

Corona-bedingte Sonderregelungen zur Vermeidung einer Insolvenzanmeldung zum 30.04.2021 ausgelaufen – Was nun? Handlungsoptionen für den eigentümergeführten Mittelstand

Die Corona-Pandemie hat viele gut aufgestellte, Innovationen gegenüber aufgeschlossene, modern geführte Unternehmen hart getroffen: das bis dato robuste Geschäftsmodell wurde von einem exogenen Schock getroffen, den selbst Strategen nicht in ihren Szenarioanalysen formuliert hätten. Und wenn sie es im Einzelfall doch getan haben, so erschien dieses Szenario so realitätsfern, dass es nicht in den eigenen Planungen berücksichtigt wurde. Die Produktionskapazitäten vieler Unternehmen wurden sehr kurzfristig mit einem sehr erheblichen Nachfragerückgang konfrontiert. In einigen Branchen war dieser Nachfragerückgang zeitlich begrenzt. Doch insbesondere Dienstleistungsbranchen, deren Geschäftsmodell den persönlichen Kontakt zu den Kunden bedingt, wurden besonders heftig getroffen. Zwar war es den Unternehmen möglich, Mietzahlungen für eine begrenzte Zeit auszusetzen („Corona-Mieten“), doch ist das Aufschieben dieser Zahlungen keine nachhaltige Problemlösung. Andere, wesentliche Aufwandsarten konnten nicht vermieden oder aufgeschoben werden. Daher dürfte bei einer Reihe von Unternehmen die Liquidität aufgebraucht, ggf. sogar bereits eine bilanzielle Überschuldung eingetreten sein.

Zum 30.04.2021 lief die wegen der Virus-Pandemie ausgesetzte Insolvenzantragspflicht aus. Schon in den vergangenen Monaten galten die Ausnahmeregelungen nur noch für einen eng eingegrenzten Kreis von Unternehmen (§1 (2 f.) COVInsAG)¹. Doch ist die Wahrnehmung in weiten Teilen der Wirtschaft eine ganz andere: Viele Unternehmer gehen davon aus, es besteht keine Notwendigkeit, Insolvenz anzumelden, sobald die Zahlungsunfähigkeit und/ oder die Überschuldung ihres Unternehmens eingetreten ist. Weit gefehlt: die strafbewehrte Rückkehr zur Insolvenzanmeldepflicht erfolgte zum 1. Mai 2021, sofern die Politik die Rechtslage nicht nachträglich noch ändert².

Was ist nun zu tun? Welche Handlungsoptionen stehen dem eigentümergeführten Mittelständler offen, um sein Lebenswerk zu retten?

Diese Handlungsoptionen bestimmen sich nach der Situation, in der sich sein Unternehmen zum Stichtag 1. Mai 2021 befindet. Die vorrangige Frage, die es an allererster Stelle zu beantworten gilt, ist die Frage nach dem Finanzstatus („IST-Situation“ der Finanzmittel) und die Frage nach der Liquiditätsprognose für die unmittelbar bevorstehenden 13 Wochen (sog. „13-Wochen-Planung“). Das Ergebnis dieser IST-Erhebung und der **realistischen, belastbaren, glaubwürdigen** Liquiditätsprognose für die unmittelbar bevorstehenden drei Monate bestimmt alle folgenden Überlegungen.

Sofern der Finanzstatus (stichtagsbezogen!) ergibt, dass das mittelständische Unternehmen nicht mehr in der Lage ist, innerhalb von drei Wochen mindestens 90% seiner Verpflichtungen **auf Fälligkeit** zu begleichen, so hat der Unternehmer zwingend Insolvenz wegen Zahlungsunfähigkeit anzumel-

¹ COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG)

² Bundesministerium der Justiz: „Nach derzeitigem Stand ist eine Verlängerung der Aussetzungsregelungen über den 30. April 2021 hinaus nicht geplant.“; Antwort auf eine Anfrage der Medien, die ihrerseits vielerorts veröffentlicht wurde.

den (§15a i.V. mit §17 InsO)³. Er hat dies unverzüglich zu machen. Die sog. „20-Tage-Frist“ ist lediglich eine Karenzzeit, die von Gerichten toleriert wird⁴. Diese Zeitspanne kann der Unternehmer nutzen, um Stundungen von Verbindlichkeiten rechtswirksam zu vereinbaren und/ oder um zusätzliche Finanzmittel zu generieren. Sind diese Anstrengungen erfolglos, wird die Zahlungsunfähigkeit somit nicht beseitigt, so hat er in der vorgenannten Frist zwingend einen Insolvenzgericht beim Amtsgericht zu stellen.

Sofern der Unternehmer hingegen mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ in der Lage ist, die Liquiditätslücke in „absehbarer Zeit“ vollständig oder fast vollständig zu beseitigen, und wenn den Gläubigern ein Abwarten zumutbar ist, dann ist das Stellen eines Insolvenzantrags entbehrlich (BGH vom 24.05.2005; AZ: IX ZR 182/01). Problematisch wird es für den Unternehmer lediglich dann, wenn die „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ nicht Realität wird, d.h., dass sich die Liquiditätslücke nicht schließen lässt. Für diesen Fall sollte der Unternehmer über eine detaillierte, akribische Dokumentation verfügen, um ex post die Vermutung der Insolvenzverschleppung wirksam zu entkräften, und um sich einem Strafverfahren entziehen zu können.

Der Hinweis des Unternehmers darauf, dass er sich im Betrieb z.B. um die Produktentwicklung und den Verkauf und/ oder die Produktion kümmere, und das Thema ‚Finanzen‘ an den Steuerberater delegiert habe, hilft nicht weiter. Es ist die Verantwortung des im Handelsregister eingetragenen Organs der Gesellschaft, fristgerecht einen Antrag auf Einleitung eines Insolvenzverfahrens beim zuständigen Amtsgericht zu stellen⁵. Diese Verpflichtung ist strafrechtlich abgesichert.

Auch der Hinweis auf den Kollegen in der Firma, der ebenfalls als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen ist, und der sich um ‚Finanzen‘ kümmert, hilft nicht weiter⁶. Für Dritte ist die unternehmensintern im Geschäftsverteilungsplan fixierte Aufgabenteilung weder erkennbar noch relevant. Für einen Dritten – jeder Gläubiger ist ein Dritter – hat diese unternehmensinterne Ressortverteilung keine Bedeutung. Er kann die persönliche Inhaftungnahme der Geschäftsführung gegen jeden beliebigen Geschäftsführer richten. Die Geschäftsführer können sich ihrerseits im Innenverhältnis – wie in einer BGB-Gesellschaft – bzgl. der Lastenteilung verständigen.

Etwas schwieriger ist die Beurteilung der Situation des Unternehmens, wenn „lediglich die Bilanz des Unternehmens eine Unterdeckung“ aufweist, d.h. dass die Summe der Vermögenswerte des Unternehmens nicht mehr ausreicht, um die bestehenden Verbindlichkeiten zu decken; das Eigenkapital also einen negativen Wert annimmt. Ein negatives Eigenkapital ist für sich betrachtet jedoch noch

³ Insolvenzordnung (InsO)

⁴ §15a (1) InsO. „Zahlungsunfähigkeit liegt dann vor, wenn der Schuldner 10% oder mehr seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten länger als drei Wochen nicht erfüllen kann, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig bereinigt wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist ...“ (BGH vom 24.05.2005; AZ: IX ZR 182/01)

⁵ §15a (1), Satz 1 InsO

⁶ Der Geschäftsführer hat die sich aus §64 GmbHG ergebenden Pflichten persönlich zu erfüllen (vgl. BGH, Urteil vom 06.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162).

kein Grund, unmittelbar einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wegen Überschuldung zu stellen. Ein solcher Antrag ist nur dann **unverzüglich** zu stellen, wenn zusätzlich die Fortführung des Unternehmens in den unmittelbar bevorstehenden zwölf Monaten überwiegend unwahrscheinlich ist⁷. Die Insolvenzantragstellung aufgrund von Überschuldung bedingt somit die Durchführung einer Fortbestehensprognose. Sofern diese Fortbestehensprognose⁸, die zwingend auf realistischen Annahmen zu beruhen hat, das Resultat liefert, dass die Zahlungsüberschüsse in den kommenden zwölf Monaten wieder einen Betrag erreichen, das negative Eigenkapital auszugleichen, so ist eine Insolvenzantragstellung entbehrlich. Der Unternehmer sollte seine Annahmen für die Fortbestehensprognose detailliert und akribisch dokumentieren, um sich vor einem möglichen späteren Strafverfahren vorab zu schützen. Ein solches Strafverfahren aufgrund von Insolvenzverschleppung könnte später rechtshängig gemacht werden, falls die Zahlungsüberschüsse im Prognosezeitraum dann doch nicht so ausreichend ausfallen wie prognostiziert wurde. „Bestes Wissen und Gewissen“ des Unternehmers sollten zwingend objektiv nachvollziehbar dokumentiert werden.

Sofern eine Verpflichtung zur unverzüglichen Anmeldung einer Insolvenz besteht, so bleibt dem Unternehmer nur noch die Wahl, ob er eine Fortführung des Unternehmens – nach Abschluss des Insolvenzverfahrens – anstrebt oder ob er sich mit der Liquidation seines Lebenswerkes abfindet. Die **Anmeldung eines Insolvenzverfahrens ist nicht gleichzusetzen mit dem Ende des Unternehmens**. Es ist durchaus möglich, ein Unternehmen unter den Rahmenbedingungen des Insolvenzrechts, in einem strukturierten Verfahren der Eigenverwaltung (§270 InsO; auch „Planinsolvenz“ bezeichnet) zu sanieren, und nach Abschluss dieses Verfahrens – mit überarbeitetem, modernen Geschäftsmodell und mit deutlich reduzierten Kosten, fortzuführen. Viele namhafte Unternehmen, z.B. Karstadt, Sinn Leffers, Esprit, Gerry Weber, Hallhuber, Adler Modemärkte, Bonita, Condor, Air Berlin, Rodenstock, Grundig, Neumayer Tekfor, u.v.a.m., sind diesen Weg bewusst gegangen, um diese Unternehmen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zu restrukturieren und wieder wettbewerbsfähig zu machen. Die bewusste Wahl und Vorbereitung einer Planinsolvenz ist heutzutage eine anerkannte Form der Unternehmenssanierung. Sie verfolgt das Ziel, ein krankes Unternehmen **nachhaltig** zu sanieren. Ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung eignet sich **NICHT** dafür, eher oberflächliche, nicht schlüssige Korrekturen am Geschäftsmodell eines Unternehmens vorzunehmen. Sie ist nur dann ein geeignetes Instrument zur Sanierung eines Unternehmens, sofern der Unternehmer die ernsthafte Absicht hat, das kranke Unternehmen durch geeignete Maßnahmen nachhaltig zu sanieren, und somit wieder wettbewerbsfähig zu machen⁹. Es muss die verbindliche Absicht des Unternehmers bestehen, sein Lebenswerk zu retten und in modifizierter Form fortzuführen. Er kann dieses Ziel der Unternehmens-

⁷ §19 (2) Satz 1 InsO

⁸ Die Fortbestehensprognose wird inhaltlich im IDW PS 800 erläutert. Sie ist von der Fortführungsprognose abzugrenzen, die das „going concern“ gemäß § 252 HGB prüft. Beide Begriffe klingen ähnlich, sind aber nicht synonym zu verwenden.

⁹ Eine ‚nachhaltige‘ Sanierung umfasst neben der finanzwirtschaftlichen auch die leistungswirtschaftliche Sanierung eines Unternehmens. Die leistungswirtschaftliche Sanierung überdauert in den meisten Fällen bei weitem das Ende des Insolvenzverfahrens (vgl. Frind (ZInsO 2015), Teil 1, S. 2249 ff.).

fortführung alleine angehen. Er kann hierfür jedoch auch professionelle Unterstützung in Anspruch nehmen (Restrukturierungsberatung, CRO [„Sanierungsgeschäftsführer“]).

Lediglich in jenen wenigen Fällen, in denen das Unternehmen keine realistische Perspektive hat, auch in modifizierter Form wieder eigenständig wettbewerbsfähig zu werden, sollte der Unternehmer überlegen, ob er sein Lebenswerk auf jemanden überträgt, der es - zumindest in Teilen - im Rahmen seiner unternehmerischen Aktivitäten weiterführen möchte. Ein solcher Unternehmensverkauf kann sowohl vorinsolvenzlich, im Zuge einer „normalen“ M&A-Transaktion, oder aber auch aus einem Insolvenzverfahren heraus erfolgen. Sowohl ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung als auch ein Regelinsolvenzverfahren sehen die Prüfung dieser Option vor („dual track“), sofern diese Verfahren solide durchgeführt werden. Lediglich als allerletzte Alternative ist die Liquidation eines Unternehmens zu betrachten, in der die Verwertung einzelner Vermögensgegenstände erfolgt, die aber auch den größten Teil des verbliebenen Wertes der Unternehmung vernichtet.

Sofern weder Zahlungsunfähigkeit noch bilanzielle Überschuldung eingetreten sind, so verbleiben dem Unternehmer noch wesentlich mehr Handlungsoptionen. Um den Kranz der verfügbaren Optionen zu bestimmen, muss die bereits erstellte Finanzplanung (Fortbestehensprognose über zwölf Monate) zunächst auf einen Planungszeitraum von 24 Monaten ausgeweitet werden. Diese Finanzplanung sollte realistisch sein („nach bestem Wissen und Gewissen“). Sie sollte auf plausiblen Annahmen beruhen und sie sollte das wahrscheinliche Szenario für die kommenden 24 Monate widerspiegeln. Es ist sinnvoll, nicht nur ein Szenario für diese Finanzplanung zu entwickeln, sondern aus unterschiedlichen Kränzen von Annahmen verschiedene Szenarien für den ‚Cash Forecast‘ zu entwickeln (z.B. „best case“, „medium case“, „worst case“). Der Vergleich der Resultate dieser verschiedenen Szenarien vermittelt dem versierten Betrachter ein Gefühl für die Robustheit und für die sensiblen Annahmen der Finanzplanung.

Sofern dieser Cash Forecast über den 24-Monats-Zeitraum zu dem Ergebnis kommt, dass das Unternehmen **aktuell nicht zahlungsunfähig** ist, jedoch nach dem 12. Monat in eine Situation der Finanzmittelunterdeckung kommt, und dass es aus heutiger Sicht unwahrscheinlich ist, diese künftige Zahlungsunfähigkeit durch die Generierung zusätzlicher Finanzmittel abzuwenden, so ist das Unternehmen „drohend zahlungsunfähig“ (§18 (2) InsO). In diesem Fall hat der Unternehmer das **Recht, nicht die Pflicht**, entweder ...

1. ein vorinsolvenzliches Restrukturierungsverfahren (im StaRUG geregelt, das zum 01.01.2021 in Kraft getreten ist), oder aber
2. ein Insolvenzverfahren nach §18 InsO wegen drohender Zahlungsunfähigkeit in Eigenverwaltung

vorzubereiten. Die Wahl des Unternehmers zwischen beiden Verfahren ist eine wichtige, wegweisende Entscheidung. Sie hängt von vielen individuellen Faktoren ab, die im Einzelfall zu prüfen sind. Eine generelle Empfehlung für eine der beiden vorgenannten Handlungsoptionen ist weder möglich noch

seriös vertretbar. **Beide Verfahren zielen darauf ab, ein Unternehmen nachhaltig zu sanieren und nach Abschluss des Verfahrens durch den Unternehmer fortzuführen.**

Lediglich die Beantwortung der folgenden vorgelagerten, alles dominierenden Frage durch den betroffenen Unternehmer gibt einen Hinweis darauf, welches dieser beiden vorgenannten Verfahren aus Sicht des Unternehmers im Einzelfall vorzuziehen ist: Der Unternehmer muß für sich selbst beantworten, wie er zu einem Insolvenzverfahren steht. In der Vergangenheit wurde die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit dem Scheitern des Unternehmers gleichgesetzt. Daher wird insbesondere in Deutschland noch von einem sog. „Stigma der Insolvenz“ gesprochen: Unternehmer verzichten auf die Möglichkeit, ihr Lebenswerk durch ein rechtliches Verfahren zu restrukturieren und anschließend (mit einem Teil der Belegschaft und mit einem Teil der Produktion) fortzuführen, weil sie sich schämen, der Öffentlichkeit gegenüber einzuräumen, sie hätten im Rahmen ihrer Geschäftsführung versagt, und das Unternehmen in eine Krise geführt. Insbesondere die aktuelle Corona-Pandemie macht unmittelbar einsichtig, dass es kein unternehmerisches Versagen ist, wenn der Unternehmer durch die aktuelle Sonder-Situation in die Krise geraten ist.

Dieses „Stigma der Insolvenz“ ist im eigentümergeführten Mittelstand besonders stark ausgeprägt, weil hier Tradition, Emotion, persönliches Ansehen, Reputation, aber auch sehr häufig die Haftung des Unternehmers mit seinem Privatvermögen für sein Unternehmen bei der Entscheidung über den Eintritt in ein Insolvenzverfahren berücksichtigt werden. Bei Fremdgeschäftsführern ist dieses „Stigma der Insolvenz“ nicht so stark ausgeprägt, weil diese in den meisten Fällen nicht für das Unternehmen haften, bei dem sie beschäftigt sind, und weil sie ein Strafverfahren infolge Insolvenzverschleppung mehr fürchten als die vermeintliche Schmach, einen wirtschaftlichen Niedergang des Unternehmens nicht abgewendet zu haben.

Häufig besteht der falsche Eindruck, dass der Unternehmer mit dem Eintritt in ein Insolvenzverfahren die Entscheidungsgewalt über sein Unternehmen abgibt; sein Unternehmen verliert. Diese Wahrnehmung ist nicht richtig. Zwar werden die Verfügungs- und Entscheidungsgewalt des Unternehmers während eines Insolvenzverfahrens suspendiert. An die Stelle des Eigentümers tritt ein Gläubigerausschuss, dessen vorrangige Aufgabe es ist, die Befriedigung der Gläubigerforderungen sicherzustellen. Doch hat der Unternehmer in einem Verfahren der Eigenverwaltung – sofern ihn das Insolvenzgericht, auf Vorschlag der Gläubigerversammlung, zum Eigenverwalter bestellt – die Möglichkeit, die Sanierung seines Unternehmens eigenständig, unter Aufsicht, voranzutreiben, sofern die Gläubigerinteressen gewahrt bleiben und die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden als im Fall der Liquidation oder des Verkaufs des Unternehmens. Es liegt also an dem Unternehmer selbst, ob er in der Lage ist, in einem Insolvenzplan glaubhaft zu machen, dass die Fortführung des sanierten Unternehmens die Gläubiger dieses Unternehmens besserstellt als im Falle der Veräußerung oder der Liquidation desselben.

Die Suspendierung der Eigentümerrechte des Unternehmers in einem Insolvenzverfahren der Eigenverwaltung erfolgt nur für die Dauer des Insolvenzverfahrens. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens durch das zuständige Insolvenzgericht erhält er die Verfügungsgewalt über sein Unternehmen

zurück und kann mittels eines sanierten Unternehmens eine „zweite Chance ergreifen“, sofern die Fortführung des Unternehmens die beste Alternative aus Sicht der Gläubiger ist. Die Gläubiger entscheiden dies. Der Eigenverwalter begründet seine Empfehlung mit dem vorgelegten Insolvenzplan.

Sofern der Unternehmer aus den vorgenannten Gründen ein Insolvenzverfahren der Eigenverwaltung scheut, so steht ihm noch offen, ein außergerichtliches oder gerichtliches (vorinsolvenzliches) Restrukturierungsverfahren anzustrengen. Beide Verfahrensvarianten vermeiden die Stellung eines Insolvenzantrages. Sie sind sog. „stille Verfahren“: diese teil-kollektiven Restrukturierungsverfahren werden nur den betroffenen Gläubigern bekannt, nicht zwingend allen Gläubigern oder gar Außenstehenden. Deshalb werden sie als „still“ oder „geräuschlos“ bezeichnet. Zwar würde der Autor einem gerichtlichen Restrukturierungsverfahren (§§29 ff. StaRUG) selbst dann den Vorzug gegenüber dem außergerichtlichen Verfahren geben, wenn keine gerichtlichen Anordnungen zur Stabilisierung angefordert werden (§29 (2), Nr. 3 StaRUG), weil er den Anfechtungsschutz eines gerichtlich bestätigten Plans zu schätzen weiß. Doch hat der Unternehmer durchaus die Möglichkeit, eine solches vorinsolvenzliches Restrukturierungsverfahren nach den Leitlinien der §§ 2-28 StaRUG auch außergerichtlich durchzuführen.

Im Falle einer drohenden Zahlungsunfähigkeit hat der Unternehmer selbstverständlich darüber hinaus die Möglichkeit und auch etwas mehr Zeit, sein Unternehmen durch eine strategische Allianz in einem Joint Venture oder durch eine Veräußerung abzusichern.

Fazit: Einem Unternehmer, dessen Lebenswerk durch die Corona-Pandemie oder auch durch unvorteilhafte Entwicklungen in der Vergangenheit in eine akute wirtschaftliche Krise geraten ist, die zumindest eine drohende Zahlungsunfähigkeit erreicht hat, verbleiben mehrere Möglichkeiten, sein Unternehmen zu sanieren, und auch an der Neugestaltung seines Unternehmens entscheidend mitzuwirken.

Voraussetzung für das Ausschöpfen der bestehenden Handlungsoptionen ist, ...

1. dass der Unternehmer immer (!) einen klaren, kurzfristig verfügbaren Überblick über seinen aktuellen Finanzstatus hat.
2. dass der Unternehmer das wirtschaftliche Umfeld seines Unternehmens, sowie die Stärken/Schwächen desselben sehr zutreffend kennt, und aus diesem Verständnis der IST-Situation heraus eine realistische Finanzplanung über mindestens zwölf, ideal 24 Monate, ableiten kann. Diese Finanzplanung ist mit detaillierten Annahmen und mit konkreten Maßnahmen unterlegt.
3. dass der Unternehmer sich darüber klar wird, wie er zu dem „Stigma der Insolvenz“ steht.
4. dass der Unternehmer ein klares, realistisches Verständnis von dem künftigen Leitbild seines sanierten Unternehmens hat.

Dr. Ralf Holz

Königswinter, im Mai 2021

