZI 2018, 913 (915 ff.).

²⁵ Brinkmann, NZI 2019, 921.

²⁶ BGBl. I S. 3256.

C. Die langfristige Perspektive

Jenseits des COVInsAG, das den betroffenen Unternehmen das kurz- und mittelfristige Überleben ermöglicht, muss ihnen eine langfristige „post-Corona“-Perspektive eröffnet werden. Hierbei muss vor allem die Frage beantwortet werden, wie diesen Unternehmen geholfen werden kann, mit der enormen Schuldenlast umzugehen, die sie während der Krise angehäuft haben. Es geht mit anderen Worten darum, zu vermeiden, dass Unternehmen, denen es etwa durch die Aufnahme von KfW-Krediten gelungen ist, den Eintritt von Zahlungsunfähigkeit im Jahr 2020 zu vermeiden, im Jahr 2021 gezwungen sind, Insolvenzantrag zu stellen, weil sie trotz eines grundsätzlich erfolversprechenden Geschäftsmodells langfristig nicht in der Lage sein werden, die Kredite, die sie im Jahr 2020 aufnehmen mussten, zu bedienen.

Will man diesen Unternehmen eine Chance geben, das Insolvenzverfahren mit seinen Kosten und der nach wie vor bestehenden Stigmatisierung²⁷ zu vermeiden, sind grundsätzlich drei Ansätze vorstellbar, die im Folgenden skizziert werden sollen.

I. Das StaRUG

Die notwendige bilanzielle Sanierung, also die Reduzierung der Schuldenlast, kann zunächst im Rahmen eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens erfolgen.

Ein solches Verfahren stellt das deutsche Recht seit dem 1.1.2021 in Gestalt des StaRUG zur Verfügung und es ist gewiss kein Zufall, dass die Antragspflicht bei Überschuldung zunächst just ab diesem Tag wieder greifen sollte. Denn solche Unternehmen, die hoffen dürfen, sich mit Hilfe des StaRUG zu sanieren, haben eine positive Fortführungsprognose, sodass sie nicht überschuldet im Sinne des § 19 InsO sind.²⁸

Das Restrukturierungsverfahren nach dem StaRUG zielt auf die Annahme eines sogenannten Restrukturierungsplans. Dieser Plan wird typischerweise Sanierungsbeiträge seitens der Beteiligten vorsehen, insbesondere werden die Gläubiger teilweise auf ihre Forderungen verzichten. Zwar sind solche Forderungsverzichte auch außerhalb eines förmlichen Restrukturierungsverfahrens auf vertraglicher Grundlage denkbar (sogenannte „freie Sanierung“), sie können jedoch am Widerstand einzelner Gläubiger scheitern, die nicht bereit sind, an der Sanierung freiwillig mitzuwirken. Solche Hold-out-Strategien haben im Rahmen eines StaRUG-Verfahrens keine Chance, denn dieses

basiert auf Mehrheitsentscheidungen, sodass ein Beteiligter auch dann an den beschlossenen Plan gebunden ist, wenn er selbst nicht zugestimmt hat.

Die Sanierung mittels eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens kommt vor allem für solche Unternehmen in Betracht, die über ein im Kern funktionierendes Geschäftsmodell verfügen, die aber infolge einer überhöhten Kreditaufnahme nicht in der Lage sind, die Zins- und Tilgungslasten langfristig zu bewältigen. Während bei Verabschiedung der dem StaRUG zugrunde liegenden Restrukturierungsrichtlinie und zu Beginn der Beratungen über das deutsche Umsetzungsgesetz durchaus Zweifel daran bestanden, wie groß der Anwendungsbereich in Deutschland für ein solches Instrument sein würde, ist man nun eines Anderen, nämlich Schlechteren belehrt: Durch Corona befinden sich viele Unternehmen in einer bilanziellen Schieflage, obwohl sie über ein – in einer post-Corona-Welt – aussichtsreiches Geschäftsmodell verfügen. Insofern hat Corona gleichsam „die Krise zum Gesetz“ geliefert.

Trotzdem wird das StaRUG für viele Unternehmen und Unternehmer nicht das Instrument sein, mit dem sie sich einen Weg aus der Krise bahnen können. Das Verfahren gilt allgemein als kompliziert und aufwändig. Der juristische Beratungsbedarf ist daher erheblich. Gerade für kleine und sehr kleine Unternehmen wird das StaRUG-Verfahren daher schlicht zu teuer sein. Weil noch Erfahrungen mit dem Restrukturierungsverfahren fehlen, kann es hier (noch) keine „Restrukturierung von der Stange“ geben. Der Restrukturierungsplan aus dem Formularbuch oder – zeitgemäßer – als Legal-Tech-App wird noch eine Weile Zukunftsmusik bleiben. Bis dahin ist jedes Restrukturierungsverfahren eine Maßanfertigung und entsprechend teuer.

Mit anderen Worten: Bei Großunternehmen und großen Mittelständlern ist das StaRUG-Verfahren sicherlich schon heute ein attraktives Instrument zur bilanziellen Sanierung; für Restaurants, Kinos und andere (sehr) kleine Unternehmen ist es – einstweilen – zu teuer.

II. Restschuldbefreiungsverfahren für Klein(st)unternehmen?

Das deutsche Insolvenzrecht stellt mit den §§ 286 ff. InsO ein Verfahren zur Verfügung, das es natürlichen Personen ermöglicht, sich langfristig von den (Rest-)Schulden zu befreien, die nach dem Abschluss eines Insolvenzverfahrens noch unbeglichen sind. Nach dem insoweit rückwirkend zum 1.10.2020 in Kraft getretenen Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens vom 22.12.2020²⁹ wird der Schuldner nach einer nunmehr nur noch dreijährigen Wohlverhaltensperiode von seinen Alt-

²⁷ Dazu Richter, Chance auf Rettung – Neuanfang zwischen Insolvenz- und Sanierungsrecht, in diesem Heft, S. 19 ff.

²⁸ RegE SanInsFoG, BT-Drucks. 19/24181, S. 88, dazu Brinkmann ZIP 2020, 2361, (2363).

²⁹ BGBl. I S. 3328.

verbindlichkeiten befreit. Von dieser Regelung können alle natürlichen Personen Gebrauch machen, also sowohl Verbraucher als auch selbständig wirtschaftlich tätige natürliche Personen, also beispielsweise Einzelkaufleute, Ärzte oder Rechtsanwälte.

Sofern der Unternehmensträger aber eine Gesellschaft, also beispielsweise eine UG oder eine GmbH ist, kommt das Restschuldbefreiungsverfahren nach den §§ 286 ff. InsO de lege lata nicht in Betracht. Zu überlegen ist, ob der Gesetzgeber hieran de lege ferenda etwas ändern sollte, indem er etwa ein Entschuldungsverfahren für Unternehmen schafft. Bei jedem Versuch, der darauf hinausläuft, Unternehmen und Unternehmern den Zugang zur Restschuldbefreiung zu erleichtern bzw. zu ermöglichen, muss man aber bedenken, dass ein solcher finanzieller Neustart auf Kosten der Gläubiger geht. Sie sind es, die die wirtschaftlichen Konsequenzen eines staatlich angeordneten Schuldenerlasses zu tragen haben. Sofern der Staat der Gläubiger ist – sei es als Steuergläubiger oder als Gläubiger von Corona-Krediten –, mag man das unproblematisch finden: Zum einen ergibt sich die Forderungskürzung aus einem hoheitlichen, also staatlichen Akt, zum anderen dient sie öffentlichen Zwecken, nämlich dem Schutz vor strukturellen volkswirtschaftlichen Schäden, die nicht nur aus ökonomischer Sicht vermieden werden müssen. Problematisch sind solche Maßnahmen aber, wenn es um Forderungen privater Gläubiger – etwa von Lieferanten oder auch privaten Banken – geht. Eine – auch verfassungsrechtlich gebotene – Rechtfertigung der Eingriffe in die Rechtsposition der Gläubiger fällt schwer.

III. Der letzte Ausweg: der Staat als Unternehmer

Im Übrigen wäre es auch ordnungspolitisch bedenklich, private Gläubiger zur Sanierung ihrer Schuldner zu zwingen: Wer öffentliche Zwecke verfolgt, muss öffentliche Gelder einsetzen.

Insofern muss der Staat – mit anderen Worten die Allgemeinheit – auch diese Lasten der Pandemie tragen. Dies kann beispielsweise durch sehr großzügige Modalitäten bis hin zu einem Verzicht hinsichtlich der Rückzahlung der KfW-Kredite erfolgen. Auch konjunkturstimulierende Maßnahmen, wie sie schon in dem Konjunkturprogramm der Bundesregierung enthalten sind (Steuererleichterungen, Deckelung der Lohnnebenkosten etc.), gehören hierher.

Neben diesen Maßnahmen hat der Staat in einzelnen Fällen zu einem auch in einer sozialen Marktwirtschaft höchst ungewöhnlichen Instrument gegriffen, nämlich der Beteiligung des Staates an privaten Unternehmen. Während Staatsunternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge – was auch immer genau hierunter zu verstehen ist – eine unersetzliche Rolle spielen, ist es nicht in gleicher Weise

einsichtig, wieso sich der Staat als Gesellschafter an einer Fluglinie (Bsp. Lufthansa, Umfang der staatlichen Hilfen insgesamt 9 Milliarden Euro) oder einem Unternehmen der Touristikbranche (Bsp. TUI, Umfang der staatlichen Hilfen insgesamt 1,25 Milliarden Euro) beteiligt. Warum es gerade diese Unternehmen sind, die in den Genuss staatlichen Eigenkapitals kommen, bleibt unklar. Sicherlich sind diese Unternehmen besonders schwer getroffen und sicherlich sind sie so groß, dass ihnen eine nicht zu unterschätzende gesamtwirtschaftliche Bedeutung zukommt. Aber wenn selbst Reiseveranstalter systemrelevant und „too big to fail“ sein können, wo ist dann die Grenze? Man kann freilich dem Staatseinstieg und dem darin liegenden „ordnungspolitischen Sündenfall“ auch eine gute Seite abgewinnen: Wenn es der politische Wille ist, diesen Unternehmen mit öffentlichen Geldern eine Überlebensperspektive zu eröffnen, dann ist es immerhin zu begrüßen, wenn sich der Staat über die Beteiligung am Eigenkapital auch die Aussicht verschafft, in hoffentlich bald kommenden besseren Zeiten von den Gewinnen zu profitieren – insbesondere durch einen Verkauf der Aktien, also einer Reprivatisierung nach Überwindung der Krise.

D. Ergebnis

Die Betrachtung hat gezeigt, wie vielgestaltig die Maßnahmen sind, die der Staat zur Eindämmung und Abmilderung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie getroffen hat. Nicht zuletzt gehören hierher insolvenz- und sanierungsrechtliche Eingriffe und Instrumente. Insolvenzrechtliche Lösungen bergen aber immer das Risiko in sich, dass die Lasten auf andere Privatrechtssubjekte verteilt werden. Sofern das Ergebnis des politischen Willensbildungsprozesses lautet, dass die Vermeidung des Zusammenbruchs eines Unternehmens oder einer ganzen Branche im öffentlichen Interesse liegt, müssen zu diesem Ziel öffentliche Gelder eingesetzt werden.