

Kritische Auseinandersetzung mit der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht aufgrund der COVID-19-Pandemie

Bestandsaufnahme und Ausblick aus der Sicht von Sachverständigen für Insolvenzuntersuchungen

von Dipl.-Kaufrau Sabine Krauß,* Bonn und Dipl.-Bw. Günther Conrad,** Saarbrücken

I. Insolvenzgründe

1. Insolvenzgrund Zahlungsunfähigkeit

Eine Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit findet sich in § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO. Danach ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Hierunter fallen alle fälligen einrede- und einwendungsfreien Zahlungsverpflichtungen, die nicht gestundet sind.

Für juristische Personen besteht gem. § 15a Abs. 1 InsO bei Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit die Pflicht, spätestens 3 Wochen nach deren Eintritt den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen.

2. Insolvenzgrund Überschuldung

Der Tatbestand der Überschuldung stellt bei juristischen Personen sowie bei Personenhandelsgesellschaften, bei denen es keinen persönlich haftenden Gesellschafter gibt, einen Insolvenzgrund dar. Wichtige Regelwerke im Zusammenhang mit der Thematik der Überschuldung sind:

- InsO
- Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)
- Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMSStG)

- IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11, Stand 29.1.2015)

Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des betreffenden Unternehmens die Schulden nicht mehr deckt. Gem. Art. 5 FMSStG lautet § 19 Abs. 2 InsO wie folgt: „*Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.*“

Demnach liegt eine Überschuldung nicht vor, wenn eine positive Fortführungsprognose vorliegt, d.h. der Fortbestand des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist. Die Überprüfung, ob Überschuldung vorliegt, erfordert ein zweistufiges methodisches Vorgehen.

- In einem ersten Schritt ist eine Fortführungsprognose durchzuführen. Fällt diese positiv aus, d.h. ist der Fortbestand des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich, liegt keine Überschuldung vor.

* Dipl.-Kaufrau *Sabine Krauß* ist öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige für Insolvenzuntersuchungen, Wirtschaftlichkeitsanalysen von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), IHK Bonn-Rhein/Sieg, Mitglied in den Fachausschüssen/Sachverständigenwesen der IHK Trier und Region Stuttgart.

** Dipl.-Bw. *Günther Conrad* ist öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Insolvenzuntersuchungen, IHK Saarland.

- Fällt diese hingegen negativ aus, so sind in einem zweiten Schritt die Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten zu Liquidationswerten in einer Überschuldungsbilanz gegenüber zu stellen. Liegt kein geeignetes Unternehmenskonzept zur Liquidation vor, sind ggf. Zerschlagungswerte anzusetzen.

Juristische Personen müssen gem. § 15a Abs. 1 InsO bei Vorliegen der Überschuldung spätestens 3 Wochen nach deren Eintritt den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen.

II. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

Das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht datiert v. 27.3.2020.

Art. 1 beinhaltet das Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVINsAG). In § 1, Aussetzung der Insolvenzantragspflicht, heißt es wie folgt:²

„Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a der Insolvenzordnung und nach § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist bis zum 30.9.2020 ausgesetzt. Dies gilt nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.“

Der Insolvenzgrund der Überschuldung wird in § 1 zwar nicht explizit genannt, die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht für zunächst rund ein halbes Jahr bis zum 30.9.2020 bezieht sich aber auch auf diesen Insolvenzanztragsgrund.

Hierzu heißt es auf der Seite des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz unter der Frage, für wen die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gilt:

„Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht soll für die Unternehmen gelten, deren Antragspflicht direkt in § 15a der Insolvenzordnung geregelt ist, sowie für Unternehmen, deren Antragspflicht sich aus einem Verweis auf die vorgenannte Vorschrift ergibt. Die Aussetzung soll zudem auch für Vereins- und andere Vorstände gelten, deren Antragspflicht direkt in § 42 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder durch Verweis auf diese Vorschrift geregelt ist. Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht soll nur für Fälle gelten, in denen die Insolvenzreife (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) auf den Folgen der COVID-19-Pandemie beruht. Beim Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit soll für die Aussetzung der Antragspflicht zudem erforderlich sein, dass Aussichten auf eine Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bestehen.“³

Am 10.8.2020 wurde folgendes Zitat der Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz, Frau Christine Lambrecht, veröffentlicht:

„Um pandemiebedingt überschuldeten Unternehmen Zeit zu geben, sich zu sanieren, werde ich vorschlagen, die Insolvenzantragspflicht für diese Unternehmen weiterhin bis Ende März 2021 auszusetzen.“⁴

Am 25.8.2020 wurde die weitere Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch die Bundesregierung beschlossen. Wie aus dem v.g. Zitat von Frau Bundesministerin Lambrecht bereits gefolgt werden konnte, gilt die weitere Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nur noch für den Insolvenzgrund der Überschuldung, allerdings nicht wie von Frau Lambrecht vorgeschlagen, bis Ende März 2021, sondern nur bis zum 31.12.2020.

Zahlungsunfähige Unternehmen müssen ab dem 1.10.2020 wieder gemäß der Regelung in § 15a InsO innerhalb von 3 Wochen den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen.

III. Vergleich zur Finanzkrise ab 2008 im Hinblick auf die Insolvenzantragspflicht

Die Finanzkrise, die im Jahr 2008 durch die Bankenkrise ausgelöst wurde, führte nicht zu einer Aussetzung der Insolvenzantragspflicht.

Zu wesentlichen Maßnahmen im Zusammenhang mit der Zahlungsunfähigkeit von Unternehmen kam es nicht.

Im Hinblick auf die Überschuldung ging mit dem FMStG allerdings ein Wechsel der Methode der Überschuldungsprüfung einher. Mit Inkrafttreten des FMStG am 18.10.2008 kam es zu einem Wechsel von der zweistufigen Methode zur modifizierten zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung.

Der § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO lautet seitdem wie folgt:

„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“

Diese Änderung war zunächst befristet, wurde aber im November 2012 durch den Deutschen Bundestag entfristet. Wesentliche Folge dieser Änderung ist, dass Unternehmen, für die eine positive Fortführungsprognose gestellt wird, keine Überschuldungsprüfung durchführen, d.h. keinen Insolvenzantrag stellen müssen, selbst wenn das Vermögen

1 Die Autoren sind seit vielen Jahren bundesweit insbesondere für Gerichte und Staatsanwaltschaften, Insolvenzverwalter und auch für weitere private Auftraggeber tätig. In dieser Funktion wurden eine Vielzahl von Gutachten im Rahmen der Insolvenzthematik (z.B. Insolvenzverschleppung, Feststellung Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung) erstellt, Beratungsleistungen zu Insolvenzfragen für Unternehmen erbracht sowie Planungen (Liquiditätsplanung, Ertragsplanung) vorgenommen.

2 BGBl. I 2020, Nr. 14, ausgegeben zu Bonn am 27.3.2020.

3 https://www.bmjv.de/DE/Themen/FokusThemen/Corona/Insolvenzantrag/Corona_Insolvenzantrag_node.html.

4 https://www.bmjv.de/SharedDocs/Zitate/DE/2020/081020_Insolvenzantragspflicht.html.

die Schulden nicht mehr decken sollte. Wesentlicher Hintergrund war der, dass viele Unternehmen wegen der Finanzkrise und den damit z.T. einhergehenden enormen Wertverlusten erhebliche Abwertungen ihrer Vermögenswerte vornehmen mussten. Dies wiederum hätte zur Folge haben können, dass grds. gesunde Unternehmen den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Überschuldung hätten stellen müssen. Die seinerzeitige Änderung des Überschuldungsbegriffs und der Methode, die Überschuldung festzustellen, war wirtschaftlich sinnvoll und gerechtfertigt. Die damals häufig geäußerten dahin gehenden Bedenken, Unternehmer könnten dazu tendieren, ihr Unternehmen „schön zu rechnen“, d.h. ihrem Unternehmen eine tatsächlich nicht vorhandene positive Fortführungsprognose zu attestieren, um so einem ansonsten erforderlichen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Überschuldung zu entgehen, haben sich in der Praxis nicht bestätigt, zumindest in keinem bedenklichen Ausmaß. In diesem Bereich kommt es mitunter in Rechtsstreiten zur Beauftragung an die Autoren dieses Beitrags, die dann zu beurteilen haben, ob eine durch die Geschäftsführung aufgestellte Fortführungsprognose die tatsächlichen Gegebenheiten zu einem oder mehreren Zeitpunkten wiedergibt oder nicht. Durch die Hinzuziehung und Auswertung von Geschäftsunterlagen und die Durchführung eigener Planungsrechnungen (z.B. integrierte Unternehmensplanung, simulative Risikoanalyse zur Konkretisierung der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ bei der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose)⁵ kann ein entsprechendes Urteil durch den Sachverständigen abgegeben werden.

Die Anwendung der modifizierten zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung dürfte auch vor dem Hintergrund der Corona-Krise ihre Berechtigung behalten. Auch wenn beide Krisen vom Verlauf her und ihren Folgen nicht direkt miteinander vergleichbar sind, wird auch die Corona-Krise bei vielen Unternehmen zu erheblichen Wertverlusten führen. Eine daraus resultierende erforderliche Abwertung von Vermögenswerten wird vielfach zur Folge haben, dass das Vermögen die Schulden nicht mehr decken wird. Auf mittel- und langfristige Sicht ist es deshalb wirtschaftlich vertretbar, an sich wirtschaftlich gesunde Unternehmen, ebenso wie in der Finanzkrise, von der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung auszunehmen, wenn eine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann.

IV. Entwicklung der Unternehmensinsolvenzen im Jahr 2020

Die Unternehmensinsolvenzen sind im Verlauf des Jahres 2020 gegenüber dem Vorjahr erheblich zurückgegangen. Während im ersten Halbjahr 2019 9.690 Unternehmensinsolvenzen zu verzeichnen waren, waren es im ersten Halbjahr 2020 nach einer vorläufigen Schätzung der Creditreform lediglich 8.900. Dies bedeutet einen Rückgang der Insolvenzen gegenüber dem Vorjahr um 8,2 %.⁶

Noch wesentlich größer ist der Rückgang der Unternehmensinsolvenzen im Juli 2020 gegenüber dem gleichen Vorjahreszeitraum. Nach der Pressemitteilung Nr. 300 des Statistischen

Bundesamts v. 10.8.2020 ist die Zahl der eröffneten Regelinsolvenzverfahren im Juli 2020 um ca. 29,1 % gegenüber dem Vorjahreszeitraum zurückgegangen.⁷

Grds. wäre, wenn man die Entwicklung der Unternehmensinsolvenzen seit 2015 betrachtet, ein geringer weiterer Rückgang der Unternehmensinsolvenzen oder eine Stagnation (ohne Corona-Krise) zu erwarten gewesen. Tatsächlich kam es im ersten Halbjahr 2020 zu einem überdurchschnittlich hohen Rückgang der Regelinsolvenzverfahren. Dieser Rückgang erreichte mit mehr als 29 % im Juli 2020 gegenüber dem gleichen Vorjahresmonat seinen vorläufigen Höhepunkt. Dies lässt zweifellos den Rückschluss zu, dass auch Unternehmen, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen und hier insbesondere ihrer finanziellen Lage auch ohne Corona-bedingte Auswirkungen den Gang zum Insolvenzgericht hätten antreten müssen, dies unter dem „Schutzmantel“ der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht aber nicht getan haben. Dies lässt nach Meinung vieler Ökonomen und Restrukturierungsexperten eine Insolvenzwelle erwarten, die täglich größer wird.⁸

V. Auswirkungen der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

Die positiven Auswirkungen der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht liegen zunächst auf der Hand. Denn das Ziel der Bundesregierung, durch die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht im Verbund mit einer Reihe von Hilfsprogrammen ein flächendeckendes Sterben von grds. wirtschaftlich gesunden Unternehmen zu vermeiden, ist sicher erreicht worden. Insbesondere die Touristikbranche und die Eventbranche sind ganz massiv von Einnahmeeinbußen betroffen, die in einer Vielzahl von Fällen ohne entsprechende Maßnahmen die Zahlungsunfähigkeit und somit die unmittelbare Insolvenzantragspflicht zur Folge gehabt hätten bzw. auch haben. Tatsächlich ist aber aufgrund des Andauerns der Pandemie und der nicht abzusehenden Erholung auch der besonders betroffenen Branchen nicht auszuschließen, dass durch die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bei einer Vielzahl von Unternehmen die Insolvenz nur hinausgeschoben wurde, insbesondere auch bei solchen Unternehmen, die vor der Pandemie auf gesunden wirtschaftlichen Beinen standen.

Der Gläubigerschutz ist ein wesentlicher, wenn nicht der wesentliche Grundgedanke, wenn es um die rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrags geht. In der überwiegenden Mehrzahl der von den Autoren dieses Beitrags erstellten Gutachten zu Insolvenzfragestellungen, sowohl in Strafverfahren als auch in Zivilverfahren, ist i.d.R. eine große Anzahl von Gläubigern festzustellen, deren Forderungen aufgrund verspäteter Insol-

⁵ Vgl. Krauß/Ackermann, ZInsO 37/2019, 1878 ff.

⁶ <https://www.creditreform.de/aktuelles-wissen/pressemeldungen-fachbeitraege/news-details/show/insolvenzen-in-deutschland-1-halbjahr-2020>.

⁷ https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/08/PD20_300_52411.html.

⁸ <https://www.linkedin.com/pulse/die-insolvenzwelle-roltt-bereits-im-verborgenen-dr-christian-heintzel/>.

venzantragstellung nicht mehr beglichen werden können. Hier setzt der wesentliche Kritikpunkt an der (weiteren) Aussetzung der Insolvenzantragspflicht an. Denn diese zunächst positiv und aus Sicht vieler Autoren als alternativlos zu bewertende Maßnahme, die kurzfristig entsprechende Unternehmensinsolvenzen vermeiden konnte, führt auf längere Sicht dazu, dass auch andere, gesunde Unternehmen in eine wirtschaftliche Schieflage geraten oder gar mit in den Sog der Insolvenz gezogen werden können. In diesem Zusammenhang wird in der Zwischenzeit der Begriff der „Zombieunternehmen“ immer häufiger genannt. Gemeint sind hiermit Unternehmen, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen und insbesondere finanziellen Lage auch ohne Corona-bedingte Auswirkungen insolvenzantragspflichtig wären, einen entsprechenden Antrag aber nicht stellen, da sie die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ausnutzen und sich gewissermaßen ungerechtfertigt unter diesen „Schutzmantel“ begeben. Gesunde Unternehmen, die mit solchen „Zombieunternehmen“ in geschäftlichem Kontakt stehen, werden zwangsläufig ebenfalls in eine wirtschaftliche und insbesondere finanzielle Schieflage geraten, da ihre Forderungen nicht oder zum großen Teil nicht beglichen werden können. Die Creditreform drückt dies in ihrer Presseinformation v. 15.6.2020 folgendermaßen aus:⁹

„Das Insolvenzgeschehen als Seismograph der ökonomischen Entwicklung hat sich damit von der tatsächlichen Situation der deutschen Unternehmen entkoppelt.“

Im Hinblick auf die weitreichenden Auswirkungen weiterer Aussetzungen der Insolvenzantragspflicht für Gläubiger und gesunde Unternehmen sind sich viele Experten im Wesentlichen einig. So erklärte der Präsident des Deutschen Industrie- und Handelskammertags (DIHK), *Eric Schweitzer*, in einer Pressemitteilung v. 26.8.2020, eine weitere Aussetzung der Insolvenzantragspflicht werde vielfach zulasten der Gläubiger gehen und damit weitere Unternehmen gefährden. Die Antragspflicht habe eine ganz wichtige Funktion als Signal für Überschuldung oder gar Zahlungsunfähigkeit, die nicht aufgegeben werden dürfe.¹⁰ In gleicher Weise äußert sich *Dr. Christoph Niering*, Insolvenzverwalter und Vorsitzender des Berufsverbands der Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID e.V.), in einer Pressemitteilung des VID e.V. v. 10.8.2020:¹¹

„Der deutliche Rückgang der eröffneten Unternehmensinsolvenzen zeigt, dass auch Unternehmen durch die Aussetzung der gesetzlichen Regelungen geschützt werden, die nicht pandemiebedingt in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sind. Diese Fehlentwicklung muss vor allem im Interesse der Gläubiger, und zu diesen gehören auch die Arbeitnehmer der betroffenen Unternehmen, korrigiert werden. Die von der Bundesjustizministerin vorgeschlagene nur schrittweise Rückkehr zur Insolvenzantragspflicht ist daher nicht der richtige Weg.“

Mitte August 2020 wurde die Zahl der „verdeckt überschuldeten Unternehmen“ von der Creditreform auf ca. 550.000 geschätzt. Bei einer weiteren Aussetzung der Insolvenzantragspflicht, wie ursprünglich geplant, bis zum 31.3.2021 wurde mit einem Anstieg solcher Unternehmen auf 700.000 –

800.000 gerechnet.¹² Mit der jetzt beschlossenen Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bis Ende 2020 dürfte damit ein weiterer Anstieg der Zahl solcher Unternehmen einhergehen mit den entsprechenden negativen Auswirkungen auf die Geschäftspartner, insbesondere Gläubiger, und die allgemeine Wirtschaftslage.

Hier wird aller Voraussicht nach künftig eine wesentliche Aufgabe der Autoren dieses Beitrags liegen, im Rahmen entsprechender Beauftragungen eine eventuelle Insolvenzantragspflicht von Unternehmen zu prüfen bzw. festzustellen, die unabhängig von Corona-bedingten Auswirkungen den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens hätten stellen müssen. Ab dem 1.10.2020 dürfte es aus Sicht der Autoren mit dem Wiederaufleben der Insolvenzantragspflicht innerhalb von 3 Wochen bei Zahlungsunfähigkeit wieder zu einem Anstieg der Insolvenzanträge und damit zu einem geringeren Anstieg der „Zombieunternehmen“ kommen. Denn die Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzgrund ist von größerer Relevanz als die Überschuldung, sodass das Insolvenzgeschehen ab Oktober 2020 wieder mehr das tatsächliche Wirtschaftsgeschehen widerspiegeln dürfte.

VI. Umsetzung der EU-Restrukturierungsrichtlinie

Angesichts der Corona-Pandemie, der dadurch bedingten immensen Beeinträchtigung des Wirtschaftslebens und des Insolvenzrisikos bei einer großen Zahl von Unternehmen oder ganzer Branchen werden die Stimmen lauter, die eine zügige Umsetzung der EU-Restrukturierungsrichtlinie in nationales Recht als notwendig ansehen.

Die Europäische Kommission hatte am 22.11.2016 einen Vorschlag für eine „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU“ vorgelegt. Die Richtlinie ist im Juli 2019 in Kraft getreten, die Umsetzung in Deutschland steht derzeit noch aus. Dies soll bis zum 17.7.2021 geschehen, eine Verlängerung der Frist ist aber möglich. Die Richtlinie soll ein neues, einheitliches und europaweit geltendes Sanierungsrecht schaffen.

Wesentliches Instrument eines solchen Restrukturierungsverfahrens ist der Restrukturierungsplan. Dieser ist aber nicht Bestandteil eines bereits eröffneten Insolvenzverfahrens, sondern ist auf die Vermeidung einer Insolvenz ausgerichtet. Unternehmen sollen die Möglichkeit erhalten, sich ohne Insolvenzver-

9 <https://www.creditreform.de/footer/creditreform/presse/shownews/show/insolvenzen-in-deutschland-1-halbjahr-2020>.

10 <https://www.presseportal.de/print/4689203-print.html>.

11 <https://www.vid.de/pressemitteilung/stark-ruecklaeufig-drastischer-rueckgang-bei-den-unternehmensinsolvenzen-von-291-prozent-bmju-muss-diese-fehlentwicklung-dringend-korrigieren/>.

12 <https://www.welt.de/wirtschaft/article213619642/Firmeninsolvenzen-Zahl-der-Zombieunternehmen-steigt-kraefig.html>.

fahren zu sanieren, wobei mit der Mehrheit der Gläubiger Moratorien beschlossen werden können. Ziel ist es, Unternehmen, bei denen eine Insolvenzwahrscheinlichkeit vorliegt, die aber bestandsfähig sind, im Rahmen dieses vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens eine eigenständige Sanierung auf der Grundlage entsprechender Vereinbarungen insbesondere mit den Gläubigern zu ermöglichen.

Maßgeblicher materieller Anknüpfungspunkt für die Anwendung der Instrumente des Sanierungsverfahrens ist demnach die „wahrscheinliche Insolvenz“ des Schuldners („likelihood of insolvency“). Hinweise, was unter einer „wahrscheinlichen Insolvenz“ zu verstehen ist, lassen sich bereits aus der Richtlinie entnehmen. Auf der einen Seite darf noch keine Insolvenz im nationalrechtlichen Sinn eingetreten sein. Auf der anderen Seite muss sich das Unternehmen aber in einer Situation befinden, in der schon ein gewisses, begründetes Risiko für eine Insolvenz besteht. Der Eintritt der Insolvenz muss jedoch noch durch geeignete Maßnahmen verhinderbar erscheinen.

Im Rahmen des Sanierungsverfahrens soll den Unternehmen ein Vollstreckungsschutz gewährt werden, damit ausreichend Zeit besteht, um Sanierungsmöglichkeiten auszuloten und auf den Weg zu bringen. Das Moratorium soll einen Zeitraum von 4 – 12 Monaten umfassen. Für die Dauer des Verfahrens bzw. der Moratorien soll keine Insolvenzantragspflicht bestehen.

Ein solches Moratorium birgt natürlich ein hohes Ausfallrisiko für die daran beteiligten Gläubiger. Sinnvoll und wichtig dürfte es deshalb sein, für die Unternehmen, die diese Möglichkeit der vorinsolvenzlichen Restrukturierung in Anspruch nehmen, eine verpflichtende Bestandsfähigkeitsprüfung einzuführen.

In der RL (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rats v. 20.6.2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz) heißt es in Art. 4, Verfügbarkeit präventiver Restrukturierungsrahmen, Abs. 3, wie folgt:

„Die Mitgliedstaaten können eine Bestandsfähigkeitsprüfung nach nationalem Recht beibehalten oder einführen, sofern eine solche Prüfung dem Ausschluss von Schuldern ohne Aussicht auf Bestandsfähigkeit dient und ohne nachteilige Auswirkungen auf die Vermögenswerte des Schuldners durchgeführt werden kann.“¹³

Vielfach wird deshalb von Fachleuten gefordert, die in der Richtlinie in Art. 4 Abs. 3 beschriebene Bestandsfähigkeitsprüfung verpflichtend vorzusehen. Damit soll dem Miss-

brauch des Sanierungsverfahrens durch Unternehmen vorgebeugt werden, die keine langfristig erfolgreiche Aussicht auf Erholung haben.

Eine solche Bestandsfähigkeitsprüfung könnte sinnvollerweise an das Vorgehen angelehnt werden, das zur Erlangung der Bescheinigung nach § 270b InsO erforderlich ist. Die Prüfungstätigkeiten zur Erlangung dieser Bescheinigung beinhalten eine gutachterliche Würdigung, ob drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die geplante Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

Auf die diesbezüglichen Prüfungstätigkeiten (Liquiditätsprüfung und -planung, Fortführungsprognose, Überschuldungsprüfung) eines erfahrenen Sachverständigen kann an dieser Stelle nicht verzichtet werden. Als Gutachtersteller kommen insbesondere Wirtschaftsprüfer, Restrukturierungsberater und Sachverständige für Insolvenzuntersuchungen oder Wirtschaftlichkeitsanalysen infrage.

VII. Ausblick

Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch die Bundesregierung war vorübergehend eine wichtige Maßnahme, um Unternehmen, die wirtschaftlich gesund waren, aber besonders stark durch die Auswirkungen der Corona-Pandemie getroffen waren, zu schützen. Die Entwicklung der Insolvenzen seit Aussetzung der Insolvenzantragspflicht zeigt aber, dass zunehmend Unternehmen von dieser Regelung profitieren, die auch ohne die Auswirkungen der Corona-Pandemie den Gang zum Insolvenzgericht, insbesondere wegen Zahlungsunfähigkeit, hätten antreten müssen, dies jedoch unterlassen haben. Dadurch werden auch immer mehr Unternehmen bzw. Gläubiger, die mit solchen Unternehmen in wirtschaftlichen Kontakt steht, in Mitleidenschaft gezogen und in ihrer Substanz gefährdet. Deshalb war es notwendig und richtig, die Insolvenzantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit, insbesondere aus Gründen des Gläubigerschutzes, nicht über den 30.9.2020 hinaus auszusetzen.

Eine zügige Umsetzung der EU-Restrukturierungsrichtlinie in nationales Recht kann dazu beitragen, weiteren erheblichen Schaden für die Wirtschaft und viele Unternehmen einzudämmen und die allgemein befürchtete Insolvenzwelle in Grenzen zu halten.

¹³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023>.