

**BRUNNEN**


**ROMISCHE**

RÖMISCHE BRUNNEN

# INSOLVENZ: ENDE ODER NEUANFANG

ANDREAS PIEKENBROCK

Sowohl für die Gründung von Unternehmen als auch für deren Beendigung gelten rechtliche Regelungen. Droht einem Unternehmen wegen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung das Ende, greift das Insolvenz- und Restrukturierungsrecht, zu dem auch die Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg forscht. Neben zeitlosen Grundfragen zur Thematik beschäftigen die Forschung auch enorme Herausforderungen aufgrund aktueller Entwicklungen – beispielsweise staatliche Eingriffe in das Insolvenzrecht als Antwort auf massenhafte wirtschaftliche Notlagen von Unternehmen, in die diese etwa infolge von Flutkatastrophen, Pandemien oder Finanzkrisen geraten sind.



In einer Marktwirtschaft werden neue Unternehmen gegründet und bestehende beendet; das sind normale Vorgänge. So wurden in Deutschland im letzten Vorkrisenjahr 2019, in dem die Eigenkapitalquote Rekordwerte erreichte, 19.005 Unternehmensinsolvenzverfahren (sogenannte IN-Verfahren) eröffnet. Die Gründung eines Unternehmens erfolgt – außer in Bereichen der Daseinsvorsorge und im gemeinnützigen Sektor – in der Regel mit Gewinnerzielungsabsicht. Die Beendigung beruht daher in der Regel auf einer negativen Gewinnerzielungsaussicht. Neben solchen wirtschaftlichen kann es auch

persönliche Gründe für die Beendigung eines Unternehmens geben. Dies gilt namentlich, wenn der Unternehmer aus Altersgründen ausscheidet und niemand das (rentable) Unternehmen fortführen will – so geht es manchem Landarzt. Aber auch wenn das Unternehmen aus wirtschaftlichen Gründen beendet wird, muss sich dies nicht in der Unternehmensinsolvenzstatistik niederschlagen: Bemerkt ein Unternehmer rechtzeitig, dass sich das Unternehmen nicht mehr rentiert und sein Unternehmerlohn deutlich unter das Entgelt für eine vergleichbare abhängige Beschäftigung sinkt, beendet er das Unternehmen, bevor es überhaupt zu einer materiellen Insolvenz kommt – so geht es manchem Apotheker.

Aber selbst wenn nicht mehr alle Gläubiger voll befriedigt werden können, muss es schon de jure nicht zu einem Insolvenzverfahren kommen. Die Gläubiger haben stets die Wahl, ob sie einzeln die Zwangsvollstreckung betreiben oder einen Insolvenzantrag stellen. Auf Schuldnerseite unterliegen Einzelunternehmer keiner ge-

setzlichen Insolvenzantragspflicht. Schuldner stellen daher in der Regel nur einen Insolvenzantrag, wenn sie weitere Vollstreckungsmaßnahmen abwenden wollen und/oder die Befreiung ihrer Altverbindlichkeiten anstreben, die im Insolvenzverfahren nicht befriedigt werden können. Aber auch diese Ziele lassen sich ohne Insolvenzverfahren erreichen, wenn der Schuldner mit seinen Gläubigern einen Abfindungsvergleich schließt.

Kommt es zu einem Insolvenzverfahren, muss dieses bei Einzelunternehmern (= natürlichen Personen) nicht zwingend in die Unternehmensinsolvenzstatistik einfließen. Denn sind die Löhne und Gehälter einschließlich Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen bezahlt und hat der Schuldner weniger als 20 Gläubiger, wird in der Regel ein Verbraucherinsolvenzverfahren (sogenannte IK-Verfahren) eröffnet. Das kann statistisch relevant sein, weil 89,4 Prozent der besagten Unternehmensinsolvenzen Unternehmen mit bis zu zehn Mitarbeitern betrafen. Sie wurden daher

**„Die Aussetzung von  
Insolvenzantragspflichten wirkt  
nur symptomatisch und  
beseitigt nicht die wirtschaftliche  
Schiefelage.“**

# „Staatliche Hilfen sind in der Marktwirtschaft ordnungspolitisch problematisch und bedürfen zum Schutz des europäischen Binnenmarktes der Genehmigung.“

mutmaßlich nur berücksichtigt, weil die Löhne und Gehälter nicht voll bezahlt waren. Schon deshalb gibt die Unternehmensinsolvenzstatistik nur unvollkommen Auskunft über die Beendigung von Unternehmen in Deutschland. Dass Unternehmensinsolvenzen, wie etwa bei Karstadt (2010) und beim Textilunternehmen Gerry Weber (2019), auch zu einer Sanierung führen können und damit nicht zwingend mit der Beendigung des Unternehmens gleichzusetzen sind, ist statistisch dagegen zu vernachlässigen.

## Effekte staatlicher Interventionsmaßnahmen

Dass die Zahl der Unternehmensinsolvenzverfahren in den Krisenjahren auf 15.865 (2020) beziehungsweise 13.991 (2021) zurückgegangen ist, kann aber nicht damit erklärt werden, dass mehr Unternehmen ohne Insolvenzverfahren liquidiert worden sind. Auch dass seit 2021 erstmals ein gesetzlicher Rechtsrahmen für die präventive Restrukturierung von notleidenden Unternehmen zur Abwendung einer drohenden Insolvenz zur Verfügung steht, ist angesichts der bisher geringen Verfahrenszahlen statistisch irrelevant. Abgesehen

davon ist dieses neue Instrument ungeeignet, wenn in Rechte der Arbeitnehmer eingegriffen werden muss. Darum geht Galeria Karstadt Kaufhof (erneut) den Weg in die Insolvenz. Für den Rückgang der Unternehmensinsolvenzen waren vielmehr zwei andere Faktoren entscheidend: Zum einen wurden die Insolvenzantragspflichten für Kapitalgesellschaften (GmbH, AG) bei COVID-bedingter Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung suspendiert und später gemildert. Zum anderen wurden die Insolvenzgründe durch den massiven Zufluss von Liquidität und Eigenkapital aus staatlichen Mitteln beseitigt: Neben den 2008 im Zuge der Finanzkrise eingerichteten Finanzmarktstabilisierungsfonds trat 2020 der Wirtschaftsstabilisierungsfonds.

Diese Entwicklungen stellen das Insolvenz- und Restrukturierungsrecht, für das es an der Ruperto Carola einen eigenen Aufbaustudiengang gibt (Legum Magister in Unternehmensrestrukturierung/LL.M. corp. restruc.), vor enorme Herausforderungen. Dies gilt (selbstverständlich) nicht nur für Deutschland, sondern auch für andere Länder und – im Rahmen ihrer Kompetenzen – für die EU. Wie häufig

können die staatlichen Interventionsmaßnahmen positive und negative Effekte haben, weswegen ihr Einsatz evaluiert werden muss.

Die Suspension oder Aussetzung von Insolvenzantragspflichten ist ein altbekanntes Instrument, das in Deutschland schon in beiden Weltkriegen und danach bei lokalen Ereignissen wie den Flutkatastrophen im August 2002 und im Juli 2021 eingesetzt worden ist. Diese Therapie wirkt aber nur symptomatisch und beseitigt nicht die wirtschaftliche Schieflage.

Staatliche Hilfen sind in der Marktwirtschaft ordnungspolitisch problematisch und bedürfen zum Schutz des europäischen Binnenmarktes der Genehmigung, die die EU-Kommission im Zuge der Pandemie und jetzt wieder im Zuge des Ukrainekrieges erteilt hat. Dass solche Hilfen für alle Beteiligten ein Erfolg sein können, hat die Rettung der Lufthansa gezeigt: Hier hat der Bund seine Darlehen mit Zinsen zurückerhalten und seine Aktien mit 760 Millionen Euro Gewinn veräußert. Ohne staatliche Hilfen wäre ein Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit



**PROF. DR. ANDREAS PIEKENBROCK** ist Ordinarius und Direktor des Instituts für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht der Universität Heidelberg. Er studierte Rechtswissenschaften in Hamburg, Genf (Schweiz) und Freiburg, wo er 1996 promoviert wurde und sich 2005 habilitierte. Von 1996 bis 2009 war er Rechtsanwalt in Karlsruhe, bis er 2009 an die Universität Heidelberg auf den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht berufen wurde. Seit 2010 ist Andreas Piekenbrock zudem Geschäftsführender Direktor des Zentrums für anwaltsorientierte Juristenausbildung an der Universität Heidelberg.

Kontakt: [piekenbrock@jurs.uni-heidelberg.de](mailto:piekenbrock@jurs.uni-heidelberg.de)

unvermeidbar gewesen. Das hätte – wie bei Air Berlin – zur Liquidation oder – wie bei Condor – zur Sanierung führen können. Die Unterschiede lassen sich an einem Beispiel aufzeigen: Fluggäste, deren Flug pandemiebedingt gestrichen wurde, bekamen bei Lufthansa ihr Geld zurück, bei Condor aber nicht.

### Schwierige Antworten auf zeitlose Grundfragen

Die Krise ist aber auch ein aktueller Anlass, sich zeitlosen Grundfragen zu widmen. Die erste lautet, ob die Überschuldung einer Kapitalgesellschaft die Geschäftsleiter verpflichten sollte, einen Insolvenzantrag zu stellen, und wenn ja, was man unter „Überschuldung“ in diesem Sinne überhaupt zu verstehen hat. Die erste Teilfrage wird in Deutschland seit dem 19. Jahrhundert bejaht, in anderen Ländern wie Frankreich dagegen traditionell verneint. Bei der zweiten Teilfrage war bis zur Finanzkrise von 2008 eine bilanzielle Gegenüberstellung von Vermögen und Verbindlichkeiten maßgeblich; seither überwiegt eine mittelfristige Liquiditätsbetrachtung. Dabei ist der Prognosezeitraum zunehmend kürzer geworden – in der Pandemie genügte hinreichende Liquidität für die nächsten vier Monate; dasselbe gilt jetzt wegen des Ukrainekrieges bis Ende 2023. Eine einheitliche Antwort auf diese Frage auf EU-Ebene ist beim Erlass der Richtlinie zum Rechtsrahmen für die Unternehmensrestrukturierung nicht gegeben worden und auch in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Sie wäre wegen der Verflechtung insbesondere mit der ebenfalls disparat beantworteten Frage der Haftung der Geschäftsleiter im Insolvenzfall auch nicht wünschenswert.

Aber selbst im nationalen Kontext besteht Uneinigkeit, ob die Geschäftsleiter bei mittel- bis langfristigen Liquiditätsproblemen, die wir als „drohende Insolvenz“ bezeichnen, überwiegend (noch) im Interesse der Gesellschaft handeln müssen oder auch (schon) im Interesse der Gesellschaftsgläubiger („shift of duties“). Diese zweite Frage ist so umstritten, dass der Gesetzgeber 2020 bei der Einführung des Rechtsrahmens für die Unternehmensrestrukturierung eine zunächst geplante Regelung,

die die Geschäftsleiter zur Wahrung der „Interessen der Gesamtheit der Gläubiger“ verpflichtet hätte, hat fallen lassen. Für die richtige Antwort kommt es entscheidend darauf an, mit wessen Geld die Geschäftsleiter wirtschaften: Ist die volle Befriedigung aller Gläubiger noch überwiegend wahrscheinlich, wirtschaften sie mit dem Geld der Gesellschafter, die von Erträgen profitieren und Verluste tragen müssen. Ist die volle Befriedigung aller Gläubiger dagegen nicht mehr überwiegend wahrscheinlich, wirtschaften die Geschäftsleiter mit dem Geld der Gläubiger, die (weitere) Verluste tragen müssten, während die Erträge im Erfolgsfall den Gesellschaftern zustehen.

### Was ist das übergeordnete Ziel?

Die dritte Frage lautet, wie das Insolvenz- und Restrukturierungsrecht auszugestaltet ist. Dabei ist zunächst zu entscheiden, welchen Zwecken es dienen soll. Einer marktwirtschaftlichen Ordnung entspricht es, wenn das übergeordnete Ziel die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger ist – dies ist der Ausgangspunkt des deutschen Rechts. Hat das Unternehmen ganz oder teilweise einen positiven Fortführungswert, sollte es als Ganzes beziehungsweise der rentable Teil erhalten werden, was sowohl durch die Sanierung des Rechtsträgers, der Gesellschaft, als auch durch die Übertragung der Betriebsmittel auf einen neuen Rechtsträger bei Abwicklung der (Alt-)Gesellschaft geschehen kann. Das Hauptziel kann aber auch darin bestehen, Unternehmen in der Krise zum Erhalt von Arbeitsplätzen zu sanieren – das ist der Ausgangspunkt des französischen Rechts. Daran wird deutlich, wie schwierig eine Harmonisierung des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts auf europäischer Ebene ist.

Folgt man der marktwirtschaftlichen Grundausrichtung, stellt sich die Folgefrage, wie man einen positiven Fortführungswert hinreichend sicher ermitteln kann. Stimmen alle Gläubiger den vorgeschlagenen Maßnahmen (Stundungen, Teilverzicht, Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital) zu, genügt dafür deren subjektive Einschätzung. Stimmen aber Gläubiger dagegen, ist zu berücksichtigen, dass alle notwendigen Feststellungen auf Prognosen

ROMAN FOUNTAINS

# INSOLVENCY: THE END OR A NEW BEGINNING

ANDREAS PIEKENBROCK

The Covid pandemic and the economic consequences of the war in Ukraine have made insolvency law a topic of general interest. Although many businesses have been struggling with enormous difficulties since March 2020, the number of enterprise insolvency proceedings has decreased significantly during the past two years. This surprising development – the result of a mitigation of obligations to file for insolvency and of massive state aid programmes – once again raises old questions: under what circumstances should directors of companies be compelled to file for insolvency? Should we give greater weight to the future cash flow or to the balance sheet? What is the appropriate role of pre-insolvency restructuring plans? When do company directors have to take creditors' interests into account? How do the shareholders of an insolvent company take part in restructuring and insolvency proceedings? These are just a few of the questions being investigated by Heidelberg insolvency and company legal scholars. ●

**PROF. DR ANDREAS**

**PIEKENBROCK** is a tenured professor and Director of Heidelberg University's Institute for Civil Law, Industrial Law and Insolvency Law. He studied law in Hamburg, Geneva (Switzerland) and Freiburg, where he completed his doctorate in 1996 and his habilitation in 2005. He worked as an attorney in Karlsruhe from 1996 until 2009, when he accepted the Chair of Civil Law and Insolvency Law at Heidelberg University. In 2010 Andreas Piekenbrock became Managing Director of the Centre for Attorney-Oriented Legal Training at Heidelberg University.

Contact: [piekenbrock@jurs.uni-heidelberg.de](mailto:piekenbrock@jurs.uni-heidelberg.de)

**“Companies are generally founded with the intention of making a profit. Their termination is therefore often due to negative prospects for profit.”**

# „Wird ein Unternehmen liquidiert, sind die Rangverhältnisse wie bei einem römischen Brunnen zu beachten: Erst wenn eine Rangklasse vollständig befriedigt worden ist, fließt etwas der rangniedrigeren Klasse zu.“

beruhen, die sich im Nachhinein als falsch erweisen können. In einem solchen Fall ist es geboten, auch das Abstimmungsverhältnis zu berücksichtigen: Je mehr Gläubiger zugestimmt haben, desto plausibler erscheint die Annahme eines Mehrwertes. Hier ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die angemessenen Mehrheiten zu bestimmen, die sich nach der Anzahl der Gläubiger (Kopfmehrheit) und/oder nach der Höhe ihrer Forderungen (Summenmehrheit) richten können. Dabei muss einerseits der Einschätzungsprärogative der Gläubiger angemessen Rechnung getragen werden, weswegen das erforderliche Quorum nicht zu niedrig sein darf. Andererseits müssen sogenannte Akkordstörer, die ihre Zustimmung nur verweigern, um einen größeren individuellen Vorteil durchzusetzen, wirksam in die Schranken gewiesen werden können, weswegen das erforderliche Quorum nicht zu hoch sein darf. Es ist daher zu begrüßen, dass der EU-Gesetzgeber den Mitgliedstaaten beim Erlass der besagten Richtlinie einen weiten Umsetzungsspielraum eingeräumt hat.

## Fragen der Rangordnung

Zu den zeitlosen Fragen zählt schließlich, inwieweit einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt werden sollen und wie sich ein solches Vorzugsrecht gegebenenfalls im Rahmen einer Sanierung auswirkt. Die Rechtsgeschichte und die Rechtsvergleichung fördern eine unüberschaubare Zahl solcher Privilegien zutage; das deutsche Recht hat sie 1999 weitgehend abgeschafft. Üblich ist aber auch hierzulande ein Vorrang für Gläubiger, die in der Krise frisches Geld geben. Daher hat der Bund die 150 Millionen Euro, die er Air Berlin als Darlehen zur Verhinderung einer sofortigen Stilllegung („grounding“) gewährt hat, vollständig zurückbekommen. Manche Darlehensgläubiger vereinbaren vertraglich einen Nachrang und bekommen dafür eine höhere Verzinsung. Wird das Unternehmen liquidiert, sind die Rangverhältnisse wie bei einem römischen Brunnen zu beachten: Erst wenn eine Rangklasse vollständig befriedigt worden ist, fließt etwas der rangniedrigeren Klasse zu. Der Schuldner

selbst beziehungsweise die Anteilseigner bekommen bis zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger nichts.

Ob in diese Rangordnung zu Sanierungszwecken gegen den Willen der vorrangigen Gläubiger eingegriffen werden darf, ist eine der aktuell diskutierten Fragen. Im deutschen Insolvenzrecht war die Rangordnung bisher strikt zu beachten („absolute priority rule“), der EU-Gesetzgeber hat dagegen die Aufweichung der Rangordnung favorisiert („relative priority rule“), den Mitgliedstaaten aber auch hier viel Spielraum gelassen. Im deutschen Insolvenz- und Restrukturierungsrecht gilt zwar weiterhin grundsätzlich die „absolute priority rule“; in Einzelfällen ist aber auch eine Abweichung davon möglich. Hier muss die Zukunft zeigen, wie sich diese behutsame Öffnung bewährt, damit die wirtschaftliche Krise in geeigneten Fällen nicht das Ende eines Unternehmens bedeutet, sondern einen Neuanfang. ●