

PRESSEMITTEILUNG

Auswirkungen von Covid-19:

Erweiterte Stellungnahme der TMA zur Ankündigung des BMJV zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zu staatlichen Finanzierungsprogrammen; Empfehlungen zur erleichterten Krisenfinanzierung

- **Konsequente Umsetzung der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht**
- **Begrenzung der Finanzierer-Haftung für Brückendarlehen**
- **Erleichterung der Gesellschafter- und Bankfinanzierung in der Krise**
- **Beschleunigte und praxisgerechte Umsetzung der EU-Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen (EU 2019/1023)**
- **Staatliche Finanzierungsprogramme sind auszuweiten und zu vereinfachen**

Frankfurt a.M. / München / Hamburg, 18. März 2020 – Um die Auswirkungen der Ausbreitung von Covid-19 auf die Realwirtschaft zu begrenzen, hat die Bundesregierung ein Schutzschild für Unternehmen in der Krise vorgestellt, das neben Kurzarbeitergeld und Steuerstundungen einen unbegrenzten Kreditrahmen durch die KfW vorsieht. Zudem wurden in der Pressemitteilung vom 16. März 2020 Maßnahmen zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht angekündigt.

Die Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e.V. (TMA) begrüßt dieses Maßnahmenpaket ausdrücklich. Sie befürchtet allerdings, dass es mit Blick auf die Dynamik der Situation nicht ausreichen wird (vgl. Pressemitteilung der TMA vom 13. März 2020). Die Restrukturierungsexperten fordern daher weitere kurzfristig umsetzbare Maßnahmen, die Unternehmen das wirtschaftliche Überleben ermöglichen und die Unternehmensleiter keinen für diese nicht hinnehmbaren Risiken aussetzen. Im Einzelnen sollte der Gesetzgeber nach Ansicht der TMA folgende Punkte aktiv angehen:

Konsequente Umsetzung der angekündigten Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

Die Bundesregierung hat angekündigt, die Insolvenzantragspflicht für betroffene Unternehmen bis zum 30. September 2020 – längstens durch Verlängerung bis 31. März 2021 – auszusetzen. Die Aussetzung soll an die Voraussetzung geknüpft sein, dass aufgrund einer Beantragung öffentlicher Hilfen bzw. ernsthafter Finanzierungs- oder Sanierungsverhandlungen begründete Aussichten auf Sanierung bestehen.

Diese Ankündigung ist zu begrüßen. Damit die Maßnahme die politisch gewollte Wirkung vollständig erzielen kann, müssen folgende zwei Klarstellungen aufgenommen werden:

1. Entscheidung durch die Unternehmensleiter

Die genannten Voraussetzungen für die Aussetzung führen in der Praxis zu vermeidbaren Rechtsunsicherheiten. Es wird kaum möglich sein, innerhalb der grundsätzlich geltenden 21-Tages-Frist gerichtsfest nachzuweisen, dass die aktuelle Krise tatsächlich auf den Auswirkungen der Pandemie beruht und das Unternehmen sanierungsfähig ist.

Um den Geschäftsleitern hier ausreichend Sicherheit zu geben, wäre in den meisten Fällen eine – zumindest kurze – gutachterliche Stellungnahme eines externen Sanierungsexperten erforderlich, die in der Kürze der Zeit und vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen und der damit verbundenen planerischen Unsicherheiten kaum beizubringen sein wird. Dies gilt besonders, wenn für das Vorliegen der ernsthaften Sanierungsverhandlungen die Mitwirkung der Kreditgeber erforderlich ist, deren Arbeitsabläufe ebenfalls erheblich beeinträchtigt sein können.

Es sollte etwa auch vermieden werden, dass Banken, die KfW und künftig möglicherweise auch andere Institutionen nur deshalb mit Förderungsanträgen blockiert werden, die erwartbar keine Aussicht auf Erfolg haben oder sogar aufgrund anderer Sanierungsmöglichkeiten gar nicht erforderlich sind, um damit formal die Insolvenzantragspflicht zu suspendieren. Vor diesem Hintergrund besteht ein Risiko, dass Geschäftsleiter dennoch im Zweifel eher einen Insolvenzantrag stellen als eine persönliche Haftung oder gar Strafbarkeit zu riskieren.

Um diese Voraussetzung in der Praxis handhabbar zu machen, sollte nach den allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts auf die Sanierungserwartung der Unternehmensleiter abgestellt werden. Bereits nach geltendem Recht sind relevante Geschäftsentscheidungen im Einklang mit der *business judgment rule* in der jeweiligen Ausprägung zu treffen. Selbiges sollte für die Insolvenzantragspflicht gelten.

Empfehlung 1: Die nach § 15a der Insolvenzordnung bestehende Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ist bis zum 30.09.2020 ausgesetzt, solange bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters die Überwindung der Krise des Unternehmens aussichtsreich erscheint.

2. Klarstellung: Aussetzung der Notgeschäftsführung und Haftung für Geschäftsfortführung

Bislang sind die Geschäftsleiter nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit außerdem verpflichtet, den Geschäftsbetrieb nurmehr im Rahmen einer „Notgeschäftsführung“ fortzuführen, d.h. ausschließlich Geschäfte zu tätigen, die für die Aufrechterhaltung des üblichen Geschäftsbetriebs zwingend erforderlich sind. Dies umfasst aber eben nicht rechtssicher auch die von der Geschäftsleitung vor der Krise geplanten

notwendigen Investitionen sowie die im üblichen Geschäftsgang erforderlichen und auch unter den geltenden Umständen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes gebotenen Maßnahmen.

Es ergeben sich hieraus weitere erhebliche Unsicherheiten zu der Frage, was unter diesen Umständen erlaubt ist und was nicht. Unternehmen, die sich ohnehin in einer durch die Pandemie hervorgerufenen Liquiditätskrise befinden, könnten in der Praxis in diesem Modus nicht oder nur wenige Tage operieren.

Daraus muss folgen, dass während einer verlängerten Antragsfrist ansonsten bestehenden Folgen der materiellen Insolvenzreife suspendiert werden.

Empfehlung 2: Solange die Antragspflicht nach vorstehendem Satz ausgesetzt ist, gilt die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung als nicht eingetreten.

Zusätzliche Erleichterung von Finanzierungen in der Krise

Trotz des von der Bundesregierung verkündeten Maßnahmenpakets wird es kurzfristig einen erheblichen Finanzierungs- und Refinanzierungsbedarf geben. Dessen Deckung sollte durch weitere befristete, aber unverzüglich in Kraft tretende Maßnahmen erleichtert werden:

1. Erleichterung der Bereitstellung von Fremdkapital

Um im Einzelfall gebotene Finanzierungshilfen zu ermöglichen, sollten angesichts der aktuellen Krisensituation auch Finanzierungsmaßnahmen privilegiert werden, die vor der Beauftragung und Erstellung eines Sanierungskonzepts erfolgen, sofern diese mit dem Ziel einer nachhaltigen Sanierung nach Abklingen der Pandemie erfolgen.

Insbesondere werden die Geschäfts- oder Hausbanken der betroffenen Unternehmen gefragt sein. Diese werden jedoch aufgrund der Covid-19-Pandemie gegebenenfalls selbst in ihren Kreditprüfungs- und Genehmigungsprozessen eingeschränkt sein. Vor diesem Hintergrund bleibt abzuwarten, wie schnell die nun vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) avisierten Stützungen insbesondere durch Risikoübernahmen der KfW greifen werden.

In der Sache ist festzuhalten, dass es per heute klar Unschärfen gibt, welche Unternehmen überhaupt auf entsprechende Stützungsmaßnahmen zurückgreifen können, da insbesondere die Einordnung von Unternehmen als Krisenunternehmen oder nicht in einer Krise befindliche Unternehmen sowohl rechtlich als auch praktisch schwierig ist. Was ist beispielsweise mit Unternehmen, für die ein Sanierungsgutachten erstellt wurde, die Sanierungsphase aber noch nicht abgeschlossen ist? Was ist mit Unternehmen, für die zwar die Erstellung eines Sanierungsgutachtens vor Ausbruch der Covid 19-Pandemie diskutiert aber noch nicht mandatiert wurde? Welche Merkmale führen sonst zu einer Einordnung eines Unternehmens als Krisenunternehmen oder als Unternehmen, welches sich nicht in

einer Krise befindet? Festzuhalten bleibt, dass für Krisenunternehmen eine Stützung zwar ebenfalls avisiert ist, noch aber nicht konkretisiert wurde. Gerade für diese Unternehmen empfiehlt die TMA einen schnellen Zugang zu Stützungsmaßnahmen. Insbesondere sollte der relevante Grad der Krise moderat und mit Bedacht gewählt werden.

Trotz der avisierten Lockerungen in den KfW-Programmen verbleiben erhebliche Herausforderungen in der Implementierung. Dies gilt insbesondere für Unternehmen und Finanzierungsstrukturen, die bereits eine Restrukturierung hinter sich haben: In diesen Fällen werden typischerweise bereits alle verfügbaren Vermögensgegenstände in der Gruppe als Sicherheit verwendet. Abhilfe könnte dadurch geschaffen werden, dass jedenfalls temporär eine Kreditvergabe mit Vorrangstatus (*Super Senior*) ermöglicht wird.

Aufgrund der in der Vergangenheit bereits sehr lockeren Geldpolitik stehen sehr viele Unternehmen bereits absehbar am Rand ihrer Fähigkeit zur Rückführung der bereits gewährten Kredite **stehen**. Eine Ausweitung der Finanzierung wird diese Herausforderungen noch verstärken, so dass kurzfristig von vielen Seiten auch andere staatliche Maßnahmen als zusätzliche Kredite für Zwecke einer nachhaltigen Stützung von Unternehmen gefordert werden dürften.

Empfehlung 3: Setzt der Schuldner seine Antragspflicht aus oder ist den Umständen nach zum Zeitpunkt der Kreditentscheidung zu erwarten, dass der Schuldner seine Antragspflicht bei Vertiefung der Krise aussetzen könnte, ist die Haftung eines Dritten zum Ersatz von Schäden aus der Kreditvergabe ausgeschlossen. Dies gilt auch, wenn der Geldgeber die Rückzahlung bestehender Verbindlichkeiten aussetzt oder nicht einfordert. Einigen sich das Unternehmen und die relevanten Kreditgeber auf Maßnahmen zur vorläufigen oder nachhaltigen Sanierung, so gelten diese Maßnahmen als tauglich und mit Sanierungswillen erfolgt.

2. Aufhebung des Nachrangs für Gesellschafterdarlehen

Es sollten Anreize für kurzfristige Finanzierungshilfen durch die Gesellschafter einer in die Krise geratenen Unternehmung geschaffen werden. Der drohende Nachrang von Gesellschafterdarlehen in einer Insolvenz senkt indes die Bereitschaft der Gesellschafter, ihrem Unternehmen zusätzliches Kapital zur Verfügung zu stellen. Es ist daher angezeigt, den gesetzlichen Nachrang für während der Covid-19-Pandemie gewährte Gesellschafterdarlehen in einer späteren Insolvenz zu suspendieren, sofern die Gesellschafterdarlehen zur Abwendung der direkten oder indirekten Auswirkungen von Covid-19 gewährt werden.

Empfehlung 4: § 39 Absatz 1 Nr. 5 InsO gilt nicht für Darlehen, die bereitgestellt werden, um den Liquiditätsbedarf eines Unternehmens zu decken, der auf den direkten oder indirekten Auswirkungen von Covid-19 im Jahr 2020 beruht. Gleiches gilt für § 44a InsO, soweit der Gesellschafter für ein Darlehen eine Sicherheit bestellt hat oder sich verbürgt hat, das ein Gläubiger bereitgestellt hat, um den in Satz 1 genannten Liquiditätsbedarf zu decken.

Wenn am 1. Februar 2020 die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich war, wird vermutet, dass ein nach dem 1. Februar 2020 und vor dem 31. Dezember 2020 gewährtes Darlehen bereitgestellt wurde, um den Liquiditätsbedarf eines Unternehmens zu decken, der auf den direkten oder indirekten Auswirkungen von Covid-19 beruht.

Beschleunigte, praxisgerechte Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1023 als zusätzliches Sanierungsinstrument

Die TMA regt eine den veränderten Umständen und der Sanierungspraxis gerecht werdende und beschleunigte Umsetzung der EU-Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen (EU 2019/1023) in Deutschland an. Die wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona/Covid-19-Pandemie gebieten die zügige Bereitstellung eines rechtlichen Rahmens für eine von der Mehrheit der Gläubiger eines Unternehmens gestützte Restrukturierung im Vorfeld einer Insolvenz als flankierende Maßnahme zu den gebotenen staatlichen Eingriffen in das Insolvenz- und Finanzierungsregime. Die Mehrheit der Gläubiger eines Unternehmens kann und wird sich im konkreten Fall regelmäßig eine sehr genaue Vorstellung davon verschaffen, in welchem Umfang ihr Schuldner in der Lage sein wird, ihm im Rahmen einer Restrukturierung aufgeladene Verbindlichkeiten zu bedienen und am Ende auch zu tilgen.

Die Bereitstellung neuer Liquidität, auf die auch die staatlichen Notprogramme abzielen, setzt aber am Markt regelmäßig eine Reduktion der Gesamt-Verschuldung des Unternehmens auf ein angemessenes Maß voraus. Hier erscheint es dringend geboten, flankierend die in der EU-Richtlinie vorgesehenen Instrumente zur Umsetzung einer von der Mehrheit der Gläubiger eines Unternehmens getragenen Restrukturierung bereit zu stellen, mit denen Unternehmen schneller und mit deutlich geringeren zusätzlichen Belastungen des Geschäftsablaufes und der Liquidität neu aufgestellt werden können, als dies regelmäßig in einem förmlichen Insolvenzverfahren möglich wäre. Vor diesem Hintergrund sollten jedenfalls wesentliche Instrumente der Richtlinie in einem ersten Schritt der Praxis so schnell wie möglich zur Verfügung gestellt werden.

Kritische Stellungnahme und weitere Maßnahmen zur Erleichterung der Finanzierung über Bundes- und Landesbürgschaften

Die Bundesregierung hat einen Schutzschild für Unternehmen in der derzeitigen durch das Corona-Virus hervorgerufenen Krise vorgestellt, der u.a. auch einen unbegrenzten Kreditrahmen durch die KfW vorsieht, um unverschuldet in Liquiditätsengpässe geratene Unternehmen mit funktionierendem Geschäftsmodell in den kommenden Wochen und Monaten zu unterstützen. Die TMA begrüßt diese Maßnahmen ausdrücklich (vgl. Stellungnahme vom 13. März 2020).

Aus Sicht der TMA sind dringend weitergehende Maßnahmen notwendig, um in der aktuellen Krise effektiv und schnell Liquiditätshilfen notleidenden Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Der Weg über das Kredit-Instrumentarium der KfW ist dabei aus Sicht der TMA grundsätzlich richtig. Allerdings bedarf es weiterer systemischer und prozessualer Erleichterungen, um über Landes- und Bundesbürgschaften

gedeckte Finanzierungen schnellstmöglich an den Ort des Geschehens zu bringen. Im Vordergrund sollte dabei eine möglichst weitgehende Beschleunigung der Genehmigungsprozesse, sowie eine Vereinfachung des Prüfungsvorgangs stehen.

Der existierende Prozess zur Erteilung einer Landes- oder Bundesbürgschaft ist durch hohen Dokumentationsaufwand und langwierige Prüfungs- und Genehmigungszeiträume gekennzeichnet. Nicht selten vergehen sechs und mehr Monate, bis Mittel zur Verfügung gestellt werden können. Gründe hierfür liegen zum einen in der Involvierung einer ganzen Reihe von Prüfungsinstanzen (finanzierende Banken, Mandatare des Landes und des Bundes sowie EU-Kommission), zum anderen in der Ausgestaltung der derzeitigen Finanzinstrumente (i.S.v. Risikobehalt der finanzierenden Banken und Sachgrund der Finanzierung (keine Krise)).

Um hier eine auf die derzeitige Krisensituation abgestellte effektive Lösung anbieten zu können, bedarf es aus Sicht der TMA einer adäquaten Strukturierung des Hilfsinstruments. Dazu würden gehören:

- Implementierung eines Risikofonds bei der KfW, der explizit zur Finanzierung „in der derzeitigen Krise“ vorgesehen ist. Ob darüber hinaus auch eine Öffnung bereits existierender Fonds zu diesem Zweck sinnvoll sein kann, wäre zu prüfen.
- Komplette Risikoübernahme durch die Länder bzw. den Bund bei der Vergabe von Bürgschaftskrediten aus einem „Krisen-Fond“ (100% Garantie). Durch den Wegfall des bisher üblichen Selbstbehalts der Banken würde die Rolle der Banken als Genehmigungsinstanz entfallen, die bankinternen Prozesse würden deutlich entlastet und verkürzt. Darüber hinaus würde die Risikoposition der Banken nicht verschlechtert, was auch zu einer Stabilisierung des Bankensystems in dieser Situation beitragen würde. Bund bzw. Land könnten hinsichtlich der Sicherheiten *pari passu* mit bisherigen Senior Unsecured-Kreditgebern gestellt werden, um Gläubigerbenachteiligungen zu vermeiden.
- Die Plausibilisierung der Bürgschaftsanträge hinsichtlich Bürgschaftshöhe und sachlicher Begründung sollte weiterhin durch die Mandatare des Landes und des Bundes – falls erforderlich ergänzt und unterstützt durch zusätzliche externe Berater – erfolgen, um Missbrauch möglichst weitgehend zu vermeiden und den Fokus der Anwendung des Instruments auf grundsätzlich gesunde Unternehmen zu gewährleisten. Die Prüfung könnte an vereinfachten Prüfkriterien (z.B. anhand der EU-Prüfkriterien für *State Aid*) festgemacht werden. Die Entscheidung zur Finanzierung von Unternehmen, die sich unabhängig von der derzeitigen Corona-Krise bereits in einer Sanierung befinden (insbesondere bei bereits vorliegendem Sanierungsgutachten), bedarf auch weiterhin einer genaueren Einzelfall-Prüfung (beispielsweise nach dem erfolgtem Umsetzungsgrad und dem bisherigen Sanierungserfolg). Da diese Unternehmen in aller Regel aber sowieso einem Monitoring durch externe Berater unterliegen, sollte dies grundsätzlich möglich sein.

- Bei der Beurteilung der Anträge und Finanzierungspläne ist auf die erhöhte Planungsunsicherheit im Rahmen des Möglichen abzustellen. Es wird unter den gegebenen Umständen kaum Sinn machen, langfristige Planungshorizonte abzufragen bzw. diese als Voraussetzung in die Prüfkriterien aufzunehmen (es sei denn branchenspezifische Zyklen o.ä. spielen eine Rolle). Die zeitliche Struktur der Finanzierungen sollte daher in einem ersten Schritt eher kurzfristig gestaltet sein, mit der Möglichkeit diese im Zeitablauf falls notwendig flexibel anzupassen.

- Etwaige Genehmigungen auf EU-Ebene sollten bis auf weiteres bzw. für die Dauer der Fondslaufzeit ausgesetzt werden.

Pressekontakt:

Silke Haars

Kommunikation

Vogelsanger Weg 111, 40470 Düsseldorf

mail@silkehaars.de

T +49 211 93 88 94-30, F-32

M +49 171 1910224

TMA Deutschland e.V.

Die TMA Deutschland e.V. ist der deutsche Berufsverband der Restrukturierungsexperten, der es sich zum Ziel gesetzt hat, die Rahmenbedingungen der Unternehmensrestrukturierung und -sanierung in Deutschland für alle Unternehmensbranchen zu optimieren und auf EU-Ebene zu harmonisieren. 2006 gegründet, hat sich die TMA schnell als wichtigstes Organ zum Thema Restrukturierung entwickelt. Die rund 300 Mitglieder der TMA sind Vertreter namhafter Unternehmen und Organisationen aus den Bereichen Unternehmensberatung, Rechtsberatung, Wirtschaftsprüfung, Corporate Finance sowie Banken und setzen sich innerhalb der TMA aus dem Blickwinkel des jeweiligen Geschäftsfeldes für unterschiedliche Schwerpunkte in Fragen rund um Restrukturierung und Insolvenz ein. Die TMA bietet durch ihre monatlich stattfindenden Stammtische regelmäßig Austauschmöglichkeiten zwischen den Mitgliedern, sowie Vortragsmöglichkeiten. Die TMA Deutschland e.V. ist Mitglied des internationalen Verbands Turnaround Management Association mit Sitz in Chicago, Illinois, USA (www.turnaround.org) und ist politisch neutral und unabhängig.