

INDAT STATISTIK

INDat Report
Fachmagazin für Restrukturierung,
Sanierung und Insolvenz

Halbjahresstatistik 2020 und Redaktion aktuell

» *RegE eines Gesetzes zur weiteren Verkürzung des RSB-Verfahrens*

Deutliche Kritik, aber auch großer Zuspruch

» *Bericht des High Level Forums u. a. zum Unternehmensinsolvenzrecht*

Neuer Harmonisierungsvorschlag aus Brüssel

» *Unternehmensinsolvenzverfahren vom 01.01.2020 bis 30.06.2020*

**Bestellungen an allen Insolvenzgerichten,
Rankings der Verwalter und Kanzleien nach
Bestellungen und nach Umsätzen**

impro
immobilien | professionell

impro.de

Nur den Überschuldungstatbestand weiter aussetzen



Anzeige

Mannheim. Am 23.06.2020 fand der zweite, dreistündige Teil des 16. Mannheimer Insolvenzrechtstags online mit etwa 140 Teilnehmern statt (Bericht über Teil 1 im INDat Report 05_2020, Seite 52 ff.), bei dem das COVInsAG im Mittelpunkt stand. Zuerst ging es um Insolvenzantragspflicht, Organhaftung und Förderung von Neukrediten aus Professoren- und höchstrichterlicher Sicht, anschließend kamen zwei Praktiker zu Wort, die über den Nutzen des COVInsAG und drängende, pandemiebedingte Probleme berichteten.

Text: Peter Reuter

Nach der Begrüßung durch den ZIS-Vorsitzenden Prof. Dr. Georg Bitter, der sich nochmals bei seinem Team und vor allem bei Marisa Doppler für Planung und Durchführung des Kongresses bedankte, und nach der Moderationsübernahme durch RA Peter Depré eröffnete RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein den zweiten Kongressteil mit dem Thema »Insolvenzantragspflicht und Organhaftung«, das die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (§ 1 COVInsAG) und die Zulässigkeit von Zahlungen aus Vermögen der Gesellschaft nach Insolvenzreife (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG) behandelte. Beginnend mit den rechtlichen Grundlagen der Insolvenzreife sowie deren Feststellbarkeit bemerkte Gehrlein zum COVInsAG, dass ein überschuldetes Unternehmen noch zahlungsfähig ist, weil eine negative Fortbestehensprognose nicht bedeute, dass unmittelbar eine Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Für ein am 31.12.2019 überschuldetes Unternehmen, das aber nicht zahlungsunfähig war, da die negative Fortbestehensprognose erst am Ende des kommenden Geschäftsjahres nicht mehr mit hinreichender Zahlungsfähigkeit rechnet, gelte die Vermutung des § 1 Satz 3 nicht, das bestätigten auch erste Stellungnahmen. Daher sei die Vermutung des § 1 Satz 3 COVInsAG auf den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit zugeschnitten.

Auch rief Gehrlein in Erinnerung, dass die Antragspflicht ab objektivem Eintritt der Insolvenzreife gelte, diesem sei unverzüglich und nur dann längstens binnen drei Wochen zu genügen, wenn Chancen auf Sanierung bestehen. Auch unter außergewöhnlichen Umständen wie der Corona-Krise gebe es keine Fristverlängerung, hingegen werde mit dem COVInsAG die Antragspflicht hinausgeschoben, damit staatliche Unterstützungen für überlebensfähige Unternehmen greifen können. Die Vorschrift des § 1 COVInsAG sei im Hinblick auf die Beweislast recht schuldnerfreundlich gestaltet, man könne nur hoffen, so Gehrlein, dass die Aussetzung zum 30.09.2020 endet und nicht verlängert wird. Aussetzungshindernisse bestünden, wenn der Insolvenzgrund gänzlich und eindeutig nicht auf der Pandemie beruht und keine

Aussichten auf Überwindung der Zahlungsunfähigkeit bestehen. Letzteres bezeichnete Gehrlein als »schwammige« Formulierung, die noch einer Ausfüllung bedarf, aber wohl bewusst für eine schuldnerfreundliche Auslegung so gewählt worden sei. Der Begriff der »Aussichten« erfordere konkrete Tatsachen, das könnte die Wiederaufnahme des Betriebs sein oder eine Produktionsumstellung. Daran anknüpfend die Frage, wann sich diese Aussichten konkretisieren müssen. Das Gesetz gebe darauf keine Antwort, viele Stimmen verträten aber die Ansicht, es genüge bis zum 30.09.2020. Eine Orientierung an § 3 COVInsAG, der von drei Monaten bei den Gläubigeranträgen spricht, würde er hingegen empfehlen. Die Aussetzungsregelung, betonte Gehrlein, dessen Rat im extrem kurzen Gesetzgebungsprozess wie der von Bitter auch gefragt war, solle überlebensfähigen, gesunden Unternehmen eine Fortexistenz ermöglichen und über die Krise hinweghelfen, aber sie dürfe nicht von denen missbraucht werden, die vom Markt genommen gehörten. Im Anschluss behandelte Gehrlein die Beweislast, die dem obliege (z. B. Gläubiger oder Verwalter), der den Ausnahmetatbestand behauptet. Bei fehlender Zahlungsfähigkeit zum 31.12.2019 sei der Gegenbeweis durchaus zu führen. Wenn aber zum 31.12.2019 die Zahlungsfähigkeit gegeben ist, komme die Geschäftsleitung in den Genuss der weiteren Erleichterung, wonach höchste Anforderungen an die Widerlegung nach § 1 Satz 2 COVInsAG zu stellen sind. An dieser Stelle unterstrich der BGH-Richter die Notwendigkeit, eine Liquiditätsbilanz durchzuführen und fortzuschreiben, um eine Zahlungsfähigkeit nachzuweisen oder dass eine bestehende Zahlungsunfähigkeit überwunden werden kann. Die Insolvenzverschleppungshaftung werde im Corona-Nachgang eine wichtige Rolle spielen. Zur Verdeutlichung bildete Gehrlein Fallbeispiele, Letzteres sei schwieriger zu bewerten: Am 15.01.2020 ist Zahlungsunfähigkeit eingetreten, am 15.02.2020 kommt es zum Vertragsabschluss mit dem Neugläubiger. Zwar profitiert die GmbH von der Aussetzung der Antragspflicht, da sie am 31.12.2019 noch zahlungsfähig war. Isoliert betrachtet, so Gehrlein, hätte die Geschäftsleitung aber



RA Kolja von Bismarck

Foto: Fachhochschule Kufstein



RA Prof. Dr. Georg Streit

Foto: Vogt/Euroforum



Anzeige

spätestens am 07.02.2020 Insolvenzantrag stellen müssen. Im Anschluss behandelte er die Zulässigkeit von Zahlungen nach Insolvenzreife – hier erinnerte er an das sehr strenge Konzept des II. BGH-Senats, das nun im COVInsAG eine Milderung (Zahlungen im ordentlichen Geschäftsgang möglich) erfahren hat. Zu klären werde mit Beweislast des Geschäftsführers sein, wie erlaubte und in die Zukunft gerichtete Zahlungen konkret einzugrenzen sind. Mit kurzen Bemerkungen zur Binnenhaftung nach § 43 GmbHG bei Betriebsumstellung und zur Business Judgement Rule schloss er. Deren Haftungsfreistellung für vertretbare Maßnahmen dürften wohl auch i. S. d. §§ 64 Satz 2 und 43 GmbHG gelten.

Niemand kann derzeit seriöse Prognosen aufstellen

Nach einer kurzen Pause ging es weiter mit dem Vortrag von Prof. Dr. Georg Bitter zu »Förderung von Neukrediten durch § 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3 COVInsAG«, der einige Aspekte noch in den Scholz/Bitter einarbeiten wollte und daher um Anregungen aus dem Auditorium bat. Eingangs ging er auf die Entstehung des COVInsAG, die BMJV-Presseerklärung vom 16.03.2020 mit dem Vorbild des Sonderrechts insbesondere wegen des Hochwassers und das von Madaus und ihm in Blogs kritisierte ursprüngliche Konzept ein, um dann das 3-Stufen-Konzept des § 1 COVInsAG zu erläutern. Auch bei § 2 COVInsAG erwähnte er die Hintergründe. Am 13.03.2020 hatte es als eine Forderung aus der Sanierungspraxis die Pressemitteilung von TMA Deutschland u. a. zur Erleichterung der Bereitstellung von Fremdkapital und Aufhebung des Nachrangs für Gesellschafterdarlehen gegeben. Notwendig geworden sei eine Regelung, da das Sanierungsprivileg des Gesellschafterdarlehensrechts in § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO in der jetzigen Situation Probleme bereite: Ein Anteilserwerb ist erforderlich (Sanierungsdarlehen wäre nicht privilegiert) und der Endpunkt des Privilegs ist unklar (nun Rechtssicherheit für Rückführung bis zum 30.09.2023). Und: Das Sanierungsprivileg greife nur, wenn es einen Sanierungszweck gibt, was einen Sanierungs-

willen und eine objektive Sanierungsfähigkeit voraussetzt. Das wiederum verlange ein dokumentiertes, substanzhaltiges und überprüftes Sanierungskonzept. Doch in der Pandemielage könne niemand eine seriöse Fortführungsprognose aufstellen, denn alles beruhe auf Annahmen. Auch bei der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO gebe es ähnliche hohe Anforderungen für den Safe Harbor. Zudem komme die Gefahr der drittschädigenden Kreditgewährung hinzu, wenn z. B. eine Bank wegen »Verlängerung des Todeskampfes« an der Insolvenzverschleppung mitwirkt. Auch hier, so Bitter, bestehe die parallele Problematik zu § 133 InsO und dem Sanierungsprivileg.

Um den Ausschluss der Insolvenzanfechtung der bis 30.09.2020 gewährten neuen Kredite vertiefen zu können, erörterte Bitter die weite Auslegung des Kreditbegriffs sowie die Begriffe der »Gewährung« (nur Abschluss des schuldrechtlichen Geschäfts oder auch Auszahlung im Aussetzungszeitraum?) und »Neuheit des Kredits« mit Blick auf das Gesellschafterdarlehensrecht. Seiner Meinung nach wollte der Gesetzgeber mit dem COVInsAG jede Art von Kreditierung fördern, beim Kontokorrentkredit sei aber nur die Erweiterung privilegiert. Bei einer erstmaligen Stundung einer Forderung, die kein Kredit ist, gehe er von einem neuen Kredit aus.

Bei der unwiderleglichen Vermutung fehlender Gläubigerbenachteiligung i. S. v. § 129 InsO hob Bitter hervor, dass die weitgreifende Rechtsfolge (jeglicher Anfechtungstatbestände ausgeschlossen?) strittig sei. Diese Regelung sei in kürzester Zeit entstanden, daher sei die Rechtsfolge »nicht glücklich« formuliert. Der Gesetzgeber habe den Kreditgebern, die kein Sanierungskonzept zur Verfügung haben, in den Safe Harbor bringen wollen. Daher schlug Bitter vor, nachdem Thole als Erster auf die Gefahr der (zu) weitreichenden Rechtsfolge hingewiesen habe, den Tatbestand teleologisch zu reduzieren, um Missbräuchen vorzubeugen. Man habe die Kreditgewährung als nicht gläubigerbenachteiligend und als nicht sittenwidrig einstufen, aber anderes fraudulöses Verhalten damit nicht einbeziehen wollen. Daher sein Credo: Keine Privilegierung von Rechtshandlungen, die mit den jetzt zu bewältigenden Unsicherheiten nichts zu tun haben, wengleich Gehrlein auf den Wortlaut poche und keine spä-

tere einschränkende Auslegung sehe. Daher würde er sich, so Bitter, eine Nachbesserung des Gesetzgebers wünschen, zumal es um Sachverhalte gehe, die erst in etwa zwei Jahren relevant würden.

Ferner ging Bitter noch auf gesellschaftlicherbesicherte Drittdarlehen ein, die auch privilegiert seien, und widmete sich dem Abschluss der Anfechtungstatbestände bei der Rückführung des Gesellschafterdarlehens in Bezug auf die Sanktionen i. S. v. BGHZ 204, 231. Abschließend behandelte er die Ausdehnung des § 2 Abs. 2 COVInsAG auf nicht insolvente Unternehmen und bejahte die Geltung der Privilegien auch bei eindeutig nicht insolventen Unternehmen sowie bei Neugründungen. Gründe: Betroffenheit lässt sich nicht rechtssicher feststellen sowie zukünftige Insolvenzgefahr durch Pandemie nicht ausschließen, und: Die Kreditvergabe sollte derzeit allgemein gefördert werden. In der Diskussion merkte Priv.-Doz. Dr. Falk Mylich an, dass der Gesetzgeber es versäumt habe, Steuerrechtsregelungen mit zu ändern, und führte als eines der Probleme konzerninterne Darlehen an.

Zahlungsunfähigkeit ab 01.10.2020 wieder scharf stellen

Im dritten Block ging es um »Leitung und Finanzierung von Unternehmen unter den Bedingungen der Covid-19-Pandemie – Auswirkungen des COVInsAG auf die Beratungspraxis«, den RA Kolja von Bismarck (Sidley Austin) und RA Prof. Dr. Georg Streit (Heuking) bestritten. Mit der von Bitter bereits erwähnten TMA-Pressemitteilung vom 13.03.2020 begann TMA-Vorstandsmitglied von Bismarck, die für eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht vor dem Hintergrund plädierte, dass Fortführungsprognosen zu kippen drohten, und die sich dafür aussprach, dass Finanzierer kurzfristig Brückendarlehen ausreichen können. Gleichzeitig befürwortete die TMA schnelle und pragmatische Umsetzung der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz, spätestens zum Ende des Aussetzungszeitraums. Das in kürzester Zeit umgesetzte COVInsAG bezeichnete von Bismarck als »großen Wurf«, die Praxis könne damit in der Beratung von Mandanten gut umgehen. In aktuellen Fällen, bei denen bereits Zahlungsunfähigkeit vorliegt, würde man trotz der Aussetzungsoption zum Insolvenzantrag raten, weil die Zahlungsunfähigkeit regelmäßig zu Problemen führe, die kaum beherrschbar seien. Zentrale Frage sei daher: Wie umgehen mit der Fortbestehensprognose? Gehrlein und Bitter hätten es schon ausgeführt, dass Berater und Bescheiniger derzeit keine seriöse, begründete und nachvollziehbare Prognose abgeben könnten, wie sich u. a. Geschäftsmodell und Märkte entwickelten. Daher sollte, was auch Streit bekräftigte, der Gesetzgeber die Aussetzung des Tatbestandsmerkmals der Überschuldung verlängern, aber die Zahlungsunfähigkeit ab 01.10.2020 wieder »scharf stellen«.

Auch Streit führte aus, dass derzeit nicht die Zahlungsunfähigkeit das vorherrschende Problem ausmache, sondern die Überschuldung, die Fortführungsprognosen zum Einsturz bringe. Ohne Namensnennung sprach er von einem von Heuking beratenen großen Filialisten mit Umsatz von circa 1 Mrd. Euro. Am 30.03.2020 hatte die Kanzlei Heuking verlautbart, dass sie Schutzschirme für Esprit erwirkt habe und die Restrukturierung der Gruppe begleite. Als Dauermandat in der Steuerberatung sei aufgefallen, so Streit, dass der Filialist die fällige Beraterrechnung Anfang März nicht beglichen hat. Auf Nachfrage habe dieser erklärt, man fahre auf Sicht. Sofort – noch vor dem COVInsAG – seien die Restrukturierungsberater eingeschaltet worden. Da als Großfilialist ohnehin unter Druck wegen E-Commerce habe man nun Corona-bedingt über KfW-Kredite nachgedacht, aber realistisch auch eine eingeschränkte Rückzahlungswahrscheinlichkeit bedacht. Die Hausbank habe dann signalisiert, man tue sich schwer, grünes Licht für KfW-Kredite zu geben. An der Stelle schob Streit den Praktikerrat ein, alles sorgfältig zu dokumentieren, auch wie sich die Geschäftsleitung um eine Finanzierung bemüht. Bei besagtem Filialisten sei daher der Entschluss gereift, schnell und solange noch Mittel vorhanden sind, geordnet ins Schutzschirmverfahren zu gehen. In der jetzigen Lage müsse man sich generell intensiv mit der Insolvenzaltemative befassen, denn Schulden und Mietzinsverbindlichkeiten bauten eine enorme Welle auf. Derzeit, so Streit, würde der Markt jedem eine Insolvenz »verzeihen«, um eine enorme Schuldenlast zu vermeiden bzw. zurückzuschneiden sowie von Sonderkündigungsrechten Gebrauch machen zu können. Es gebe ein sehr gutes Sanierungsinsolvenzrecht, man müsse dessen Einsatz für einen schnellen Restart am Markt offensiv kommunizieren. Sein geschilderter Fall sei noch nicht abgeschlossen, Insolvenzpläne müssten noch vorgelegt werden. Zwischenzeitlich sind mit Eröffnung in Eigenverwaltung Sanierungsmaßnahmen bekannt geworden. Streit machte zudem den Vorschlag, den Insolvenzgeldzeitraum auf sechs Monate zu verlängern, um im Schutzschirm besser unter der Krise »durchtauchen« zu können. Von Bismarck betrachtete diese ggf. falsche Anreize schaffende Quersubventionierung kritisch, der Gesetzgeber sollte sich eher auf Anpassungen im Steuerrecht konzentrieren.

Die Insolvenzantragspflicht weiter auszusetzen, würde nicht helfen, so das Fazit der beiden Praktiker, man produziere noch mehr »Zombies«, die Insolvenzwelle türme sich weiter auf. Zahlungsunfähige Unternehmen gehörten für sie ins Insolvenzverfahren. Die Praxis habe aktuell bzw. spätestens ab 01.10.2020 ein »riesiges Problem« mit der Fortbestehensprognose. Daher ihr Plädoyer an den Gesetzgeber: Überschuldungstatbestand weiter aussetzen, aber mit der Zahlungsunfähigkeit ab 01.10.2020 »wieder Ernst machen«. <<