



Reaktion auf die Energiekrise: Erneut Erleichterungen bei der Insolvenzantragspflicht beschlossen

Während die finanziellen Belastungen der Covid-19-Pandemie in Form von höheren Verschuldungsgraden noch längst nicht abgeklungen sind, steht die deutsche Wirtschaft mit der Energiekrise bereits vor der nächsten Herausforderung. Als Reaktion auf die enormen Preissteigerungen- und Schwankungen auf den Energie- und Rohstoffmärkten hat der Bundestag temporäre Anpassungen im Sanierungs- und Insolvenzrecht beschlossen. Das noch zu verkündende "*Gesetz zur vorübergehenden Anpassung sanierungs- und insolvenzrechtlicher Vorschriften zur Abmilderung von Krisenfolgen*" (kurz: Sanierungs- und insolvenzrechtliches Krisenfolgenabmilderungsgesetz - SanInsKG) hat zum Ziel finanziell "in ihrem Kern gesunde" und langfristig überlebensfähige Unternehmen zu entlasten, denen aufgrund der aktuellen Preisvolatilitäten eine vorausschauende Liquiditätsplanung nicht oder nur bedingt möglich ist.

Wir fassen in diesem Newsletter zusammen, was konkret vom Bundestag beschlossen wurde und bewerten, welche Wirkungen das Entlastungspaket auf die Sanierungspraxis haben dürfte.

Übersicht über das SanInsKG

Das SanInsKG knüpft in Form einer Umbenennung des am 1. März 2020 in Kraft getretenen "COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes (COVInsAG)" unmittelbar an die Covid-19-Insolvenzgesetzgebung an. Bereits durch die neue Bezeichnung des Gesetzes wird deutlich, dass die Politik der aktuellen wirtschaftlichen "Krise" regulativ begegnen möchte - zunächst befristet bis zum 31. Dezember 2023. Das SanInsKG hat seinen Ursprung in dem von dem Koalitionsausschuss am 3. September 2022 beschlossenen Maßnahmenpaket zur Sicherung einer bezahlbaren Energieversorgung und zur Stärkung der Einkommen. Es tritt neben die noch umzusetzenden primär finanziellen Hilfen ("*Doppelwumms*" des Kanzlers). Als insgesamt drittes Entlastungspaket soll das SanInsKG der Erleichterung der Insolvenzantragspflicht dienen. Diese Erleichterung soll durch folgende, im Weiteren noch näher zu beleuchtende Maßnahmen erreicht werden:

- Verkürzung des Zeitraums für die Fortführungsprognose bei der Überschuldung nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO von *zwölf* auf *vier Monate* ([hierzu ausführlich 1.](#));



Reaktion auf die Energiekrise

- Verlängerung der Höchstfristen für die Insolvenzantragsstellung im Falle der Überschuldung nach § 15 a Abs. 1 S. 2 InsO von *sechs* auf *acht Wochen* (hierzu ausführlich 2.);
- Verkürzung des Zeitraums für den Finanzplan im Rahmen eines Eigenverwaltungsverfahrens nach § 270 a Abs. 1 Nr. 1 InsO und im Rahmen eines Restrukturierungsvorhabens nach § 50 Abs. 2 Nr. 2 StaRUG von *sechs* auf *vier Monate* (hierzu ausführlich 3.);
- Wichtig: Die zwischenzeitlich diskutierte allgemeine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (wie einst während der Corona-Pandemie) ist damit (zunächst) vom Tisch. Auch der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit bleibt unangetastet.

1. Verkürzung des Prognosezeitraums für die Überschuldungsprüfung

Im Mittelpunkt der geplanten Gesetzesänderung steht nicht der in der Praxis relevanteste Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit - hier wird es keinerlei Änderungen geben. Vielmehr wird ausschließlich der Prognosezeitraum im Rahmen der Überschuldung neu justiert.

a. Der zweistufige Überschuldungsbegriff

Der Insolvenzgrund der Überschuldung liegt nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO dann vor, wenn das Aktivvermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens in den nächsten *zwölf Monaten* ist nach den Umständen überwiegend (> 50 %) wahrscheinlich.

Der Gesetzgeber legt dem Überschuldungsbegriff also eine zweistufige Prüfung zugrunde: Erst wenn eine positive Fortführungsprognose der Gesellschaft verneint wird, ist eine rechnerische Überschuldungsprüfung nach Zerschlagungswerten durch eine Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva in einem Überschuldungsstatus vorzunehmen. Den Startpunkt einer jeden Überschuldungsprüfung bildet daher die Fortführungsprognose, bei der eine rechnerische Überschuldung des betroffenen Unternehmens zunächst außen vor bleibt (in der Praxis ist diese häufig auch nicht einfach zu ermitteln, sodass der Fokus auf die Fortführungsprognose gelegt wird). Zu prüfen ist dabei anhand einer Stichtagsbetrachtung, ob für die nächsten *zwölf Monate* sowohl ein subjektiver Fortführungswille, als auch planerisch eine objektive Fortführungsmöglichkeit besteht. Das bedeutet zum einen, dass die Geschäftsleitung zur Fortführung des Unternehmens gewillt sein muss. Zum anderen muss auf der Grundlage eines dokumentierten und aussagekräftigen Unternehmenskonzeptes ein positiver Ertrags- und Finanzplan bestehen, der planerisch zu Einnahmeüberschüssen des Unternehmens führt (in anderen Worten: das Unternehmen muss für den relevanten Zeitraum "durchfinanziert" sein). Nur wenn hiernach eine positive Zahlungsfähigkeitsprognose (beispielsweise auf der Grundlage eines IDW S11 Gutachtens) besteht, ist eine überwiegende - d.h. mehr als 50% - wahrscheinliche Fortführung gewährleistet und eine positive Fortführungsprognose gegeben.

Ein Blick auf die Gesetzgebungshistorie des § 19 InsO verrät, dass ein konkret heranzuziehender Zeitraum für die Fortführungsprognose lange nicht gesetzlich kodifiziert gewesen ist. Stattdessen erfolgte die Prognose anhand einer von der Rechtsprechung des BGH vorgegebenen, einzelfallabhängigen und "mittelfristigen"

Reaktion auf die Energiekrise

Betrachtungsweise. Mit Inkrafttreten des Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetzes (SanInsFoG) am 1. Januar 2021 hat der Gesetzgeber schließlich erstmalig seit der Modernisierung des GmbH-Rechts durch das MoMiG im Jahre 2008 die Rechtsnorm des § 19 InsO geändert und einen konkreten Prognosezeitraum von *zwölf Monaten* für die Fortführungsprognose in das Gesetz aufgenommen. Mit dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG) hat der Gesetzgeber zur Abmilderung der Folgen der Corona-Pandemie für den Zeitraum vom 1. Januar 2021 bis zum 31. Dezember 2021 jedoch quasi zeitgleich eine Verkürzung jenes Prognosezeitraums auf *vier Monate* vorgenommen. Nach der Vermutung des § 4 COVInsAG war dieser verkürzte Prognosezeitraum aber nur dann zugrunde zu legen, wenn die Überschuldung des Schuldners kausal auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen gewesen ist.

b. Gesetzesänderung durch das SanInsKG

Nun, knapp zwei Jahre später wird mit der Regelung des § 4 Abs. 2 Nr. 1 SanInsKG erneut der Prognosezeitraum - zunächst befristet bis zum 31. Dezember 2023 - auf *vier Monate* begrenzt. Die Herabsetzung des Prognosezeitraums wird mit der derzeit angespannten Lage anlässlich des geopolitischen Russland-Ukraine-Konflikts begründet. Aufgrund bestehender Marktunsicherheiten über "*Art, Ausmaß und Dauer des eingetretenen Krisenzustandes*", sowie der in kurzzeitigen Abständen stark steigenden Energie- und Rohstoffpreise sei es für Unternehmen oftmals nicht möglich eine verlässliche Fortführungsprognose über einen Zeitraum von *zwölf Monaten* zu bilden. Der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter könnte daher aufgrund der unsicheren Annahmen und des im Raume stehenden immensen zivil- und strafrechtlichen Haftungsrisikos in die Bredouille kommen, Insolvenzantrag stellen zu müssen. Dies, obwohl das Unternehmen über einen "gesunden Kern" verfügt und bei Hinwegdenken der Unsicherheiten und Preisvolatilitäten ohne weiteres fortbestehen könnte. Dies wäre gesamtwirtschaftlich schädlich und soll verhindert werden.

Im Gegensatz zu § 4 COVInsAG ist es dabei ausdrücklich nicht erforderlich, dass die Überschuldung kausal auf die (Energie-) Krise, hier also die starken Preissteigerung- und Schwankungen auf den Energiemärkten, zurückzuführen ist. Die Gesetzesänderung kommt folglich - ohne Rücksicht auf eine individuelle Betroffenheit - allen Wirtschaftsteilnehmern zugute, auch wenn mitunter andere Krisenursachen vorliegen. Dies wird insbesondere damit begründet, dass sich das Maß einer hinreichenden Betroffenheit nur schwerlich festlegen lässt, ohne damit Unsicherheiten der Art in Kauf zu nehmen, die durch die Verkürzung des Prognosezeitraums gerade ausgeschlossen werden sollen. So seien mehr oder weniger alle Wirtschaftsteilnehmer zumindest mittelbar von der Energiekrise betroffen. Ein zwar einleuchtender Grund, jedoch werden hiervon letztlich auch Unternehmen profitieren, die beispielsweise aufgrund eines schlechten Geschäftsmodells oder eines Fehlmanagements in die Krise gelangt sind.

c. Sonderkonstellationen

Die Verkürzung des Prognosezeitraums bei der Überschuldungsprüfung gilt zwar denklösig erst mit Inkrafttreten des SanInsKG (jenes ist für den Folgetag nach der geplanten Verkündung des Gesetzes Ende Oktober bzw. Anfang November vorgesehen). Sie soll allerdings auch diejenigen Fälle erfassen, in denen (i) bereits vorher eine Überschuldung nach § 19 Absatz 2 S. 1 InsO vorlag und (ii) die Insolvenzantragsfrist des § 15 a Absatz 1 Satz 2 InsO noch nicht abgelaufen ist. Folglich können auch Unternehmen, die bereits überschuldet sind, bei denen die (bislang) *sechswöchige* Höchstfrist zur Stellung des Insolvenzantrags im Falle der

Reaktion auf die Energiekrise

Überschuldung (siehe hierzu 2.) aber noch nicht verstrichen ist, von der Neuregelung profitieren. Auch in diesen Fällen entfällt die Insolvenzantragspflicht. Allerdings ist zu beachten, dass dies nicht gilt, wenn zeitgleich auch der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit vorliegt.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Verkürzung des Prognosezeitraums schon vor dem Ablauf der Geltungsdauer am 31. Dezember 2023 einen "*Teil ihrer praktischen Wirksamkeit einbüßen*" kann. Steht nämlich für das betroffene Unternehmen weniger als *vier Monate* vor Ablauf der Geltungsdauer des SanInsKG bereits fest, dass es unmittelbar nach dem 31. Dezember 2023 und dem dann wieder maßgeblichen Überschuldungsbegriff des § 19 InsO überschuldet wäre, so kann dieser Umstand zu einer negativen Fortführungsprognose noch vor dem 31. Dezember 2023 führen.

Schließlich ist auf folgende Konstellation hinzuweisen: Befindet sich ein überschuldetes Unternehmen bereits in einem Insolvenzeröffnungsverfahren und würde der neue kürzere Zeitraum eine positive Prognose rechtfertigen, kann der selbst gestellte Insolvenzantrag zurückgenommen werden. Die Gesetzesänderung kann daher in diesem Punkt auf die Vergangenheit ausstrahlen.

2. Verlängerung der Höchstfrist für die Insolvenzantragstellung wegen Überschuldung, § 15 a InsO

Flankierend zur besprochenen Verkürzung des Prognosezeitraums für die Überschuldung verlängert sich durch die Regelung des § 4 a SanInsKG die zivil- und strafrechtlich haftungsbewehrte Höchstfrist für eine Insolvenzantragsstellung wegen Überschuldung.

a. Die aktuell geltenden (Höchst-)Fristen zur Insolvenzantragsstellung

Nach § 15 a Abs. 1 S. 1 InsO haben im Regelfall die Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person, sofern der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegt, ohne schuldhaftes Zögern einen Eröffnungsantrag zu stellen. Der Antrag ist dabei spätestens *drei Wochen* nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und *sechs Wochen* nach Eintritt der Überschuldung zu stellen.

Seit dem Inkrafttreten des SanInsFoG mit dem 1. Januar 2021 gilt für die Überschuldung im Vergleich zu dem Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit eine unterschiedliche Höchstfrist. Die vormals auch für die Überschuldung geltende Höchstfrist von *drei Wochen* wurde damals auf *sechs Wochen* verlängert, um es "*dem Schuldner [zu] ermöglichen, laufende Sanierungsbemühungen außerordentlich noch zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen oder gegebenenfalls eine Sanierung im präventiven Restrukturierungsrahmen oder auf der Grundlage eines Eigenverwaltungsverfahrens ordentlich und gewissenhaft vorzubereiten*" (Bundestagsdrucksache 19/24191, S. 193).

b. Gesetzesänderung durch das SanInsKG

Diesem Ziel Rechnung tragend und auf den Umstand der Energiekrise zurückführend, soll jene Höchstfrist für die Überschuldung mit dem SanInsKG nun - vorerst bis zum 31. Dezember 2023 - von *sechs* auf *acht Wochen* erhöht werden. Wie auch schon im SanInsFoG bleibt dabei die Höchstfrist zur Antragstellung wegen Zahlungsunfähigkeit unberührt.

Reaktion auf die Energiekrise

Es bleibt zudem weiterhin bei dem Grundsatz des § 15 a InsO, dass die Höchstfristen nicht ausgeschöpft werden dürfen, wenn zu einem früheren Zeitpunkt bereits feststeht, dass eine nachhaltige Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung nicht erwartet werden kann. Denn wenn ersichtlich ist, dass Sanierungsbemühungen aussichtslos sind, ist der Insolvenzantrag ohne schuldhaftes Zögern, d.h. umgehend zu stellen - ansonsten drohen der Geschäftsleitung empfindliche Sanktionen. In Zweifelsfällen sollten Geschäftsführer in der Praxis eine entsprechende Beratung in Anspruch nehmen.

3. Verkürzung des Planungszeitraums für die Eigenverwaltung und das StaRUG-Verfahren

a. Finanzplanung in der Eigenverwaltung und nach dem StaRUG

Bei dem Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung handelt es sich um ein vollwertiges Insolvenzverfahren, bei dem die Geschäftsführung des Schuldners unter Aufsicht eines so genannten Sachwalters im Amt bleibt und nicht - wie im Regelverfahren - die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse verliert, d.h. diese regelmäßig auf einen Insolvenzverwalter übergeht. Mit dem SanInsFoG erhöhte der Gesetzgeber zum 1. Januar 2021 die Voraussetzungen für das Eigenverwaltungsverfahren und führte das Erfordernis einer umfassenden und detaillierten "Eigenverwaltungsplanung" ein, welche nach § 270 a Abs. 1 Nr. 1 InsO unter anderem eine Finanzplanung (d.h. Durchfinanzierung) über *sechs Monate* erfordert. Kann dieser Finanzplan nicht vorgelegt werden, so kann dem Antrag auf Eigenverwaltung nur nachgekommen werden, wenn die Durchführung des Vorhabens nach § 270 b Abs. 2 InsO im Interesse der Gläubiger liegt.

Spiegelbildlich ist auch ein solcher Finanzplan im Rahmen einer vorinsolvenzlichen Restrukturierung nach dem StaRUG und dessen § 50 Abs. 2 Nr. 2 StaRUG erforderlich. Wird ein solcher, einen Zeitraum von *sechs Monaten* umfassender Finanzplan, nicht vorgelegt, so kann keine Stabilisierungsanordnung nach § 51 StaRUG erwirkt werden.

Nach beiden Vorschriften ist also ein Finanzplan vorzulegen, der den Zeitraum von bislang *sechs Monaten* abdeckt und eine fundierte Darstellung der Finanzierungsquellen enthält, durch welche die Fortführung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes (und die Deckung der Kosten des Verfahrens in diesem Zeitraum) sichergestellt werden soll.

b. Gesetzesänderung durch das SanInsKG

Im Rahmen des Eigenverwaltungsverfahrens nach § 270 a Abs. 1 Nr. 1 InsO und im Zusammenhang mit einem Restrukturierungsvorhaben nach § 50 Abs. 2 Nr. 2 StaRUG soll dem Schuldner eine Verkürzung des Planungszeitraums von *sechs* auf *vier Monate* zugutekommen.

Reaktion auf die Energiekrise

Fazit/Ausblick

Die durch den Bundestag beschlossenen Änderungen sind grundsätzlich zu begrüßen. Mit der Neujustierung der Planungs- und Prognosezeiträume im Insolvenzrecht wird auf die derzeitig angespannte Marktsituation angemessen reagiert. Aus Gläubigerschutzgesichtspunkten erscheint insbesondere die Verlängerung der Höchstfrist zur Antragsstellung aufgrund der äußeren Marktumstände vertretbar und im Hinblick auf die hohe Komplexität bei der Aufstellung einer Fortführungsprognose auch angemessen.

Allerdings birgt das SanInsKG auch Risiken. Ziel des Gesetzes ist es Unternehmen mit einem "gesunden Kern" den Fortbetrieb zu ermöglichen. Nicht ausgeschlossen werden kann es aufgrund des fehlenden Kausalitätserfordernisses jedoch, dass zeitgleich "ungesunde" und unrentable Geschäftsbetriebe hiervon mitprofitieren und sich in die ohnehin schon vermutlich größere Zahl von "Zombie-Unternehmen" einreihen. Dies würde nicht nur negative Folgen für den Wettbewerb bedeuten, sondern auch zu einer (weiteren) zeitlichen Verschiebung der Insolvenzen führen. Relativiert wird diese Befürchtung jedoch dadurch, dass der insofern selten (allein) einschlägige Insolvenzgrund der Überschuldung betroffen ist und es hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit bei den bisherigen Regeln zur Insolvenzantragsstellung verbleibt.

Der Gesetzesvorschlag eröffnet jedoch Tendenzen in die Richtung einer weiteren künstlichen Verschiebung einer aufkommenden Insolvenzwelle, bei der es scheint, dass sie angesichts der wirtschaftlichen Situation nur verzögert, nicht jedoch aufgehalten werden kann.

Für weitere Fragen stehen Ihnen unsere Experten gerne zur Verfügung:



Joachim Ponseck, MBA, Lic en droit
joachim.ponseck@bakermckenzie.com



Prof. Dr. Artur M. Swierczok, LL.M., MSt.
artur.swierczok@bakermckenzie.com



Tim Hosgör, LL.B.
tim.hosgoer@bakermckenzie.com

Baker McKenzie Rechtsanwaltsgesellschaft mbH von Rechtsanwälten und Steuerberatern

Berlin

Friedrichstraße 88/Unter den Linden
10117 Berlin
Tel.: +49 30 2 20 02 81 0
Fax: +49 30 2 20 02 81 199

Düsseldorf

Neuer Zollhof 2
40221 Düsseldorf
Tel.: +49 211 3 11 16 0
Fax: +49 211 3 11 16 199

Frankfurt am Main

Bethmannstraße 50-54
60311 Frankfurt am Main
Tel.: +49 69 2 99 08 0
Fax: +49 69 2 99 08 108

München

Theatinerstraße 23
80333 München
Tel.: +49 89 5 52 38 0
Fax: +49 89 5 52 38 199

www.bakermckenzie.com

Get Connected:



Dieses Mandantenrundschreiben dient ausschließlich der Information. Sein Inhalt sollte daher nicht als Entscheidungsgrundlage im Einzelfall oder als Ersatz für einen einzelfallbezogenen Rechtsrat genutzt werden. Hierfür sollte stets der Rat eines qualifizierten Rechtsanwalts eingeholt werden. Mit der Herausgabe dieses Mandantenrundschreibens übernehmen wir keine Haftung im Einzelfall.

Die Baker McKenzie Rechtsanwaltsgesellschaft mbH von Rechtsanwälten und Steuerberatern ist eingetragen beim Registergericht Frankfurt/Main (Sitz der Gesellschaft) HRB 123975. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker McKenzie-Anwaltsgesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.