

---

## Thinking Small First

---

Prof. Dr. Stephan Madaus<sup>\*)</sup>  
(Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg)

Arbeitspapier 03/2021<sup>\*\*)</sup>  
November 2021

<sup>\*)</sup> Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Universitätsring 2, 06108 Halle, E-Mail: [stephan.madaus@jura.uni-halle.de](mailto:stephan.madaus@jura.uni-halle.de).

<sup>\*\*)</sup> Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder und nicht notwendigerweise die des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung.

Prof. Dr. Stephan Madaus

# Thinking Small First

Eine juristische Bewertung ausgewählter Vorschläge zur Verbesserung des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts im Kontext der COVID-19 Pandemie in Deutschland

25.8.2021

## Inhalt

Executive Summary .....	2
A. Die Bedeutung kleiner Unternehmen in Deutschland .....	4
B. Das Versagen des Unternehmensinsolvenz- und Restrukturierungsrechts bei Kleinstunternehmen .....	5
C. Vorschläge zur Einführung eines speziellen Unternehmensinsolvenz- und restrukturierungsrechts für Kleinstunternehmen.....	6
Kernbestandteile dieser Vorschläge .....	7
Modellwirkung des US-Rechts .....	8
D. Handlungsbedarf im deutschen Recht.....	8
Die Insolvenzordnung.....	8
Das StaRUG.....	9
Das COVInsAG .....	10
E. Benchmarks und Regelungsideen für den Reformgesetzgeber .....	10
Ein spezifisches Regime für Kleinstunternehmen in der Krise .....	10
Ein spezifisches Regime für die scheiternde Unternehmerpersönlichkeit .....	11
Die Bewältigung der Pandemie- und Hochwasserfolgen als „Regulatory Sandbox“ .....	12
F. Zusätzliche staatliche Restrukturierungsanreize .....	13
Rechtssichere Maßstäbe zur Zustimmung öffentlicher Gläubiger zu Restrukturierungsplänen .....	13
Steuerliche Anreize zur Restrukturierung kleiner Unternehmen .....	14
G. Eigenkapitalhilfen der öffentlichen Hand .....	14
Eigenkapitalhilfen durch den Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WSF) .....	15
Risiken echter Eigenkapitalbeteiligungen an Kleinunternehmen .....	15
H. Fremdkapitalorientierte Hilfen der öffentlichen Hand .....	16
Eigenkapitalähnliche Hilfen („quasi equity injections“) .....	16
Hilfen zur Rekapitalisierung kleiner Unternehmen durch Reduzierung des Fremdkapitals...	17
Hilfsbedürftigkeit und Fortführungsfähigkeit kleiner Unternehmen.....	19
Referenzen: .....	20

## Executive Summary

Die Expertise beantwortet zwei Fragestellungen. Zum einen werden die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen dahingehend bewertet, ob sie ausreichend sind, um tragfähige Unternehmen zu stützen, ohne den Austritt nicht-tragfähiger Unternehmen zu behindern. Zum anderen wird untersucht, inwieweit eigenkapitalorientierte Hilfen der öffentlichen Hand in der Phase der Rückkehr zur wirtschaftlichen Normalität gerade Klein- und Kleinstunternehmen in der Krise gezielt unterstützen können und inwieweit es weiterer Restrukturierungshilfen für diesen Unternehmenstypus bedarf.

Gerät ein Unternehmen in eine Existenzkrise, so obliegt die Selektion fortführungsfähiger Unternehmen von solchen, die den Markt verlassen sollten, den Mechanismen und Regeln des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts. Dieses ist erst im Jahr 2017 im Auftrag des Bundestags wissenschaftlich evaluiert und zum 1.1.2021 durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) modernisiert worden. Auch wenn die hier neu geschaffenen Normen, insbesondere zur außerinsolvenzlichen Sanierung, noch in der Praxis erprobt werden müssen, ist festzuhalten, dass die Mechanismen des deutschen Insolvenz- und Restrukturierungsrechts den aktuellen Standards der EU-Gesetzgebung entsprechen und grundsätzlich ausreichen dürften, um bei insolventen wie insolvenzbedrohten Unternehmen tragfähige Geschäftsmodelle zu identifizieren und deren Fortführung zu sichern.

Von dieser grundsätzlich positiven Einschätzung ist allerdings ein wesentlicher Unternehmenstypus auszunehmen: kleine und Kleinstunternehmen. Das deutsche Recht kennt keine Sonderregeln für diese Unternehmensgröße, obwohl deren Besonderheiten (Ressourcenarmut in jeder Hinsicht, rationale Passivität von Gläubigern und Investoren, kein relevanter Restrukturierungsmehrwert, kaum externe Beratung, Fokus auf die Unternehmerpersönlichkeit) in der Regel dazu führen, dass das geltende Regelungssystem nicht funktioniert. Insolvenzverfahren werden mangels Masse nicht eröffnet; Unternehmer in die Privatinsolvenz geschickt. Eine Entschuldung ist dort erst in mehr als drei Jahren, im Wiederholungsfall erst nach mehr als einem Jahrzehnt zu erreichen. Unternehmerische Potenziale werden so verschenkt.

Die Einführung effizienter Insolvenz- und Restrukturierungsregeln für Kleinstunternehmen ist vor diesem Hintergrund eine dringende Maßnahme. Erst solche Regeln wären insbesondere auch in der Lage, das pandemiebedingte Scheitern von Solo-Selbständigen und anderen Kleinstunternehmen angemessen zu adressieren und ihnen – auch bei mehrfachem Scheitern – einen schnellen Neuanfang zu ermöglichen, sofern kein erhebliches kriminelles Verhalten festzustellen ist.

Regelungsvorbilder für dieses neue Sonderrecht sind in den letzten Jahren verfügbar geworden. UNCITRAL Working Group V (Insolvency) hat – unter der Beteiligung des BMJ – ein Modellgesetz für Kleinunternehmensinsolvenzen und –restrukturierungen geschaffen. IWF und Weltbank empfehlen solche Regeln und werden sie bei künftigen Benchmark-Tests berücksichtigen. In den USA gilt bereits seit 2019 ein vereinfachtes Sanierungsplanverfahren für Kleinunternehmen.

Denkbar wäre es auch, die neuen Regeln zunächst als COVID-19-/Hochwasser-Maßnahme zeitlich beschränkt in Kraft zu setzen, um die Sonderschuldenlasten aus der Pandemie und dem Hochwasser zu bewältigen. Auf diese Weise wäre es zugleich möglich, die Auswirkungen der neuen Regeln auf die Beteiligten, insbesondere auf Kreditgeber und öffentliche Gläubiger, aber auch auf Arbeitnehmer, zu erproben.

Neben dieser grundlegenden Rechtsreform sind weitere staatliche Maßnahmen anzuregen, die eine Restrukturierung von Unternehmen, insbesondere von Kleinunternehmen, erleichtern würden.

- Behördenvertreter, die öffentlich-rechtliche Forderungen vertreten und daher mit einem Restrukturierungsplan konfrontiert werden, sollten klare gesetzliche Vorgaben vorfinden, ob und nach welchen Kriterien sie welcher konkreten Schuldenregulierung (Verzicht oder Stundung) zustimmen dürfen. Alternativ wäre eine kraft Gesetzes eintretende, automatische Bindung öffentlicher Gläubiger an Pläne denkbar, die von gleichrangigen privaten Gläubigern unterstützt werden.
- Die Steuerfreiheit von Entschuldungen (Sanierungsgewinnen) und die angemessene Ausweitung der Möglichkeiten des steuerlichen Verlustausgleichs fördern ebenfalls eine Sanierung des Rechtsträgers.

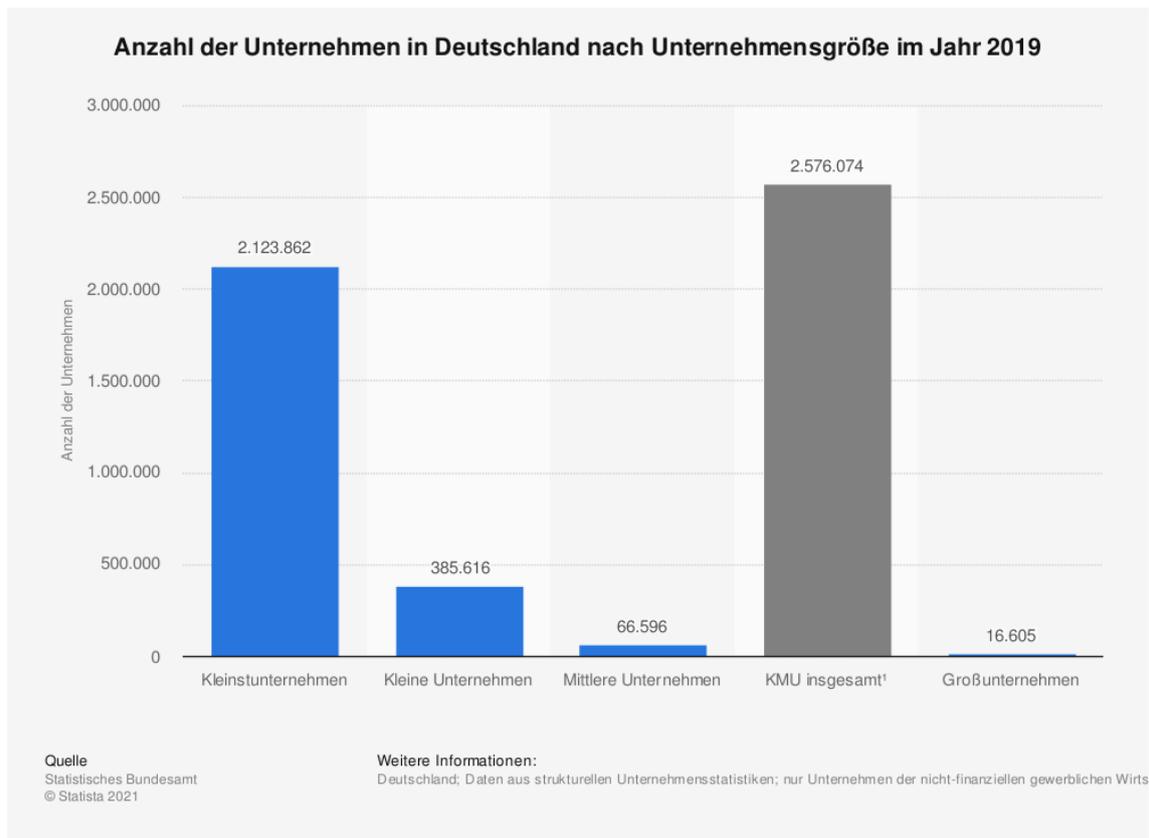
Hinsichtlich der pandemiebedingten staatlichen Unterstützungsmaßnahmen sind zunächst Liquiditätshilfen von Rekapitalisierungshilfen zu unterscheiden.

Liquidität wird den Unternehmen in der Pandemie in Form von Zuschüssen oder Krediten zur Verfügung gestellt. Angesichts der begrenzten Kapazität zur Aufnahme zusätzlicher Kredite bei kleinen Unternehmen wirken staatliche Kredit- und Garantiprogramme eher bei mittleren und großen Unternehmen. Kleine Unternehmen sind demgegenüber auf staatliche Zuschüsse angewiesen. Die Unterstützung durch Rekapitalisierungshilfen, also staatliche Eigenkapitalspritzen, ist derzeit nur für große Unternehmen über den Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WSF) vorgesehen. Eine Erstreckung echter Eigenkapitalbeteiligungen in kleinere Unternehmensklassen begegnet praktischen wie rechtlichen Hindernissen. Die Idee einer Hilfe in Form von „Quasi“-Eigenkapitalspritzen ist insofern naheliegend und würde in Deutschland in Form von Nachrangdarlehen erfolgen, die so zu gestalten wären, dass der Nachrang eine Berücksichtigung des Rückzahlungsanspruchs in der Überschuldungsbilanz ausschließt, ohne gesellschafts- und steuerrechtlich als Eigenkapital zu gelten. Diese Form des Darlehens begegnet keinerlei rechtlichen Bedenken und ist dem deutschen Finanzmarkt wohl bekannt. Nachrangdarlehen werden bereits durch den WSF vergeben. Um den Aufwand einer staatlichen Kreditvergabe zu sparen, könnte man diese Form der Liquiditätshilfe auch als Steuerzuschuss über die Finanzverwaltung gewähren, der dann in Form einer höheren Besteuerung des Empfängers in den Folgejahren „zurückbezahlt“ wird.

Der – auch durch staatliche Kredithilfen – gestiegene Verschuldungsgrad wird in Zukunft bei einer beachtlichen Zahl von Unternehmen nicht allein durch Rekapitalisierungshilfen bewältigt werden können, sondern nach einer Restrukturierung der Passivseite ihrer Bilanz verlangen. Während mittlere und große Unternehmen in dieser Situation im frisch modernisierten Insolvenz- und Restrukturierungsrecht taugliche und effiziente Instrumente vorfinden, kann der Staat die Rekapitalisierung kleiner Unternehmen entscheidend fördern. Neben der Einführung eines Sonderinsolvenz- und –restrukturierungsrechts ließe sich hier insbesondere durch die Finanzverwaltung ein Beitrag leisten, wenn pandemiebedingt gestundete Steuerforderungen auf Antrag des Steuerschuldners in Nachrangdarlehen umgewandelt werden. Für den Umgang mit gestundeten privaten Forderungen (Art. 240 EGBG) könnte ein Schlichtungsverfahren vorgesehen werden.

## A. Die Bedeutung kleiner Unternehmen in Deutschland

„Die meisten Unternehmen in Deutschland sind Kleinstunternehmen.“<sup>1</sup> Nimmt man die kleinen und mittleren Unternehmen hinzu, so fallen 99,4% aller Unternehmen in Deutschland in die Kategorie „KMU“.<sup>2</sup> KMU beschäftigten 2018 5,1 Millionen Menschen und damit die Mehrheit der Arbeitnehmer (60,8%).<sup>3</sup>



Die Kategorie der KMU wird dabei zahlenmäßig von Kleinstunternehmen beherrscht, also Unternehmen, die

- weniger als 10 Mitarbeiter und
- einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 2 Mio. EUR haben.

1 Website des Statistischen Bundesamtes, <https://de.statista.com/themen/4137/kleine-und-mittlere-unternehmen-kmu-in-deutschland/> (veröffentlicht am 21.4.2021).

2 Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. EU L 124/36 v. 20.05.2003).

3 Website des Statistischen Bundesamtes, <https://de.statista.com/themen/4137/kleine-und-mittlere-unternehmen-kmu-in-deutschland/> (veröffentlicht am 21.4.2021).

Diese statistische Verteilung ist keine deutsche Besonderheit. Sie findet sich in allen Rechtsordnungen.<sup>4</sup> Dennoch fällt es dieser zahlenmäßig dominierenden Gruppe schwer, gerade im Bereich des Restrukturierungs- und Insolvenzrechts, aber auch bei den COVID-19 Krisenhilfen, rechtspolitisches Gewicht zu entwickeln und auf diese Unternehmensgröße maßgeschneiderte Lösungen zu erreichen.

## B. Das Versagen des Unternehmensinsolvenz- und Restrukturierungsrechts bei Kleinstunternehmen

Das Insolvenzrecht regelt den Umgang mit Unternehmen, die nach der gesetzlichen Definition insolvent sind. Das Restrukturierungsrecht findet demgegenüber sowohl auf insolvente wie solvente Unternehmen Anwendung und unterstützt das Finden und Umsetzen von Sanierungslösungen für solche Unternehmen.

Beide Rechtsgebiete gehen in ihren Grundannahmen davon aus, dass insolvente oder insolvenzbedrohte Unternehmen nur dann fortgeführt und saniert werden, wenn in einem Investorenprozess, an dem sich neben den Gläubigern und Dritten auch der Schuldner und dessen Eigentümer oder sonstige Insider (etwa Arbeitnehmer) beteiligen können, eine Fortführungslösung gefunden wird. Diese Lösung kann eine Fortführung des Unternehmens auf dem entschuldeten alten Rechtsträger, ggf. mit neuer Gesellschafterstruktur, ebenso beinhalten wie eine übertragende Sanierung des Unternehmens auf einen neuen Rechtsträger. Zugleich wird angenommen, dass das insolvente Unternehmen die Fortführung des Unternehmens während der Dauer dieses Prozesses finanzieren kann. Gelingt dies nicht, wird das Unternehmen stillgelegt und dessen Vermögen liquidiert, sodass es vom Markt verschwindet.

Während diese Mechanismen bei großen und mittleren Unternehmen seit Jahrzehnten eine Selektion fortführungsfähiger Unternehmen aus dem Kreis der Krisenunternehmen sicherstellen können, geraten sie bei kleinen Unternehmen an ihre Grenzen. Insbesondere bei Kleinstunternehmen versagt der Mechanismus und eine Selektion gelingt nicht, da die Grundvoraussetzungen für den Selektionsprozess hier typischerweise nicht gegeben sind.<sup>5</sup> Kleinstunternehmen verfügen schon definitionsgemäß kaum über eigenes Vermögen, wenn sie krisenfrei ihr Geschäft betreiben. In einer Krise mit fehlenden Umsätzen und ausbleibender Rendite fehlen hinreichende finanzielle Reserven, um den Betrieb für längere Zeiträume zu finanzieren.<sup>6</sup> Auch findet sich kaum je das Know-how für die Entwicklung einer Sanierungslösung und das Hinzuziehen von Sachverständigen in Form von Sanierungsberatern scheitert an der Finanzierbarkeit der Beratungskosten. Gleichzeitig besteht an Unternehmen dieser Größe in der Regel keinerlei Investoreninteresse. Weder die Gläubiger kleiner Unternehmen (die Bank, der Vermieter, Lieferanten oder das Finanz-

---

4 Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal/Romaine/Sarra/Tirado, *Micro, Small, and Medium Enterprise Insolvency, A Modular Approach*, Oxford University Press 2018, 11.

5 Davis et al., (Fn.4), 46 ff.

6 Wessels/Madaus, *Rescue of Business in Europe*, A European Law Institute Instrument, Oxford University Press 2020, para. 754.

amt) noch Dritte sind hier angesichts des geringen Wertes des Unternehmens bzw. der Kundenbeziehung an einem Einstieg oder einer Fortführungslösung besonders interessiert.<sup>7</sup> Es ist oft allein der Schuldner bzw. dessen Eigentümer und Geschäftsführer, der eine Fortführungslösung wünscht. Fehlen hier die Reserven im eigenen Vermögen oder dem des familiären Umfelds, so kann dieser Wunsch nicht erfüllt werden. Selbst funktionierende kleine Geschäftsmodelle erleiden so Schiffbruch, wenn sie aufgrund verschiedenster Ursachen einmal in eine Überschuldungssituation geraten. Eine Selektion funktionierender Geschäftsmodelle findet nicht statt. Das Unternehmen wird nahezu immer geschlossen und die Unternehmerpersönlichkeit bleibt in der Folge aufgrund der persönlichen Haftung oder typischen Mithaftung für geschäftliche Schulden überschuldet zurück. Die Privatinsolvenz folgt.

Dieses Ausscheiden eines einzelnen Kleinstunternehmens aus dem Markt hat keine makroökonomische Relevanz. Es scheint aus diesem Blickwinkel naheliegend, die Lösung des Problems einem effizienten Liquidationsrecht und dem Recht der Privatinsolvenz zu überlassen. Zwei Argumente könnten allerdings zugunsten der Schaffung eines effizienten Restrukturierungsrechts für Kleinstunternehmen angeführt werden. Zum einen findet sich in jedem Land nur eine beschränkte Zahl an Unternehmerpersönlichkeiten, deren Aktivität zu fördern und Risikobereitschaft zu unterstützen im makroökonomischen Gesamtinteresse liegt. Bietet hingegen die Rechtsordnung dem mit einem Projekt in Schwierigkeiten geratenen Unternehmer nur die Liquidation und Privatinsolvenz als Option, sind Abschreckungseffekte offensichtlich. Zum anderen wird auch das Ausscheiden von Kleinstunternehmen an sich dann makroökonomisch relevant, wenn es, etwa infolge einer Pandemie, gehäuft auftritt, sodass das scheiternde Kleinstunternehmen nicht mehr unmittelbar durch ein neues oder anderes am Markt ersetzt wird.

## C. Vorschläge zur Einführung eines speziellen Unternehmensinsolvenz- und restrukturierungsrechts für Kleinstunternehmen

Die Erkenntnis, dass es sich lohnt, in effiziente Insolvenz- und Restrukturierungsregeln zu investieren, die gerade auf Kleinstunternehmen zugeschnitten sind, hat sich in den letzten 10 Jahren nicht nur in insolvenzrechtlichen Fachzirkeln,<sup>8</sup> sondern auch in den internationalen Organisationen durchgesetzt. Die Pandemie hat hierauf gestützte Initiativen beschleunigt.

- Die UNCITRAL Working Group V (Insolvency Law) wird im Laufe des Jahres 2021 ein Modellgesetz für ein vereinfachtes Insolvenzrecht für Kleinstunternehmen erarbeitet haben.<sup>9</sup>

---

7 Wessels/Madaus, (Fn. 6), para. 755.

8 Davis et al., (Fn. 4), 46 ff.

9 *Draft model law on the insolvency of micro and small enterprises (MSEs)*, [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/5/insolvency\\_law](https://uncitral.un.org/en/working_groups/5/insolvency_law).

- Die Weltbank hat ihrer Maßstäbe für effiziente Insolvenzregime im April 2021 um Prinzipien für die Handhabung von Kleinstunternehmensinsolvenzen ergänzt.<sup>10</sup>
- Der Internationale Währungsfonds hat im April 2021 ebenfalls ein Diskussionspapier veröffentlicht, das gerade in entwickelten Ökonomien die Einführung eines speziellen Insolvenzregimes für Kleinstunternehmen anregt.<sup>11</sup>

### Kernbestandteile dieser Vorschläge

Die Grundidee all dieser Vorschläge besteht darin, die Sondersituation insolventer bzw. insolvenzbedrohter Kleinstunternehmen speziell dadurch zu adressieren, dass die Grundannahmen des geltenden Insolvenz- und Restrukturierungsrechts zwar beibehalten, für Kleinstunternehmen aber angepasst werden.

- Wichtig ist dabei zunächst der Fokus auf Kleinstunternehmen (Micro and Small Enterprise bzw. „MSE“), der insbesondere das UNCITRAL Modellgesetz sowie die Weltbank-Veröffentlichung prägt. Hier vollzieht sich der Abschied von einem einheitlichen Regelungsansatz für alle kleinen und mittleren Unternehmen („KMU“ oder auch Small and Medium Enterprise bzw. „SME“). Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass die klassischen Mechanismen des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts für Unternehmen mittlerer Größe hinreichend funktionieren.
- Entscheidend ist sodann die übereinstimmende Charakterisierung der Besonderheiten der Insolvenzsituation bei Kleinstunternehmen. Ihnen fehlt typischerweise nicht nur die Masse für eine Fortführungsfinanzierung, sondern auch ein relevanter Restrukturierungsmehrwert, der es für Gläubiger oder auch andere Outsider-Investoren interessant macht, sich überhaupt am Verfahren zu beteiligen („rational creditor/investor apathy“). Zugleich können sie insolvenzspezifische Sachkunde zur Verfahrensführung, insbesondere zum Aufstellen eines Restrukturierungsplans entsprechend der gesetzlichen Vorgaben, weder selbst aufbauen noch einkaufen (Ressourcenknappheit in materieller wie intellektueller Hinsicht). Auch bedarf es einer Lösung, die mit berücksichtigt, dass der jeweilige Kleinunternehmer typischerweise auch persönlich für Geschäftsverbindlichkeiten haftet, sei es als Rechtsträger des Unternehmens oder als dessen persönlich haftender Gesellschafter oder über Bürgschaften, Garantien oder Grundschulden für Unternehmensfinanzierungen.<sup>12</sup>

Die Lösungsideen sind dann keineswegs einheitlich, nähern sich aber an.

- Es bedarf eines schnellen, vereinfachten, flexiblen und kostenbewussten Verfahrens mit Restrukturierungsoption vor dem Hintergrund einer effizienten Liquidation.

---

10 *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, 2021 Edition, available at <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35506>.

11 IMF Staff Discussion Note, *Insolvency Prospects Among Small and Medium Enterprises in Advanced Economies: Assessment and Policy Options*, April 2021, SDN/2021/002, available at <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2021/03/25/Insolvency-Prospects-Among-Small-and-Medium-Sized-Enterprises-in-Advanced-Economies-50138>.

12 Dazu schon Davis et al., (Fn. 4), 143-145.

- Das Verfahren umfasst dabei auch die persönliche Mithaftung des Unternehmers und erlässt diese Schulden im Einklang mit den Geschäftsschulden, sofern der Unternehmer redlich agiert.
- Basis der Verfahren ist ein vereinfachtes Liquidationsverfahren, in welchem dem Unternehmer eine schnelle Schließung des Unternehmens und seine persönliche Entschuldung ermöglicht werden, um einen Neustart zu ermöglichen.
- Als Alternative wird dem fortführungswilligen Unternehmer frühzeitig auch ein vereinfachtes Restrukturierungsplanverfahren angeboten, das in seinen Regeln zum Inhalt und zur Annahme des Plans durch die Gläubiger deren Beteiligungs- und Vetorechte sichert, soweit diese aktiv geltend gemacht werden und wirtschaftlich vernünftig sind. Dieses Verfahren soll nur bei streitigen Plänen bei Gericht stattfinden (hybride Verfahren) und grundsätzlich ohne teuren Verwalter auskommen (debtor in possession). Informelle Sanierungen ohne Gerichtsbeteiligung sollen gefördert werden.

### Modellwirkung des US-Rechts

Inspiziert wurden diese Lösungsideen nicht zuletzt auch durch die Vorreiterrolle des US-Gesetzgebers, der schon vor der Pandemie mit dem Small Business Reorganization Act 2019<sup>13</sup> ein neues Subchapter in den US Bankruptcy Code einführte, der die Besonderheiten der Insolvenz und Restrukturierung kleiner Unternehmen zielgenau adressierte. Erste Erfahrungen zeigen hier ermutigende Ergebnisse.<sup>14</sup>

## D. Handlungsbedarf im deutschen Recht

Schaut man vor dem Hintergrund dieser Ideen auf das deutsche Recht, so muss man feststellen, dass es diesen Standards in keiner Weise gerecht wird.

### Die Insolvenzordnung

Das Unternehmensinsolvenzrecht der Insolvenzordnung (InsO) basiert auf den eingangs skizzierten traditionellen Grundannahmen und wird bei Masselosigkeit des insolventen Unternehmens weder eröffnet (§ 26 InsO) noch fortgeführt (§ 207 InsO). Es findet bei Kleinstunternehmen daher schon oft kein Verfahren statt; eine Restrukturierung ist der absolute Ausnahmefall. Vielmehr wird bei Feststellung der Masselosigkeit stets auf die fehlende Tragfähigkeit des Unternehmens geschlossen. Bei registerpflichtigen Gesellschaften folgt der (gesellschaftsrechtlichen) Liquidation die Löschung im Handelsregister von Amts wegen (§ 394 FamFG).

Das unternehmerische Scheitern hat dabei nicht nur den Verlust des Unternehmens zur Folge. Ohne gleichzeitige Schuldenregulierung der Unternehmensverbindlichkeiten, für die Kleinunternehmer selbst im Fall der Unternehmensgründung über eine haftungsbeschränkte Gesellschaft

---

13 Bill 116s1091 vom 9. April 2019.

14 Siehe etwa Janger, *The U.S. small business bankruptcy amendments: A global model for reform?* Int Insolv Rev. 2020;29:254–266; Kilborn, *Small Business Recovery in the United States under the Small Business Reorganization Act of 2019*, Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring 1 / 2021.

in der Regel über Bürgschaften, Garantien und Grundpfandrechte mit ihrem Privatvermögen mitlasten, folgt der Unternehmensinsolvenz oft die Privatinsolvenz des Unternehmers. De facto wird so die Unternehmensinsolvenz zur Privatinsolvenz und damit in ein Regelungsgebiet verschoben, das mit seinen zweigeteilten Regeln zum Privatinsolvenzverfahren (§§ 304 ff. InsO) und zum anschließenden Restschuldbefreiung (§§ 286 ff. InsO) hierauf nicht ausgerichtet ist, da es regulatorisch Verbraucherinsolvenzen im Blick hat.

Dabei stellt sich das Privatinsolvenzverfahren in Deutschland keineswegs als vereinfachtes Insolvenzverfahren im Sinne der vorgenannten Initiativen dar; es ist vielmehr besonders hürdenreich. Während der Verfahrensablauf einer Privatinsolvenz seit einer Reform im Jahr 2014 dem Regelinsolvenzverfahren angeglichen wurde, also keine Vereinfachungen (mehr) beinhaltet, ist der Zugang zum Verfahren durch die Notwendigkeit einer Schuldnerberatung und eines außergerichtlichen Schuldenbereinigungsversuchs (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO) und der Option eines gerichtlichen Schuldenbereinigungsversuchs (§ 306 InsO) sogar komplizierter, zeitaufwendiger und kostspieliger als bei einer Unternehmensinsolvenz.

Zugleich hat die jüngste Reform der Restschuldbefreiung zum 1.1.2021 nichts daran geändert, dass eine Restschuldbefreiung nicht schon mit der Beendigung des Insolvenzverfahrens erfolgt, sondern frühestens nach Ablauf einer weiteren Wohlverhaltensperiode von drei Jahren, sofern der Schuldner sich hier pflichtgemäß verhält. Die Verwertung des pfändbaren Vermögens allein genügt also nach wie vor nicht, um einen Neustart zu erhalten. Wirklich besorgniserregend ist die Situation, wenn der Unternehmer nicht zum ersten Mal bzw. ein weiteres Mal scheitert. § 287a Abs. 2 Nr. 1 InsO bestimmt dann, dass einem Schuldner, dem binnen der letzten elf Jahre eine Restschuldbefreiung erteilt wurde, keine erneute Restschuldbefreiung in Aussicht gestellt werden kann. Eine Härtefallklausel, etwa für Pandemieopfer, existiert nicht. Gerade in dieser Regel wird deutlich, dass der Gesetzgeber Verbraucher und deren Konsumverhalten im Blick hat, wenn er Restschuldbefreiungsregeln schafft, nicht aber scheiternde Unternehmer.

## Das StaRUG

Das zum 1. Januar 2021 neu geschaffene Gesetz zur Stabilisierung und Restrukturierung von Unternehmen (StaRUG) hat hieran wenig ändern können. Auch dieses Gesetz enthält kein Sonderregime für Kleinstunternehmen. Wegen der Komplexität seiner Regeln wird verbreitet bezweifelt, dass es für diese Unternehmensgröße überhaupt von Nutzen sein kann.<sup>15</sup> Die bisher wenigen Verfahren betrafen andere Unternehmensgrößen. Die spezifischen Bedingungen bei Kleinstunternehmen werden durch das StaRUG jenseits der nur punktuellen Gerichtseteiligung nicht adressiert.

Immerhin enthält es mit der Option einer vertraulichen Sanierungsmoderation in den §§ 94 ff. StaRUG eine außergerichtliche Beratungs- und Mediationshilfe, die so kostengünstig und gerichtsfern ist, dass sie auch Kleinstunternehmen helfen könnte.<sup>16</sup> Allerdings beschränkt sich die Wirkung der Moderation eben auf eine gerichtlich vermittelte Beratung und Verhandlungsunterstützung. Die Bindung ablehnender Gläubiger erlaubt sie nicht. Ihr Unterstützungseffekt ist insofern eher begrenzt.

---

15 Ausführlich Smid, NZI Beilage 1/2021, 64-66; kritisch auch Haarmeyer, Lissner, Rombach, ZInsO 2021, 368 (370); Seagon, NZI Beilage 1/2021, 12 (14).

16 Hoegen, NZI Beilage 1/2021, 59 (60).

## Das COVInsAG

Die insolvenzrechtliche Sondergesetzgebung zur Pandemiebekämpfung (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz oder auch COVInsAG) hat Kleinstunternehmen wenig geholfen. Die Aussetzung der Insolvenzantragspflichten dürfte in diesem Segment, soweit es hier überhaupt Antragspflichten gibt (GmbH, UG haftungsbeschränkt), nur geringe Effekte erzielt haben, da die Feststellung des Eintritts der materiellen Insolvenz in der Regel eine fortlaufend aktualisierte Finanzplanung voraussetzt, die beratungs- und damit kostenintensiv ist und von Kleinstunternehmen in der Praxis selten geleistet werden kann. Zugleich ist der erleichterte Zugang zu Verfahrensformen der InsO und des StaRUG für Kleinstunternehmen nach wie vor kaum sinnvoll, solange sie in diesen Verfahren weiter auf die traditionellen Mechanismen stoßen, deren Grundannahmen ihre Besonderheiten nicht erfassen.

Die fehlende Motivation zu Eigenanträgen wird in der Pandemie durch das Ausbleiben der sonst erfolgenden Fremdanträge von Finanzämtern und Sozialversicherungsträgern begleitet. Diese staatlichen Gläubiger haben seit März 2020 die Insolvenzantragstellung wegen offener Steuer- und Betragsforderungen weitgehend suspendiert. Folgerichtig erfolgt der Marktaustritt von Kleinstunternehmen seither oft „still“, also ohne Insolvenzverfahren. Die Insolvenzstatistik zeigt geringere Fallzahlen als vor der Pandemie. Nachholeffekte im Sinne einer „Insolvenzwellen“ dürften daher erst zu erwarten sein, wenn gerade staatliche Gläubiger wieder Fremdanträge stellen.

## E. Benchmarks und Regelungsideen für den Reformgesetzgeber

Die aufgezeigten Defizite des deutschen Insolvenz- und Restrukturierungsrechts sollten anhand der Regelungsvorschläge der internationalen Organisationen möglichst zeitnah beseitigt werden. Hierzu sind Reformen in mehreren Bereichen einzuleiten.

### Ein spezifisches Regime für Kleinstunternehmen in der Krise

Die Reform sollte dabei im Ausgangspunkt auf der Erkenntnis basieren, dass die Regeln der InsO und des StaRUG für einen numerischen Großteil der Unternehmen in Deutschland – Kleinstunternehmen – schon prinzipiell nicht funktionieren. Es genügt also nicht, nur darüber nachzudenken, wie man die erhebliche Zahl der mangels Masse nicht eröffneten Verfahren über Kleinstunternehmen verringert, etwa durch eine (staatliche) Finanzierung solcher Verfahren.<sup>17</sup> Der Zugang zu gerichtlichen Verfahren hilft wenig, wenn die dort greifenden Mechanismen bei Kleinstunternehmen nicht funktionieren. Es bedarf daher auch eines speziellen Verfahrensregimes, das auf die Besonderheiten der Insolvenz von Kleinstunternehmen (viele Verfahren, rationale Passivität, kaum Restrukturierungsmehrwert, kaum externe Beratung, Fokus auf die Unternehmerpersönlichkeit) eingeht. Ein unter diesen Sonderbedingungen effizientes Liquidationsverfahren muss dabei eine praxistaugliche Restrukturierungsoption erhalten, die ggf. auch isoliert vorgeschaltet werden kann; Anpassungen im StaRUG würden dieses vorgeschaltete Restrukturierungsverfahren aufnehmen können.

---

17 Dazu etwa Van Dijck, *How to Fund Assetless Estates in Insolvency? Assessing European Funding Mechanisms*, ECFR 2014, 135-158.

Die wesentlichen Instrumente und institutionellen Voraussetzungen eines besonderen Insolvenz- und Restrukturierungsrechts für Kleinstunternehmen müssen nicht neu erfunden werden. Sie sind in Ausführlichkeit wissenschaftlich erarbeitet worden<sup>18</sup> und können inzwischen einem neuen UNCITRAL Modellgesetz entnommen werden. Die Darstellung der Einzelheiten würde den Rahmen dieser Expertise sprengen, kann aber gern gesondert erfolgen. Für den deutschen Gesetzgebungsprozess ist zudem darauf hinzuweisen, dass das BMJV aktiv an den Verhandlungen zum UNCITRAL Modellgesetz beteiligt ist, sodass Fachwissen aus erster Hand für den Gesetzgeber verfügbar ist.

### Ein spezifisches Regime für die scheiternde Unternehmerpersönlichkeit

Die Reform muss die Sicherung unternehmerischer Potenziale unter den Erwerbstätigen in den Fokus nehmen. Hierzu gehört nicht nur ein effizientes Sanierungsangebot, sondern auch die Möglichkeit der Beendigung eines gescheiterten Projekts zugunsten einer neuen Idee. Die insolvenzrechtliche Abwicklung des Unternehmens muss daher stets auch die persönliche Mithaftung der Unternehmerpersönlichkeit für die Projektfinanzierung mit erfassen und eine parallele Entschuldung ermöglichen, um einen Neustart zu garantieren. Kreativität und Erfahrung, die ja gerade auch aus dem Scheitern heraus entsteht, wird so unmittelbar wieder in den Wirtschaftskreislauf eingebracht und nicht in die Schattenwirtschaft abgedrängt. Erfahrungen in anderen Rechtsordnungen, insbesondere in Großbritannien, zeigen, dass eine schnelle Entschuldung keineswegs zu einem Erodieren der Zahlungsmoral führt, sondern Unternehmertum stärkt. Lediglich kriminelles Verhalten sollte den Neustart verhindern können.

Hierzu sind vor allem zwei Regelungsaspekte wichtig:

- Die Restschuldbefreiung des scheiternden Unternehmers sollte bereits Teil und unmittelbare Rechtsfolge der Insolvenz seines Unternehmens sein. Der Abschluss der Verwertung des Unternehmensvermögens wie auch des mithaftenden Privatvermögens sollte hierzu idealerweise in einem Verfahren erfolgen. Beim Kaufman und Solo-Selbständigen ist dies aufgrund der Identität des Rechtsträgers garantiert; bei der Gesellschaftsinsolvenz wäre dieser Gleichklang durch eine Konsolidierung zu erzeugen. Mit dem Abschluss des Insolvenzverfahrens sollte dann nicht nur das Unternehmen beendet und so dem Haftungszugriff der Gläubiger entzogen sein, sondern auch der Unternehmer. Es bedarf also einer sofortigen Restschuldbefreiung. Der damit im Vergleich zur geltenden Rechtslage einhergehende Verlust der Leistungen aus pfändbarem Einkommen in der Wohlverhaltensperiode von drei Jahren, der angesichts des oft fehlenden pfändbaren Einkommens und der zu deckenden Verfahrenskosten für den einzelnen Gläubiger in der Regeln ohnehin kaum spürbar ist, dürfte im Interesse des schnellen Neustarts des Unternehmers und der Entlastung der Gerichte mit Restschuldbefreiungsverfahren von Unternehmern akzeptabel sein. Für die seltenen Ausnahmefälle mit relevanten Einkommen sind Sonderregeln ebenso denkbar wie für kriminell agierende Unternehmer.
- Die sofortige Restschuldbefreiung sollte unter diesen Voraussetzungen auch bei mehrmaligem Scheitern zur Verfügung stehen. Unternehmerisches Handeln ist – anders als die Konsumverschuldung – vom Eingehen unternehmerischen Risikos geprägt. Auch kann es in einer Marktwirtschaft nicht nur Gewinner im Wettbewerb geben. Wer ausscheidet,

---

18 Davis/Madaus/Mazzoni/Mevorach/Mokal/Romaine/Sarra/Tirado, *Micro, Small, and Medium Enterprise Insolvency, A Modular Approach*, Oxford University Press 2018, 151 ff.

sollte es mit seinen Erfahrungen erneut versuchen dürfen. Eine Sperrfrist von elf Jahren wird den Bedürfnissen unternehmerischen Denkens und Risikos nicht gerecht. Sie mag für Verbraucher eine gewisse moralische Berechtigung haben und daher von Teilen der Wirtschaft politisch erzwungen worden sein. Für im Wettbewerb gescheiterte Unternehmer ist eine solche Berechtigung nicht zu erkennen. Dies gilt umso mehr, wenn das Auscheiden aus externen Ursachen herrührt.

### Die Bewältigung der Pandemie- und Hochwasserfolgen als „Regulatory Sandbox“

Die Erarbeitung und politische Umsetzung der hier skizzierten Insolvenzrechtsreform für Kleinunternehmen scheint angesichts der gerade abgeschlossenen Umsetzung der Restrukturierungs- und Insolvenzrichtlinie<sup>19</sup> in den Reformgesetzen zur Restschuldbefreiung<sup>20</sup> und zur Insolvenz- und Restrukturierungsrechtsreform (SanInsFoG)<sup>21</sup> als isoliertes Vorhaben aktuell vielleicht wenig aussichtsreich. Politischer Rückenwind wird aber sicher im Hinblick auf die notwendige Bewältigung der Folgen der Pandemie und der Hochwasserschäden entstehen. In beiden Fällen sind es primär Kleinunternehmen, die in großer Zahl betroffen sind.

Es kann sich insofern anbieten, die neuen Regeln zunächst als COVID-19-/Hochwasser-Maßnahme zeitlich beschränkt in Kraft zu setzen, um die Sonderlasten aus der Pandemie und dem Hochwasser zu bewältigen. Auf diese Weise wäre es zugleich möglich, die Auswirkungen der neuen Regeln auf die Beteiligten, insbesondere auf Kreditgeber und öffentliche Gläubiger, aber auch auf Arbeitnehmer, zu erproben.

Als Vorbild kann hier der französische Gesetzgeber dienen, der zur Bewältigung der Pandemiefolgen am 27. Mai 2021 zeitlich begrenzt (zwei Jahre) auch ein vereinfachtes Insolvenzverfahren für Kleinunternehmen als eine der Unterstützungsmaßnahmen einführte.<sup>22</sup> Dieses steht zahlungsunfähigen Unternehmen zur Verfügung, die weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigen und weniger als 3 Millionen Euro an Verbindlichkeiten haben. Interessant ist dabei insbesondere die Möglichkeit, ohne Zustimmung der betroffenen Gläubiger zum Plan zwar keinen Schuldenschnitt, wohl aber eine Stundung von bis zu 10 Jahren vorsehen zu können, wobei erst ab dem dritten Jahr jährlichen Ratenzahlungen von 8% auf die gestundeten Forderungen erfolgen müssen. Rationale Passivität hindert also keine Schuldenregulierung, selbst wenn der Plan keine Entschuldung erreichen kann.

---

19 Richtlinie (EU) 2019/1023 vom 20.06.2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl. v. 26.06.2019, L 172/18.

20 BGBl. 2020 I, 3328.

21 BGBl. 2020 I, 3256.

22 Loi sur la gestion de sortie de crise sanitaire vom 27. Mai 2021.

## F. Zusätzliche staatliche Restrukturierungsanreize

Die Restrukturierung der Schuldenlast, insbesondere aus Pandemie- und Hochwasserfolgen, kann durch spezifisches staatliches Handeln positiv beeinflusst werden.

### Rechtssichere Maßstäbe zur Zustimmung öffentlicher Gläubiger zu Restrukturierungsplänen

Auf Bundes- und Landesebene sollten die maßgeblichen Stellen vor allem sicherstellen, dass die gesetzgeberischen Bemühungen um eine Unterstützung kleiner Unternehmen in Krise und Insolvenz nicht durch die Verweigerungshaltung öffentlich-rechtlicher Gläubiger in den jeweiligen Entscheidungsprozessen konterkariert werden. Behördenvertreter, die mit einem Restrukturierungsplan konfrontiert werden, sollten wissen, ob und nach welchen Kriterien sie einer Schuldenregulierung zustimmen dürfen, die einen Verzicht oder auch nur die Stundung von Steuerforderungen oder anderen öffentlich-rechtlichen Forderungen vorsieht. Leider fehlen hierzu bislang gesetzliche Regelungen jenseits allgemeiner Billigkeitstatbestände. Verwaltungsmäßig gibt das BMF nur Kriterien für die Entscheidung über einen Einigungsversuch zur außergerichtlichen Schuldenbereinigung (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO) vor.<sup>23</sup>

Dem jeweiligen Sachbearbeiter bei der Krankenkasse, im Finanzamt oder einer sonstigen Behörde fehlt so oft die explizite Handlungsbefugnis sowie der klare Maßstab, anhand dessen zu entscheiden ist, ob einem Planangebot auf Herabsetzung oder Stundung offener Forderung zugestimmt werden kann. Idealerweise sollten die Zustimmungsanforderungen gesetzlich vorgegeben sein, etwa anhand der Maßstäbe, die der EuGH<sup>24</sup> für den Erlass von Umsatzsteuerforderungen entwickelt hat. Danach ist ein Verzicht zulässig, wenn

- der Mitgliedstaat nach dem Verfahren aufgrund der Insolvenzsituation des Unternehmens seine Umsatzsteuerforderung nicht (auch nicht in einem Insolvenzverfahren) zu einem größeren Anteil befriedigen kann und
- der Mitgliedstaat die Möglichkeit hat, gegen einen Vorschlag auf teilweise Befriedigung zu stimmen, und
- der Mitgliedstaat die Möglichkeit hat, gegen die Bestätigung des Vorschlags auf teilweise Befriedigung durch das Gericht einen Rechtsbehelf einzulegen.

Eine noch berechenbarere Handhabung des Plans durch die öffentliche Hand wäre natürlich wünschenswert. Hierzu würde es noch konkretere Maßstäbe bedürfen.

- Denkbar wäre etwa eine automatische Zustimmung der Gläubiger bestimmter öffentlich-rechtlicher Forderungen zu einem Restrukturierungsplan, wenn dieser Plan deren Forderungen genauso behandelt wie die Gläubigergruppe gleichen Ranges, in Deutschland nicht nachrangigen Insolvenz- oder Restrukturierungsgläubigern, die dem Plan aktiv zugestimmt hat. Die Gleichbehandlung mit gleichrangigen privaten Gläubigern hätte dann zur Folge, dass die Zustimmung dieser Gruppe die Gruppen der öffentlichen Gläubiger

---

23 BMF Schreiben vom 27.1.2021, BStBl. 2021 I, 132.

24 EuGH (Urt. v. 7.4.2016 – C-546/14, *Degano Trasporti*, ECLI:EU:C:2016:206.

kraft gesetzlicher Anordnung mit an den Plan bindet. Einer gesonderten behördlichen Entscheidung würde es nicht mehr bedürfen.

- Eine automatische Bindung kann ggf. auch mit einem zusätzlichen Anreiz verbunden werden, um den privaten Gläubigern gerade bei Kleinstunternehmen einen positiven Anreiz zu geben, dem vorgeschlagenen Plan zuzustimmen statt rational passiv zu bleiben. Dieser Anreiz würde darin liegen, dass die Forderungen der öffentlichen Hand nicht nur zwangsweise gebunden, sondern auch in berechenbarer Weise schlechter behandelt werden als die Forderungen aktiv zustimmender privater Gläubiger gleichen Ranges. So könnte eine Erlassregelung im Plan die Gruppe öffentlicher Forderungen z.B. um 10% härter treffen; eine Stundung würde 10% länger dauern. Dieser Zuschlag („continuation premium“) würde das öffentliche Interesse des Staates an der Restrukturierung fortführungswilliger und –fähiger kleiner Unternehmen repräsentieren.<sup>25</sup> Die Erwartung dieses Zuschlags motiviert dann nicht nur den Schuldner, sondern auch dessen Gläubiger zur Planzustimmung.

### Steuerliche Anreize zur Restrukturierung kleiner Unternehmen

Positive Anreize zur Überwindung der rationalen Passivität der Gläubiger kleiner Unternehmen können auch mit anderen steuerlichen Hilfen erzeugt werden. Essenziell ist insofern zunächst die Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen, die in Deutschland derzeit weitgehend gesichert scheint (§ 3a EStG).<sup>26</sup> Auch sollten steuerliche Verlustvorträge durch die Restrukturierung erhalten bleiben können.<sup>27</sup> Darüber hinaus könnte bei der Gestaltung staatlicher Unterstützungsmaßnahmen, insbesondere im Rahmen der Behandlung von Pandemie- oder Hochwasserfolgen, auch eine besondere Steuergutschrift für an der Restrukturierung aktiv beteiligte Gläubiger eingeführt werden. Gläubiger, die freiwillig Einbußen in ihren Forderungen hinnehmen, würde so nicht nur die sich hieraus ergebenden Abschreibungen, sondern auch einen gesetzlich beschriebenen Bonus steuerlich geltend machen dürfen.<sup>28</sup>

## G. Eigenkapitalhilfen der öffentlichen Hand

Ein Ansatz, der parallel zur Reform des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts wirken würde, liegt in der direkten finanziellen Unterstützung von kleinen und Kleinstunternehmen.

Direkte finanzielle Unterstützungsmaßnahmen sind bislang im Verlauf der Pandemie in verschiedenen Formen und Ausgestaltungen angeboten worden. So finden sich nicht rückzahlbare Hilfen

---

25 So die Idee bei Blanchard/Philippon/Pisani-Ferry, *A New Policy Toolkit Is Needed as Countries Exit COVID-19 Lockdowns*, Policy Brief 20-8, Peterson Institute for International Economics, Washington, DC, S. 9. Sie findet sich auch in Rn. 41 der IMF Staff Discussion Note, (Fn. 11).

26 Siehe etwa Hölzle, *Die Sanierung des Insolvenzsteuerrechts – oder: Die Besteuerung von Sanierungsgewinnen*, ZIP 2020, 301; Schmittmann, *Die insolvenzrechtliche Einordnung der durch Schuldenerlass im Insolvenzplanverfahren entstehenden Ertragsteuer*, DZWIR 2019, 151.

27 So die IMF Staff Discussion Note, (Fn. 11), Rn. 41.

28 So wiederum die IMF Staff Discussion Note, (Fn. 11), Rn. 41.

(Überbrückungshilfen, Nothilfen, Dezemberhilfen, aber faktisch auch durch Kurzarbeitergeld) ebenso wie staatliche Kredite (KfW-Unternehmerkredit, KfW-Sofortkredit, KfW-Konsortialfinanzierung) und staatliche Garantien für private Kredite. Diese Maßnahmen sollen sicherstellen, dass Unternehmen trotz ausbleibender oder sinkender Umsätze zahlungsfähig bleiben, bis pandemiebedingte Beschränkungen überstanden sind. Ihr Ziel ist es, Liquiditätsengpässe zu überbrücken.

Kleine und Kleinstunternehmen profitieren dabei faktisch nur von den Zuschüssen, soweit sie nach den jeweiligen Hilfskriterien Zugang zu ihnen haben. Die Aufnahme von Krediten ist ihnen angesichts einer sehr begrenzten Schuldentragfähigkeit selten möglich. Hier drohen unmittelbar die Überschuldung und damit die materielle Insolvenz.<sup>29</sup> Auch staatliche Garantien helfen da, so sie denn überhaupt zur Verfügung stehen, nicht.

### Eigenkapitalhilfen durch den Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WSF)

Soll die Gewährung rückzahlbarer Liquiditätshilfen ohne negative Auswirkungen auf den Verschuldungsgrad erfolgen, so bedarf es der Zuführung von Eigenkapital. Diese Unterstützungsform sehen die deutschen Coronahilfen derzeit allein über den WSF vor, aus dem heraus Rekapitalisierungen unter der Schirmherrschaft des BMWi und des BMF finanziert werden. Prominentestes Beispiel einer solchen Maßnahme war die Übernahme von 20 Prozent der Anteile der Lufthansa durch den Bund im Rahmen einer Kapitalerhöhung im Juni 2020.

### Risiken echter Eigenkapitalbeteiligungen an Kleinunternehmen

Die Hilfen des WSF stehen kleinen Unternehmen nicht zur Verfügung, da sie die in § 16 Abs. 2 Stabilisierungsfondsgesetz (StFG) genannten Schwellenwerte nicht erreichen. Eine schlichte Herabsetzung dieser Schwellenwerte scheint schwierig, da Eigenkapitalmaßnahmen in kleineren Unternehmen gewisse Risiken mit sich bringen, die an die damit verbundene Gesellschafterstellung anknüpfen:

- Die Übernahme von Eigenkapital in Personengesellschaften erzeugt typischerweise ein Mithaftungsrisiko (vgl. § 128 HGB), das in gewissem Maße auch in haftungsbeschränkten Personengesellschaften besteht (etwa der KG oder der stillen Beteiligung), und daher für den Staat unattraktiv ist.
- Viele Kleinstunternehmer betreiben ihr Unternehmen nicht in der Rechtsform einer Gesellschaft.
- Die Übernahme einer Gesellschafterstellung bei gleichzeitiger Gewährung von Fremdkapital führt zu Nachteilen in der Insolvenz der Gesellschaft, da nun auch die Ansprüche aus dem Fremdkapital nachrangig sind (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) und Rückzahlungen sowie Besicherungen anfechtbar sind (§ 135 InsO). Dies gilt allerdings nicht, wenn die Kreditvergabe über staatliche Förderbanken organisiert wird (§ 39 Abs. 1 Satz 2 InsO).
- Der Einstieg in die Gesellschafterrolle unterliegt den gesellschaftsrechtlichen Zustimmungserfordernissen und Formalien. Er kann also insbesondere im Fall einer ablehnenden Sperrminorität nicht erzwungen werden.
- Der Ausstieg aus der Gesellschafterstellung ist bei kleinen Unternehmen nicht über einen organisierten Markt möglich.

---

29 IMF Staff Discussion Note, (Fn. 11), Rn. 26.

- Das Management einer Vielzahl von Gesellschafterpositionen in kleinen Unternehmen kann durch den Staat kaum pflichtgemäß geleistet werden. Damit wird auch die Corporate Governance in diesen Unternehmen (z.B. die Überwachung der Geschäftsführung, die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen) erschwert.

Die Gewährung von Eigenkapital würde zudem wie die weitere Gewährung von Zuschüssen mit dem EU-Beihilferecht in Einklang zu bringen sein, handelt es sich doch um staatliche Beihilfen (Art. 107 AEUV). Coronahilfen wurden von der EU-Kommission bislang zwar großzügiger, aber dennoch nur in begrenztem Umfang genehmigt.<sup>30</sup>

Erscheinen also Eigenkapitalinvestitionen der öffentlichen Hand in Kleinunternehmen wenig praktikabel, so kann der Ausweg für diese Unternehmensgröße auch kaum mit Blick auf private Investoren gefunden werden.<sup>31</sup> Diese unterliegen zwar nicht den beihilferechtlichen Beschränkungen, sehen sich aber allen anderen negativen Anreizen ausgesetzt. Ein hinreichend robuster Eigenkapitalmarkt existiert für diese Unternehmensgrößen nicht.

## H. Fremdkapitalorientierte Hilfen der öffentlichen Hand

Geht man mithin von einer unzureichenden Durchführbarkeit echter Eigenkapitalhilfen bei kleinen und Kleinstunternehmen aus, so sollte die Passivseite der Bilanz mit Hilfsinstrumenten im Bereich des Fremdkapitals adressiert werden.

### Eigenkapitalähnliche Hilfen („quasi equity injections“)

Aufgrund der aufgezeigten Risiken ist eine Lösung vorzugsweise so zu konstruieren, dass die Hilfen ohne die Übernahme einer Gesellschafterposition gewährt werden und gleichzeitig deren Rückzahlbarkeit sichergestellt ist, ohne dass hierdurch eine Fremdkapitalposition in der Bilanz entsteht, die den Verschuldungsgrad des Unternehmens erhöht. Die IMF Discussion Note spricht insofern von „quasi equity injections“.<sup>32</sup> Damit sind im Kern Kredite gemeint, die aufgrund ihres vereinbarten Nachrangs in der Überschuldungsbilanz nicht als Fremdkapital erscheinen.<sup>33</sup>

- In Deutschland ist diese Form des Kredits etabliert. Die §§ 19 Abs. 2 Satz 2, 39 Abs. 2 InsO definieren dabei den erforderlichen Nachrang, also den Rücktritt hinter die nach § 39 InsO nachrangigen Forderungen. Auch der WSF stellt solche Nachrangdarlehen als Rekapitalisierungsmaßnahme zur Verfügung.

---

30 Siehe [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases\\_de](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases_de).

31 So aber Gray, *A Tsunami of Unsustainable Debt: The Case for an Equity Solution*, 18 Int Corp Rescue 7, 134 (135).

32 IMF Staff Discussion Note, (Fn. 11), Rn. 21.

33 „Profit participation loan“, siehe IMF Staff Discussion Note, (Fn. 11), Rn. 22.

- Die Aufnahme eines Nachrangdarlehens sollte in der Regel als Geschäftsführungsmaßnahme möglich sein, ohne dass eine Beschlussfassung der Gesellschafter mit qualifizierter Mehrheit erforderlich wird.
- Der Nachrang hat in der Insolvenz des Unternehmens naturgemäß den Nachteil, dass eine Rückzahlung ausgeschlossen ist. Wie bei der Eigenkapitalgewährung übernimmt der Staat also das Insolvenzrisiko des Unternehmens.

Geht man mithin von einer Umsetzbarkeit solcher Hilfen in Deutschland aus, so ist weiter die Frage zu beantworten, welche Unternehmen diese Kapitalzuflüsse erhalten sollen. Die Rekapitalisierung über den WSF erfolgt insoweit über eine Einzelfallentscheidung des BMWi, bei großen Volumina des interministeriellen WSF-Ausschusses, auf Antrag des jeweiligen Unternehmens. Diese Form der Entscheidungsfindung scheint bei kleineren Unternehmen schon aufgrund der theoretisch denkbaren Zahl an Antragsstellern nicht praktikabel.

Eine möglichst unbürokratische Hilfe sollte zudem die besonderen Bedingungen in kleinen, von der Pandemie oder Hochwasserschäden betroffenen Unternehmen berücksichtigen, denen eine formgerechte Antragstellung mit allen Nachweisen in der Regel nur mithilfe des Steuerberaters möglich ist. Insofern dürfte es naheliegen, die Steuerung der Hilfen über die Finanzverwaltung zu organisieren.

Die IMF Discussion Note<sup>34</sup> enthält die Idee, die Fördersumme nicht als Nachrangdarlehen, sondern als Zuschuss zu gewähren, der dann in Form einer höheren Besteuerung des Empfängers in den Folgejahren „zurückbezahlt“ wird. Der Vorteil dieser Gestaltung liegt in der Umgehung gesellschafts- oder vertragsrechtlicher Konstruktionen. Stattdessen sind steuerrechtliche Sondervorschriften einzuführen. Zugleich kann die Zielgenauigkeit der Hilfen über das in der Finanzverwaltung vorhandene Wissen über die Pandemiebetreffenheit sichergestellt werden.<sup>35</sup> Die richtige Allokation staatlicher Hilfe wäre so sichergestellt. Wie beim Nachrangdarlehen trägt auch hier der Staat das Risiko des Verlustes des Zuschusses im Fall der Insolvenz des Empfängers.

### Hilfen zur Rekapitalisierung kleiner Unternehmen durch Reduzierung des Fremdkapitals

Die Notwendigkeit staatlicher Liquiditätshilfen dürfte allerdings mit dem Auslaufen pandemiebedingter Beschränkungen des Wirtschaftslebens in der Regel entfallen. In der Phase des Rückkehr zur neuen wirtschaftlichen Normalität wird die Herausforderung an das staatliche Handeln eher darin liegen, den durch Stundungen und Kredithilfen erhöhten Verschuldungsgrad von Unternehmen zu adressieren. Ein Herauswachsen aus den Schulden wird hier nicht allen Unternehmen möglich sein. Ähnlich wie nach LBO-Transaktionen, also einer mit hohem Fremdkapitalanteil finanzierten Unternehmensübernahme (leveraged buyout), wird selbst ein funktionierendes Geschäftsmodell nicht selten zu wenig Rendite erwirtschaften, um die nun notwendigen Zins- und Tilgungsleistungen zu erbringen. Auch steht zu befürchten, dass Investitionen aus diesem Grund nicht mehr finanzierbar sind und Unternehmen an Wettbewerbsfähigkeit verlieren.

---

34 IMF Staff Discussion Note, (Fn. 11), Rn. 22.

35 Das ‚proper targeting of fiscal interventions‘ ist gerade bei Hilfen für Kleinunternehmen bedeutsam – siehe Kalemli-Ozcan/Gourinchas/Penciakova/Sander, *COVID-19 and SME Failures*, IMF Working Paper WP/20/207.

Mittleren und großen Unternehmen hilft in dieser Situation das etablierte Insolvenz- und Restrukturierungsrecht. Die Entschuldung eines rentablen Geschäftsmodells (die finanzielle Restrukturierung) ist Standardrepertoire dieses Rechtsgebiets. Sie wurde durch die außerinsolvenzlichen Restrukturierungshilfen des StaRUG zum 1.1.2021 für diese Unternehmen weiter erleichtert.

Kleinen und Kleinstunternehmen bieten diese Rechtsgebiete aus den eingangs aufgezeigten Gründen hingegen keine taugliche Hilfe. Bei ihnen ist die Entschuldung daher nur denkbar, wenn der Gesetzgeber aktiv wird. Ansonsten wird ihre nicht tragbare Schuldenlast nach der Liquidation des Unternehmens und der Restschuldbefreiung des Unternehmers unter hohen Verfahrenskosten abgeschrieben. Effizientere Lösungen sind hier notwendig und möglich:

- Das Insolvenz- und Restrukturierungsrecht ist nach den im ersten Teil dieses Berichts aufgezeigten Grundsätzen durch ein Sonderrecht für kleine Unternehmen zu ergänzen. Regelungsvorbilder finden sich im UNCITRAL Modellgesetz, aber auch im US Small Business Reorganization Act 2019 oder dem französischen Sondergesetz zur Bekämpfung der Pandemieverschuldung bei kleinen Unternehmen.
- Daneben könnte erwogen werden, die Verhandlungen über die Zahlungsmodalitäten und Restrukturierung von Forderungen aus Miet-, Pacht- und Verbraucherverträgen nach Art. 240 EGBGB durch ein gesetzliches Schlichtungsverfahren zu unterstützen. Der englische Gesetzgeber hat ein solches „arbitration scheme“ im Juni 2021 für gestundete Mietverbindlichkeiten vorgeschlagen.
- Unabhängig von formalen, Ressourcen beanspruchenden Verfahren kann eine Restrukturierung von Steuerforderungen zur Rekapitalisierung kleiner Unternehmen vorgesehen werden. So könnte man Steuerforderungen, die aufgrund der Pandemie im vereinfachten Verfahren gestundet wurden bzw. deren Vollstreckung aufgeschoben wurde,<sup>36</sup> auf Antrag des Steuerschuldners in Nachrangdarlehen mit standardisierter Laufzeit und Verzinsung<sup>37</sup> umgewandelt werden. Statt einer Endfälligkeit könnte hier auch die Option einer Ratenzahlung zur Verfügung gestellt werden. Die Zielgenauigkeit der Hilfe wäre dadurch gesichert, dass das Finanzamt schon im Rahmen der Entscheidung über die Stundung bzw. den Vollstreckungsaufschub die unmittelbare und nicht unerhebliche negative wirtschaftliche Betroffenheit des Steuerpflichtigen geprüft hat.
- Theoretisch denkbar wäre es auch, die gestundeten Forderungen durch gesetzliche Anordnung zu erlassen.<sup>38</sup> Die Passivseite der Unternehmensbilanz würde so unmittelbar entlastet. Während des Verfassungsrecht den entschädigungslosen Erlass privater Forderungen nur bei deren Wertlosigkeit zulässt und eine solche Wertlosigkeit nicht pau-

---

36 Dazu das BMF-Schreiben vom 18. März 2021.

37 Die diesbezügliche Idee eines „profit participation loan“ würde insofern als Option beinhalten, dass die Verzinsung zumindest teilweise an die Gewinnerzielung durch das geförderte Unternehmen anknüpft, sodass das Downside-Risk des Staates durch ein Upside-Risk kompensiert würde, siehe IMF Staff Discussion Note, (Fn. 11), Rn. 22. Zwingend ist eine solche Gestaltung nicht.

38 So der Vorschlag von Van Zwieten/Eidenmüller/Sussman, *Bail-outs and Bail-ins are better than Bankruptcy: A Comparative Assessment of Public Policy Responses to COVID-19 Distress*, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 535/2020, August 2020, S. 24 ff (,bail-in option’).

schal anzunehmen sein wird, dürfte der Erlass öffentlich-rechtlicher Forderungen mit ungewissem Wert diesen Beschränkungen nicht unterliegen. Der Erlass von Umsatzsteuerverbindlichkeiten wäre allerdings an europarechtlichen Vorgaben zu messen.

### Hilfsbedürftigkeit und Fortführungsfähigkeit kleiner Unternehmen

Ein besonderer Test der Fortführungsfähigkeit der Unternehmen erfolgt derzeit bei staatlichen Maßnahmen für kleine Unternehmen nicht. Sie wäre angesichts der Unsicherheit darüber, wie sich die Marktsituation gerade für Branchen entwickelt, die stark von Kontaktbeschränkungen betroffen waren oder sind, auch objektiv kaum möglich.<sup>39</sup> Bei kleinen Unternehmen kommt zudem hinzu, dass deren Erfolg maßgeblich von der Unternehmerpersönlichkeit abhängt und diesbezügliche Prognosen kaum objektiv zu treffen sind. Auch die Bereitschaft privater Investoren zum Einstieg in das Unternehmen ist in diesem Segment daher kein tauglicher Indikator.<sup>40</sup>

Stattdessen sollte – wie bisher – auf die Ertragsfähigkeit des Unternehmens vor der Pandemie abgestellt werden.<sup>41</sup> Daneben könnte die Hilfe sukzessive erfolgen, sodass zunächst die Umwandlung gestundeter Steuerforderungen in Nachrangdarlehen erfolgt, um erst nach Ablauf einer weiteren Testphase am Markt auch Zugang zu neuen Nachrangdarlehen oder zu Zuschüssen gegen höhere Steuersätze zu gewähren, sofern hier eine positive Ertragsentwicklung nachgewiesen werden kann.<sup>42</sup>

All diese Gestaltungen werden zudem als staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 107 AEUV der Genehmigung der EU-Kommission bedürfen.

---

39      Darauf weist auch die IMF Staff Discussion Note, (Fn. 11), in Rn. 23 hin.

40      Siehe IMF Staff Discussion Note, (Fn. 11), Rn. 24.

41      Ebenso für kleine Unternehmen die IMF Staff Discussion Note, (Fn. 11), Rn. 25.

42      IMF Staff Discussion Note, (Fn. 11), Rn. 24 aE.

## Referenzen:

- Olivier Blanchard/Thomas Philippon/Jean Pisani-Ferry, A New Policy Toolkit Is Needed as Countries Exit COVID-19 Lockdowns, Policy Brief 20-8
- Ronald Davis/Stephan Madaus/Alberto Mazzoni/Irit Mevorach/Rizwaan Jameel Mokal/Barbara Romaine/Janis Sarra/Ignacio Tirado, Micro, Small, and Medium Enterprise Insolvency, A Modular Approach, Oxford University Press 2018
- Martin Gray, A Tsunami of Unsustainable Debt: The Case for an Equity Solution, 18 Int Corp Rescue 7, 134
- Hans Haarmeyer/Stefan Lissner/Rolf Rombach, Neues Sanierungsrecht in Deutschland – Fortschritt oder vertane Chance? ZInsO 2021, 368
- Peter H. Hoegen, Die Sanierungsmoderation, NZI Beilage 1/2021, 59
- IMF Staff Discussion Note, Insolvency Prospects Among Small and Medium Enterprises in Advanced Economies: Assessment and Policy Options, April 2021, SDN/2021/002
- Edward Janger, The U.S. small business bankruptcy amendments: A global model for reform? Int Insolv Rev. 2020;29:254–266
- Sebnem Kalemli-Ozcan/Pierre-Olivier Gourinchas/Veronika Penciakova/Nick Sander, COVID-19 and SME Failures, IMF Working Paper WP/20/207
- Jason Kilborn, Small Business Recovery in the United States under the Small Business Reorganization Act of 2019, Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring 1 / 2021
- Christopher Seagon, Coronabedingtes Sonderinsolvenzrecht als Brücke zum StaRUG? NZI Beilage 1/2021, 12
- Stefan Smid, Zugang von KMU zum StaRUG? NZI Beilage 1/2021, 64
- UNCITRAL Working Group V (Insolvency Law), Draft model law on the insolvency of micro and small enterprises (MSEs), [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/5/insolvency\\_law](https://uncitral.un.org/en/working_groups/5/insolvency_law)
- Gijs van Dijck, How to Fund Assetless Estates in Insolvency? Assessing European Funding Mechanisms, ECFR 2014, 135
- Kristin van Zwieten/Horst Eidenmüller/Oren Sussman, Bail-outs and Bail-ins are better than Bankruptcy: A Comparative Assessment of Public Policy Responses to COVID-19 Distress, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 535/2020, August 2020
- Bob Wessels/Stephan Madaus, Rescue of Business in Europe, A European Law Institute Instrument, Oxford University Press 2020
- Worldbank, Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, 2021 Edition, available at <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35506>