

es mit der Vormerkung des Erwerbers belastet ist.⁴⁰⁾ Der Erwerber-Insolvenzverwalter kann jedoch auch die Vormerkung nicht sinnvoll verwerten, weil die Erfüllung des Bauträgervertrages von ihm abgelehnt worden ist und ein Übereignungsanspruch deshalb nicht durchsetzbar ist. Dem Verfahrensziel der Insolvenzordnung, das in einer bestmöglichen Gläubigerbefriedigung liegt, wird dieser Zustand nicht gerecht. Dass der Bauträger-Insolvenzverwalter nicht darauf zu verweisen ist, das Grundstück zu nutzen und von einem Verkauf schlicht abzusehen, ergibt sich daraus, dass die Insolvenzmasse des Bauträgers schnellst- und bestmöglich zu versilbern ist, damit die Insolvenzgläubiger daraus befriedigt werden können. Vor diesem Hintergrund ist beispielsweise auch § 111 InsO zu sehen, der das Interesse an einer schnellen Veräußerung einer Immobilie sogar über den Mieterschutz stellt.

Dem Bauträger/Vormerkungsschuldner muss ein Lösungsrecht zustehen. Sofern kein ausdrücklich normiertes oder vertraglich vereinbartes Lösungsrecht besteht, muss sich ein solches aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) zwingend ergeben. Es wäre treuwidrig, wenn sich der Erwerber-Insolvenzverwalter gegen die Losagung des Bauträger-Insolvenzverwalters wendet, obwohl der Erwerber-Insolvenzverwalter selbst die Erfüllung des Vertrages abgelehnt hat und deshalb ausgeschlossen ist, dass sich aus dem Bauträgervertrag weitere Rechte zugunsten der Insolvenzmasse des Erwerbers ergeben. Es wäre unter keinem Gesichtspunkt sachlich gerechtfertigt, wenn sich der Bauträger-Insolvenzverwalter von dem Vertrag lösen kann, solange der Bauträgervertrag für ihn einen Vertragsvorteil von 1 € ergibt, da er diese Forderung dann gem. § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO im Erwerber-Insolvenzverfahren

anmelden und sich auf diese Weise von der Übereignungsverbindlichkeit und der Vormerkung befreien kann, er jedoch völlig rechtlos gestellt wäre, falls der Bauträgervertrag genau ausgeglichen oder aber für den Bauträger negativ ist.

Nach alledem ergibt sich ein Lösungsrecht des Bauträger-Insolvenzverwalters, wenn der Erwerber-Insolvenzverwalter die Erfüllung abgelehnt hat, dem Bauträger-Insolvenzverwalter kein Lösungsrecht zusteht und ihm die Festhaltung an dem Vertrag nicht zuzumuten ist, insbesondere weil der Übereignungsanspruch vormerkungsgesichert ist und diese Vormerkung einer adäquaten Verwertung des Grundstücks entgegensteht.⁴¹⁾

E. Fazit

Die Anwendung der §§ 103 ff. InsO in der Doppelsolvenz erfordert eine genaue Betrachtung insbesondere des Sinn und Zwecks der jeweiligen Vorschrift sowie der Frage, ob die Rechtsfolgen dem übernommenen Insolvenzrisiko entsprechen. Eine unbesehene Anwendung hat zu unterbleiben. Eine Abwicklung des Vertrages erfolgt nur, wenn beide Insolvenzverwalter die Erfüllung gewählt haben. Wählt kein Teil die Erfüllung, so findet überhaupt keine Abwicklung mehr statt; auch eine insolvenzmäßige Befriedigung eines Nichterfüllungsanspruchs (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) unterbleibt in diesem Fall.

40) Der leeren Vormerkung kommt allein ein „Lästigkeitswert“ zu: vgl. BGH ZVI 2009, 155 = ZfIR 2009, 289, Rz. 11.

41) Diese Erkenntnisse lassen sich – auch für die Einzelinsolvenz – abstrahieren und auf andere Konstellationen übertragen. Hierzu Zeyns (Fußn. 1), S. 131 f.

Henning Sämisch*)

Über die Gefahr von Zombiunternehmen für eine innovative Marktwirtschaft

Seit kurzem geistert die Begriff „Zombiunternehmen“ oder „Zombisierung der Gesamtwirtschaft“ häufiger durch die Wirtschaftszeitungen. Bei politischen Entscheidungsträgern wird die Verwendung des Begriffs teilweise als zynisch empfunden. Das kann auf den ersten Blick, sofern es um den betroffenen Unternehmer oder die Arbeitnehmer geht, nachvollzogen werden. Der zweite Blick sollte dann aber auf die volkswirtschaftlichen Folgen gerichtet werden. In dem folgenden Beitrag soll aufgezeigt werden, was man unter einem Zombiunternehmen versteht, welche gesamtwirtschaftlichen Folgen ein Zuviel an Insolvenzvermeidung, sei es durch Aussetzung von Antragspflichten, staatlichen Fördergeldern oder Befeuern der Sanierung, hat. Möglicherweise erscheint es sinnvoller, den Neustart für Unternehmer und Arbeitnehmer besser zu organisieren, um zu transformieren und ein gewöhnliches Maß an Insolvenzen hinzunehmen und daran nicht den Erfolg einer Wirtschaftspolitik zu messen. Die folgenden Ausführungen sollen zudem die Diskussion darüber anregen.

A. Einleitung

Eine aktuelle Studie der Unternehmensberatung Kearney aus dem Jahr 2021 weist erschreckende Zahlen aus: Zwischen 2010 und 2020 hat sich die Anzahl der börsennotierten sog. Zombiunternehmen weltweit auf 1.772 erhöht und sich damit fast verdreifacht.¹⁾ Diese Entwicklung wird unter anderem auf die weltweit verfolgte Niedrigzinspolitik sowie auf die Auswirkungen der Coronapandemie zurückgeführt.²⁾ Die negative Entwicklung

*) Insolvenzverwalter und Rechtsanwalt, Kanzlei SHNF Hamburg. Besonderer Dank gilt meinen beiden wissenschaftlichen Mitarbeitern cand. iur. Dominik Noffz und cand. iur. Theresa Haug.

1) Kuhlwein/Schmid/Feldmann/Schöll, Einmal Zombie, immer Zombie? Langlebige Zombie-Unternehmen sind weiter auf dem Vormarsch: Eine Analyse, 2021, abrufbar unter: <https://info.kearney.com/32/5487/paper-zombie-studie/2021-kearney-studie-zombification.pdf?intlaContactid=n%2iREDvRRhg1skt yFLNrew%3d%3d&intExternalSystemId=1> (zuletzt abgerufen am 13. 6. 2022), S. 1 ff.

2) Kuhlwein/Schmid/Feldmann/Schöll (Fußn. 1), S. 3.

in Deutschland³⁾ dürfte insbesondere durch die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht im Zuge der Corona-Maßnahmen befeuert worden sein.⁴⁾ Auch der Krieg in der Ukraine und aufgrund dessen gewährte finanzielle Entlastungen, beispielsweise in Form weiterer günstiger Kredite,⁵⁾ dürften diese bereits eingetretenen Effekte in Zukunft noch weiter vertiefen.

Erscheint der dauerhafte Erhalt von Arbeitsplätzen zwar auf den ersten Blick wünschenswert, so zieht die Existenz von Zombieunternehmen bei näherer Betrachtung jedoch eine Reihe von gesamtwirtschaftlich schädlichen Konsequenzen nach sich. Diese sollen im Folgenden – nach einer kurzen Definition des Begriffs des Zombieunternehmens – näher beleuchtet und Zusammenhänge zum Insolvenzrecht aufgezeigt werden. Hierbei sollen einige Fehlentwicklungen herausgearbeitet und am Insolvenzrecht ansetzende Lösungsvorschläge zur Diskussion angeboten werden.

B. Definition

Bei der Frage nach einer Definition des Begriffs des Zombieunternehmens fällt zunächst auf, dass eine genaue Klärung seitens öffentlicher Stellen in Deutschland gänzlich ausbleibt. Weder im deutschen Recht noch bei offiziellen Wirtschaftsverbänden lässt sich eine klare Begriffserklärung finden. So bleibt letztlich nur der Blick in den internationalen Wirtschaftsraum. Zwar wird der Begriff in Hinblick auf eine genaue Definition auch dort sehr sparsam gebraucht, jedoch versucht sich mit der OECD,⁶⁾ eine der relevantesten Wirtschaftsorganisationen der Welt, an einer klaren Abgrenzung des Begriffs. Nach der OECD-Definition sind Zombieunternehmen solche, die seit mindestens zehn Jahren bestehen und bei denen der Zinsdeckungsgrad drei Jahre in Folge weniger als eins beträgt.⁷⁾ Letzteres ist dann der Fall, wenn das Unternehmen drei Jahre in Folge noch nicht einmal in der Lage ist, laufende Zinszahlen aus dem operativen Geschäft heraus zu tätigen.⁸⁾ Entsprechend dem allgemeinen Verständnis des Begriffs „Zombie“ sind derartige Unternehmen an sich bereits insolvent – und damit der Sache nach „tot“ –, werden von Kapitalgebern oder dem Staat jedoch immer weiter künstlich „am Leben erhalten“. Man wird diese Einordnung auch auf KMUs sinngemäß übertragen können.

C. Entstehung von Zombieunternehmen

Als Ausgangspunkt für den rasanten Anstieg der Anzahl der Zombieunternehmen ist zunächst die infolge der Weltwirtschaftskrise begonnene und nach wie vor anhaltende Niedrigzinspolitik zu nennen.¹⁰⁾ Diese ermöglicht Unternehmen, die in eine finanzielle Schieflage geraten sind, schnell an „billiges Geld“ zu gelangen,¹¹⁾ so dass Umschuldungen immer wieder möglich sind, was in Zeiten vor der Weltwirtschaftskrise nicht ohne Weiteres möglich war, so dass die natürlichen Marktberaumungseffekte um ein Vielfaches stärker gewirkt haben.

Als weiterer Brandbeschleuniger dürfte zudem die Coronapandemie anzusehen sein.¹²⁾ In diesem Zuge wurden seitens des Staates eine Vielzahl an finanziellen Hilfen gewährt und gleich-

zeitig die Insolvenzantragspflicht durch § 1 COVInsAG für einen nicht unerheblichen Zeitraum weitestgehend ausgesetzt, wodurch sonst wirkende Marktberaumungseffekte noch weiter gehemmt wurden.¹³⁾

Inwieweit die Anzahl der Zombieunternehmen nunmehr nach weitgehender Aufhebung der staatlichen Corona-Maßnahmen wieder stückweise zurückgehen wird, bleibt abzuwarten. Ein drastischer Abfall der Anzahl der Zombieunternehmen dürfte indes in Zeiten von teilweise sogar negativen Zinsen sowie neuen Fördermaßnahmen¹⁴⁾ vor dem Hintergrund des Ukraine-Krieges nicht zu erwarten sein.

D. Auswirkungen von Zombieunternehmen auf die Gesamtwirtschaft

Schon die oben angeführte Definition lässt die realen Folgen des Bestands von Zombieunternehmen anklingen. Zombieunternehmen bringen in diversen Bereichen eine Vielzahl an Problemen mit sich, die geeignet sind, sofern ein gewisses Maß überschritten wird, die Gesamtwirtschaft negativ zu beeinflussen. Zombieunternehmen zahlen mangels Gewinne vergleichsweise geringe Steuern und leisten keinen Beitrag zum Wirtschaftswachstum, binden jedoch gleichzeitig erhebliche Mengen an Kapital und

3) Kuhlwein/Schmid/Feldmann/Schöll (FuBn. 1), S. 5; Schnabl/Siemon, NZI 2018, 913, 916.

4) S. dazu im Einzelnen unter E.II.2.

5) S. das „Maßnahmenpaket der Bundesregierung für vom Krieg betroffene Unternehmen“, Übersicht über die Maßnahmen abrufbar unter: <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Entlastungen/massnahmenpaket-fuer-vom-krieg-betroffene-unternehmen.html> (zuletzt abgerufen am 17. 6. 2022).

6) Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, näher hierzu Weber/Weber, Rechtswörterbuch, 27. Aufl., 2021, OECD.

7) „Zombie firms are defined as firms aged ≥ 10 years and with an interest coverage ratio < 1 over three consecutive years.“, <https://www.oecd.org/economy/exit-policies-and-productivity-growth.htm> (zuletzt abgerufen am 13. 6. 2022).

8) Definition nach gif Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung e. V., Zinsdeckungsgrad (ICR), abrufbar unter: https://www.gif-ev.de/glossar/view_contact/805 (zuletzt abgerufen am 13. 6. 2022).

9) Vgl. Kaufmann, Zombie-Kapitalismus: Immer mehr „Untote“ unter den Firmen – droht die nächste Blase?, in: Frankfurter Rundschau, 7. 4. 2021, abrufbar unter: <https://www.fr.de/wirtschaft/gespenstischer-reichtum-90316762.html> (zuletzt abgerufen am 23. 5. 2022).

10) Losse, Das Ende der Zombies, in: Wirtschaftswoche, 11. 2. 2022, abrufbar unter: <https://www.wivo.de/politik/deutschland/zinswende-das-ende-der-zombies/28060408.html> (zuletzt abgerufen am 13. 6. 2022); Banerjee/Hofmann, BIS Quarterly Review, September 2018, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3288098_code468680.pdf?abstractid=3288098&mirid=1 (zuletzt abgerufen am 13. 6. 2022), S. 68.

11) Pape, NZI 2020, 393, 395; Arth/Gründler/Potrafke/Ruthard/Sielmann, ifo Schnelldienst 11/2020, 50.

12) Commandeur/Römer, NZG 2021, 729, 730; Fischer, WPg 2020, 1049, 1050; s. auch Altomonte/Demertzis/Fontagné/Müller, COVID-19 financial aid and productivity: has support been well spent?, abrufbar unter: <https://www.jstor.org/stable/pdf/resrep38514.pdf> (zuletzt abgerufen am 17. 6. 2022), S. 8 – 9, nach denen die meisten finanziellen Corona-Hilfen (mit Ausnahme des Instruments der Kurzarbeit) von denjenigen Unternehmen in Anspruch genommen wurden, die ohnehin schon vor der Pandemie das geringste Produktivitätsniveau aufwiesen.

13) S. dazu im Einzelnen unter E.II.2.

14) S. das „Maßnahmenpaket der Bundesregierung für vom Krieg betroffene Unternehmen“, Übersicht über die Maßnahmen abrufbar unter: <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Entlastungen/massnahmenpaket-fuer-vom-krieg-betroffene-unternehmen.html> (zuletzt abgerufen am 17. 6. 2022).

Arbeitskraft. Diese negativen Auswirkungen sollen im Folgenden zunächst näher beschrieben werden, bevor im darauffolgenden Abschnitt eine Lösung der Problematik in Aussicht gestellt werden soll.

I. Verminderte Steuereinnahmen

Durch Einkauf von Waren und Bindung von Arbeitnehmern zahlen zwar auch Zombieunternehmen Umsatz- und Lohnsteuer, da sie jedoch mangels Zukunftsfähigkeit keine nachhaltigen Gewinne erwirtschaften, generieren sie gemessen an ihrer teilweise erheblichen Größe vergleichsweise geringe Steuereinnahmen. Dies ist problematisch, da sie der Gesellschaft einerseits einen nur geringen Mehrwert bieten, aber andererseits gleichwohl Leistungen der Gesellschaft in Anspruch nehmen. Diese Leistungen bestehen selbstverständlich nicht in monetären Vorteilen, jedoch sind Unternehmen immer auch auf Gemeinwohlbeiträge angewiesen. So nutzen Unternehmen in der Regel öffentliche Infrastruktur und profitieren von der öffentlichen Verwaltung. Wenn trotz dieser Vorteilsnahme kaum Leistungen an die Gesellschaft zurückfließen, stellt sich die Frage, insbesondere im Hinblick auf die Sozialbindung des Eigentums, ob die Existenz von Zombieunternehmen bzw. die gesellschaftliche Hinnahe der Existenz uneingeschränkte Berechtigung genießt.

II. Bindung von Kapital und Arbeitskräften

Für die Erhaltung von Zombieunternehmen ist ein bestimmtes Maß an Kapital notwendig, das zumindest den laufenden Betrieb ermöglicht und ein Abdriften in die Zahlungsunfähigkeit verhindert. Es handelt sich hierbei im Wesentlichen um Fremdkapital,¹⁵⁾ das die Unternehmen sich dank immer weiter sinkender Zinsen am Markt beschaffen können, um damit bestehende Schulden zu tilgen und vorherige Kredite abzulösen. Hierdurch verhindern sie, bereits bestehende Kredite nicht bedienen zu können und damit auch formal zahlungsunfähig zu werden.

Auf der anderen Seite erfordert der Bestand eines Unternehmens eine Stammebelegschaft, die das gebundene Kapital verwaltet und die Strukturen des Unternehmens aufrechterhält.

Es werden somit finanzielle und personelle Ressourcen beansprucht, die dem Markt nicht mehr zur anderweitigen Verfügung stehen.¹⁶⁾ Dies ist insoweit problematisch, als Zombieunternehmen keinen Beitrag zur Wirtschaftsleistung erbringen und die gebundenen Ressourcen an anderer Stelle sinnvoller eingesetzt werden könnten.¹⁷⁾ Beschäftigt ein Zombieunternehmen Facharbeiter, die einem anderen (profitablen) Unternehmen fehlen, so wird eine Steigerung der Wirtschaftsleistung durch profitable Unternehmen verhindert bzw. geschmälert, um der Sache nach „toten“ Unternehmen ein Weiterbestehen am Markt zu ermöglichen. Auch ist es aus Arbeitnehmersicht auf Dauer sozial verträglicher, in einem zukunftssträchtigen Unternehmen zu arbeiten und so eine langfristig finanziell sichere Perspektive zu haben, als sich ständig mit einem Zombieunternehmen mit ungewissen wirtschaftlichen Aussichten nur knapp „über Wasser zu halten“. Ebenso blockieren Zombieunternehmen Ressourcen von Kredit-

gebern, die in Bezug auf die Gesamtwirtschaftsleistung an anderer Stelle gewinnbringender eingesetzt werden könnten.

III. Besetzung von Marktanteilen und Verhinderung von Innovation

Weiter sind Zombieunternehmen auch in Bezug auf die von ihnen besetzten Marktanteile als problematisch einzustufen, da auf diese Weise Innovationen ausgebremst werden.¹⁸⁾ Zombieunternehmen konkurrieren um bestehende Marktsegmente und graben somit von aufstrebenden Mitbewerbern Kunden und Umsätze ab. Während Zombieunternehmen diese Umsätze einsetzen müssen, um „sich über Wasser zu halten“, könnten innovative Startups diese finanziellen Ressourcen der Forschung und Entwicklung zuführen und so den Markt weiterentwickeln.¹⁹⁾ Durch das Besetzen von Marktanteilen durch letztlich insolvente Unternehmen wird daher verhindert, dass generierte Umsätze zum Wohle des Marktes potenziert werden können. Hierdurch wird schließlich auch der Gesamtgesellschaft ein Bärendienst erwiesen, da potenziell notwendige Innovationen ggf. um Jahre verzögert werden, wodurch die Lösung gesamtgesellschaftlicher Probleme unter Umständen unnötig verzögert wird, was im Einzelfall erheblichen Schaden bewirken könnte. Verdeutlichen lässt sich dies am Beispiel des Klimawandels.²⁰⁾ Werden klimaneutrale Lösungen dadurch aufgeschoben, dass Unternehmen, die auf veralteten Technologien basierend agieren, „künstlich“ am Leben erhalten werden, ggf. auch durch staatliche Interventionen, so werden unnötigerweise Millionen an Tonnen CO₂-Äquivalente in die Atmosphäre freigesetzt, die wiederum Wetterextreme verstärken können, so dass der Erhalt von Zombieunternehmen als Brandbeschleuniger der Klimakrise wirken kann. Nicht zuletzt würden damit irreversible Effekte auf das Weltklima riskiert. Der Rahmen kann gesetzt werden. Innovationen können vermutlich nicht durch Gesetz verordnet werden.

E. Insolvenzrechtliche Zusammenhänge

Einen wesentlichen Faktor, der geeignet ist, die Situation und Zahl von Zombieunternehmen entscheidend zu beeinflussen, stellt in jeder Volkswirtschaft das Insolvenzrecht dar. Es wirkt maßgeblich auf den Umgang mit unrentablen Unternehmen ein und setzt entweder bewusste Anreize zur Liquidation derselben oder begünstigt deren fortdauernde Marktteilnahme. Dies soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

15) FD-InsR 2019, 415428.

16) FD-InsR 2019, 415428.

17) Vgl. Müller, *Wirtschaft im Wandel* 2021, 35, 38 sowie 75; Schnabl/Siemon, *NZI* 2018, 913, 915.

18) Altendorfer, *Institutional Money* 4/2020, 104; Borowski, *Untote bedrohen die Wirtschaft: Schwache Banken ernähren die Zombie-Firmen*, 28. 11. 2017, abrufbar unter: <https://www.n-tv.de/wirtschaft/Schwache-Banken-ernaehren-Zombie-Firmen-article20155735.html> (zuletzt abgerufen am 13. 6. 2022).

19) Vgl. Krämer, *Wenn Totgesagte länger leben: Droht eine Zombifizierung des Unternehmenssektors?*, 12. 05. 2021, abrufbar unter: https://institutional.union-investment.de/dam/jcr:4b234160-d183-4ac1-b46c-c69b40d6a814/210517_durchGEDACHT_Zombifizierung%20des%20Unternehmenssektors.pdf (zuletzt abgerufen am 13. 6. 2022), S. 9.

20) So auch Müller, *Wirtschaft im Wandel* 2021, 35, 38.

I. Zusammenhang mit Insolvenzgründen

Zunächst fällt ein Zusammenhang mit den Insolvenzgründen ins Auge. Formal gesehen liegen Insolvenzgründe aufgrund der Finanzierung durch Fremdkapital bei Zombieunternehmen nicht vor. Dies erscheint indes aufgrund der aufgezeigten erheblichen gesamtwirtschaftlichen negativen Auswirkungen in höchstem Maße problematisch, so dass eine Nachschärfung der Insolvenzgründe erstrebenswert erscheint. In diesem Zusammenhang wird eine Rückkehr zu § 19 InsO a. F. vorgeschlagen, so dass ein Insolvenzgrund sowie eine Insolvenzantragspflicht bereits dann bestünden, wenn das Eigenkapital die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr zu decken in der Lage ist.²¹⁾ Auf diese Weise wären Zombieunternehmen gezwungen, das Insolvenzverfahren zu durchlaufen, so dass eine Abwicklung der Unternehmen in einem geordneten Rahmen erfolgen könnte. Hierdurch würden die gebundenen Arbeitnehmer und Kapitalanteile wieder freigesetzt und könnten aufstrebenden innovativen Unternehmen zufließen. Ebenso erhalten diese Unternehmen auf diese Weise eine Chance, ihre Marktanteile auszuweiten und erzielte Gewinne dem Markt durch Forschung und Entwicklung wieder zuleiten.

II. Zusammenhang mit Insolvenzziele

Das direkte Ziel des Insolvenzverfahrens ist in § 1 InsO legaldefiniert. Vorrangiges Ziel des Verfahrens ist die bestmögliche Gläubigerbefriedigung. Losgelöst von diesem konkreten Verfahrensziel hat das Insolvenzrecht indes auch eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die darin besteht, den Markt von den unrentablen Unternehmen zu bereinigen, um eine Schwächung der Wirtschaft über das für eine freie und soziale Marktwirtschaft notwendige Maß hinaus zu verhindern.²²⁾ Dies versucht das Insolvenzrecht zu erreichen, indem es Instrumente bereitstellt, die es ermöglichen, Unternehmen abzuwickeln bzw. auf einen gesunden Kern zu reduzieren, die den Markt unnötigerweise belasten und mangels Zukunftsfähigkeit keinen weiteren Wirtschaftsbeitrag zu leisten vermögen.

1. Zentralfigur des Insolvenzverfahrens

Geprägt von diesem Verfahrensziel stand im Insolvenzrecht vor allem die Liquidation im Mittelpunkt, ursprünglich organisiert durch einen von den Gläubigern gewählten Vertreter (antik-römisches Modell),²³⁾ alternativ durch das Gericht als zentrale, ordnende Instanz (Offizialsystem).²⁴⁾ Mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung im Jahr 1999 wurde sich hinsichtlich dessen für einen Mittelweg entschieden, der einen starken Hang zum römischen Modell aufwies.²⁵⁾ Geblieben ist der Insolvenzverwalter als ein neutraler Vertreter der Gläubigerinteressen, der aber weder Teil des Gerichts ist, noch im Lager der Gläubiger steht. Seither zeichnet sich indes eine Entwicklung ab, die eine neue Person in den Mittelpunkt des Verfahrens rückt, nämlich den Schuldner.²⁶⁾ Geschaffen wurde zunächst eine innerinsolvenzliche Sanierungsmöglichkeit, durch die der Schuldner sein Unternehmen erhalten kann. Weiterführend wurde die Möglichkeit der Eigenverwaltung²⁷⁾ implementiert, durch die der Schuldner die Kontrolle be-

hält und so die Richtung bestimmt, die das Verfahren nehmen soll. Auch die zuletzt eingeführten Instrumente der außerinsolvenzlichen Restrukturierung²⁸⁾ und der Frühwarnsysteme²⁹⁾ greifen in Phasen, in denen der Schuldner die Zügel noch in der Hand hält und dementsprechend selbst über die Möglichkeit der Liquidation, mithin über die Marktbereinigung, entscheiden kann.

Dies wirft die Frage auf, ob der Schuldner in der Lage ist, die für die Vermeidung von Zombieunternehmen notwendige Klärung der Frage über die Zukunftsfähigkeit des Unternehmens objektiv zu beurteilen. Zwar stehen ihm am meisten Informationen über das Unternehmen als Beurteilungsgrundlage zur Verfügung, regelmäßig wird der Schuldner indes seine eigenen Interessen im Blick haben.³⁰⁾ Ob sich diese mit den Zielen des Insolvenzverfahrens, insbesondere einer objektiven Marktbereinigung decken, erscheint zumindest zweifelhaft. Dem Schuldner ist in der Regel daran gelegen, sein eigenes Unternehmen zu erhalten und dementsprechend von allen Instrumentarien, die diesem Ziel Rechnung tragen können, unabhängig von deren Erfolgsaussichten Gebrauch zu machen. Dies führt dazu, dass die Zuführung zu einem Insolvenzverfahren längst möglich vermieden wird, so dass das Unternehmen sich mit erhöhter Wahrscheinlichkeit in ein Zombieunternehmen verwandelt. Hierdurch werden die oben beschriebenen negativen Folgen für die Gesamtwirtschaft bewusst in Kauf genommen. Sinnvoller wäre es hingegen, nicht zukunftsträchtige Unternehmen durch unabhängige Expertise als solche zu identifizieren und sodann der Liquidation zuzuführen.

Die neuerliche Entwicklung, den Schuldner zum zentralen Entscheidungsträger über Stehen und Fallen des Unternehmens zu erheben, erzeugt somit ein starkes Spannungsverhältnis zum übergeordneten Insolvenzziel einer wünschenswerten und geordneten Marktbereinigung. Im Übrigen dürfte auch dieser Effekt durch die Einschränkung von Anfechtungsmöglichkeiten verstärkt werden. Die neuerliche Entwicklung gilt es daher kritisch zu hinterfragen und ggf. neutrale Betrachter stärker in die Entscheidung über die Liquidation eines Unternehmens einzubinden.

2. Vermeidung von Unternehmensinsolvenzen

Die Erhebung des Schuldners in die Rolle des Lenkers befeuert zudem eine weitere Entwicklung, die darin besteht, Insolvenzen

21) *Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung*, Pressemitteilung vom 24. 9. 2019, abrufbar unter: <https://anwaltsverein.de/de/newsroom/inso-8-19-fehlender-ueberschuldungsbegriff-wesentliche-ursache-fuer-haerte-der-thomas-cook-insolvenz> (zuletzt abgerufen am 13. 6. 2022).

22) Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 77 sowie bereits vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung Balz, ZIP 1988, 273, 292; ausführlich zum Ziel der Marktbereinigung Paulus, ZRI 2022, 45 f.

23) Sog. „vendiditor bonorum“, s. hierzu Paulus, ZRI 2022, 45, 48 m. w. N.

24) Vgl. Paulus, ZRI 2022, 45, 49 unter Bezugnahme auf de Somoza, *Labyrinthus creditorum concurrentium*, 1651, m. w. N.

25) Paulus, ZRI 2022, 45, 49.

26) Paulus, ZRI 2022, 45, 49.

27) Zur Historie des Eigenverwaltungsrechts s. Sämisch/Nollz/Haug, ZRI 2021, 741 f. sowie Sämisch, ZInsO 2022, 438.

28) S. hierzu Sämisch, ZRI 2020, 513; zur Problematik der unzureichenden Absicherung der Bestandsfähigkeit s. Sämisch, ZInsO 2020, 2520.

29) Hierzu näher Sämisch, ZInsO 2021, 169.

30) Paulus, ZRI 2022, 45, 49 f.

so weit wie irgend möglich zu vermeiden. Dies ist erklärtes Ziel des neu geschaffenen Restrukturierungsverfahrens³¹⁾ sowie Sinn und Zweck von Frühwarnsystemen.³²⁾

In die gleiche Kerbe schlagen zudem die Kriseninstrumente im Rahmen der COVID-19-Pandemie, allen voran die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht sowie die umfassenden staatlichen Soforthilfen, die an finanziell angeschlagene Unternehmen gezahlt wurden.³³⁾ Auch hier wurde aus Furcht vor einer Insolvenzwelle präventiv ein Rahmen geschaffen, der dazu führte, dass das Insolvenzrecht weitgehend anwendungsfrei blieb. Dass hierdurch auch die Funktion der Marktberingung beeinträchtigt wird, ist zwar evident, spielte in der Diskussion über die Maßnahmen jedoch allenfalls eine sehr untergeordnete Rolle. Dem Gesetzgeber war zuvorderst wohl daran gelegen, befürchtete negative Auswirkungen für die Gesamtwirtschaft zu minimieren. Er übersah dabei jedoch, dass diese Maßnahmen letztlich genau diese erst herbeizuführen geeignet sind. Werden Unternehmen, die eigentlich abwicklungsreif sind, selbst wenn diese Erkenntnis durch die Pandemie beschleunigt wurde, mittels finanzieller Hilfen oder zumindest mangels einer Insolvenzantragspflicht künstlich am Leben erhalten, führt dies zu einer vermehrten Entstehung von Zombieunternehmen, die eine Innovation des Marktes zumindest behindern oder verlangsamen.³⁴⁾ Auch die Wahrscheinlichkeit, dass sich bereits bestehende Zombieunternehmen mit allen negativen Auswirkungen am Markt halten, wird durch die Maßnahmen weiter erhöht.³⁵⁾ Eine derartige Schädigung der Gesamtwirtschaft weit über die Coronakrise hinaus fand vom Gesetzgeber Berücksichtigung durch § 1 Abs. 1 Satz 2 Var. 2 COVInsAG. Dieser bestimmt, dass die Insolvenzantragspflicht gerade für solche Unternehmen fortbesteht, bei denen die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit aussichtslos ist. Die rechtssichere Klärung dieser Frage erweist sich indes als kompliziert und ist deshalb auch schwer durchsetzbar. Schließlich sind Unternehmensinsolvenzen in den seltensten Fällen monokausal;³⁶⁾ ein Beitrag der Pandemie zur Zahlungsunfähigkeit kann daher in der Regel nicht ausgeschlossen werden. Beschnitten wird diese Ausnahme zudem durch die Vermutung des § 1 Abs. 1 Satz 3 COVInsAG: Ist ein Unternehmen erst während der Coronakrise zahlungsunfähig geworden, so besteht eine Vermutung, dass eine Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit nicht aussichtslos ist. Eine rechtssichere Durchsetzung der (noch übriggebliebenen) Insolvenzantragspflicht wurde hierdurch so gut wie ausgeschlossen.³⁷⁾ Die Maßnahmen während der Coronapandemie tragen mithin das Siegel der Insolvenzvermeidung auch nicht zukunftsträchtiger Unternehmen und riskieren damit die nachhaltige Bindung von Kapital und Personal zulasten der Innovationsfähigkeit. Weitere Maßnahmen zur Insolvenzvermeidung sind in dem „Maßnahmenpaket der Bundesregierung für vom Krieg betroffene Unternehmen“,³⁸⁾ welches vor dem Hintergrund des Ukraine-Krieges aufgelegt wurde, zu sehen.

Wie zuvor beschrieben sind die Krisenmaßnahmen indes nur die letzte Ausprägung einer Entwicklung zur Insolvenzvermeidung. Dies ist wie bereits ausgeführt kritisch zu betrachten, da hierdurch die Erhöhung der Anzahl an Zombieunternehmen begünstigt wird. Gleichzeitig dürfte jedoch die Tendenz zur Insol-

venzvermeidung als demokratischen Systemen immanent anzusehen sein, weil niedrige Insolvenzzahlen im Regelfall zu mehr Wählerstimmen führen dürften. Auch hier empfiehlt sich daher, das Insolvenzverfahren als Instrument einer Marktberingung im positiven Sinne sowie als Möglichkeit eines sowohl individuell als auch gesamtwirtschaftlich sinnvollen Neustarts für von Insolvenz betroffene Unternehmer zu verstehen, dieses weiter zu entstigmatisieren und ggf. objektive Stellen mit der Überwachung des Marktes zu befassen, die verhindern, dass bestehende Instrumente zur Brutstätte von Zombieunternehmen werden. Dies ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass eine Volkswirtschaft gerade dann wettbewerbsfähig ist, wenn die Marktberingungseffekte am stärksten sind, was wiederum bei einem harten Insolvenzregime der Fall ist.³⁹⁾ Ebenso ist zu beachten, dass im Kern bestandsfähige Unternehmen auch innerhalb eines Insolvenzverfahrens unter der Aufsicht eines Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters saniert werden können, so dass ihre Wettbewerbsfähigkeit für die Zukunft wiederhergestellt ist,⁴⁰⁾ und somit neben der Gesamtwirtschaft auch dem Unternehmer und seinen Gläubigern optimal gedient werden kann.

Von einer solchen Politik, die Insolvenzen in einem gewissen Umfang zulässt, profitiert also mittel- oder langfristig die Gesamtwirtschaft und damit die Gesamtgesellschaft stärker als von einer Insolvenzvermeidung um jeden Preis.⁴¹⁾

F. Fazit

Insgesamt lässt sich somit feststellen, dass Zombieunternehmen eine erhebliche Belastung für die Gesamtwirtschaft darstellen können und die Lösung gesamtgesellschaftlicher Probleme durch die Bindung von Kapital und Arbeitskraft zu hemmen vermögen.

31) Erwägungsgrund 2 zur RestRL.

32) Erwägungsgrund 2 zur RestRL; *Paulus*, ZRI 2022, 45, 48; *Sämisch*, ZInsO 2021, 169.

33) Vgl. z. B. BT-Drucks. 19/18110, S. 2 f.

34) Kritisch zumindest in Bezug auf eine langfristige Aufrechterhaltung der Corona-Fördermaßnahmen auch *Müller*, *Wirtschaft im Wandel* 2021, 35, 38 sowie 75.

35) *Müller*, *Insolvenzen in der Corona-Krise*, IWH Policy Notes 2/2021, abrufbar unter: https://www.iwh-halle.de/fileadmin/user_upload/publications/iwh_policy_notes/iwh-pn_2021-02_de_Insolvenzen.pdf (zuletzt abgerufen am 17. 6. 2022).

36) *Schluck-Ahmend*, NZI 2020, 289, 290.

37) Vgl. auch *Römermann*, *Verlockung für Zombie-Gesellschaften?*, in: *Legal Tribune Online*, 24. 03. 2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/hv/bundesregierung-bmju-covinsag-corona-insolvenz-antrag-aussetzung-unternehmen/> (zuletzt abgerufen am: 13. 6. 2022).

38) Übersicht über die einzelnen Maßnahmen abrufbar unter: <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Entlastungen/massnahmenpaket-fuer-vom-krieg-betroffene-unternehmen.html> (zuletzt abgerufen am 17. 6. 2022).

39) *S. Kröger*, *Zombie-Firmen bedrohen den Aufschwung*, in: *SPIEGEL Wirtschaft*, 9. 12. 2017, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/oecd-warnt-zombiefirmen-bedrohen-den-aufschwung-a-1182525.html> (zuletzt abgerufen am 20. 6. 2022).

40) Vgl. hierzu das Werft-Beispiel nach *Schnabl*, *Evergreening*, *Zombieunternehmen und volkswirtschaftliche Effektivität*, Vortrag, DIJ 2019, 5. 4. 2019; s. *Sämisch*, ZRI 2020, 513, 516.

41) Vgl. auch *McCowan/Andrews/Millat*, *The Walking Dead? Zombie Firms and Productivity Performance in OECD Countries* (OECD Economics Department Working Papers No. 1372 vom 20. 01. 2017), abrufbar unter: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/180d80ad-en.pdf?expires=1655481422&id=id&accname=guest&checksum=ACA64530D88C14CACD99512741BE2300> (zuletzt abgerufen am: 17. 6. 2022), S. 27 (Figure 8).

Neben der generell bereits steigenden Anzahl von Zombieunternehmen besteht zudem die Befürchtung, dass insbesondere die Coronakrise und im Speziellen das COVInsAG weitere Zombieunternehmen hervorgebracht haben bzw. noch hervorbringen werden, was die mit der Existenz von Zombieunternehmen einhergehenden Probleme weiter verschärft.

Um der Problematik in Zukunft besser Herr zu werden, erscheint eine Anpassung der Insolvenzgründe sinnvoll, da mit der momentanen Gesetzesformulierung der dauerhafte Bestand von Zombieunternehmen rechtlich stark begünstigt wird. Außerdem ist sowohl bei bereits bestehenden als auch zukünftigen Restrukturierungs- und Sanierungsinstrumenten, bei denen der Schuldner die Kontrolle über sein Unternehmen behält, stets darauf zu achten, dass in diesen Fällen eine neutrale Instanz die Tätigkeit des Schuldners und deren Ausrichtung an den Gläubigerinteressen zumindest überwacht und ggf. regulierend eingreifen kann. Daneben sollte die derzeitige vorherrschende Entwicklung zur Insolvenzvermeidung beendet werden. Das Insolvenzverfahren stellt ein notwendiges und hilfreiches Instrument dar, um die effektive Ausgestaltung des Marktes zu gewährleisten, indem es einerseits unnötige Belastungen

beseitigt sowie andererseits noch zukunftssträchtige Unternehmen wieder auf die richtige Bahn bringt. Auf diese Weise ermöglicht es eine effiziente Nutzung von finanziellen, personellen sowie ideellen Ressourcen und fördert so innovative Entwicklungen. Diesem positiven Verständnis folgend darf der Anwendungsbereich des Insolvenzrechts nicht unnötig verkürzt werden.

Um die Ziele des Insolvenzverfahrens auch auf gesamteuropäischer Ebene möglichst effektiv zu erreichen und „forum shopping“ zur Vermeidung einer Insolvenzantragspflicht zu verhindern, erscheint zudem eine weitere europäische Harmonisierung des Insolvenzrechts wünschenswert. Für eine möglichst effektive Marktberichtigung und langfristige gesamteuropäische Wirtschaftserfolge sollte sich dabei am strengsten nationalen Regelungsstandard orientiert werden. Dabei kann auf kulturelle, geopolitische und historische Besonderheiten Rücksicht genommen werden. Zudem dürfte es Aufgabe volkswirtschaftlicher Forschung sein, die Zusammenhänge eines starken Insolvenzregimes mit einer zukunftsfähigen, innovativen, im internationalen Kontext wettbewerbsfähigen und auch sozial leistungsfähigen Volkswirtschaft zu ermitteln.

Rechtsprechung

Tatbestand und Gründe der Entscheidungen werden regelmäßig ungekürzt veröffentlicht. Ausnahmsweise gekürzte oder von der Redaktion zum besseren Verständnis umformulierte oder selbst verfasste Tatbestände werden durch die Überschrift „Zum Sachverhalt“ kenntlich gemacht. Die Gründe (Entscheidungsgründe) werden ebenfalls nur ausnahmsweise gekürzt. Geringfügige Auslassungen werden jeweils durch Punkte (...) gekennzeichnet. Bei umfangreicheren Kürzungen wird den Gründen statt der Überschrift „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ die Überschrift „Aus den Gründen“ vorangestellt. Hinzufügungen der Redaktion sind *kursiv* gesetzt. Entscheidungen der unteren und mittleren Instanzen werden als „nicht rechtskräftig“ gekennzeichnet, wenn nach Kenntnis der Redaktion ein Rechtsmittel eingelegt wurde oder die Berufungs- oder Revisionsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Rechtsmittel möglicherweise ausgeschlossen ist. Entscheidungen, bei denen nach Kenntnis der Redaktion innerhalb der Rechtsmittelfrist – einerlei, ob überhaupt zulässig – kein Rechtsmittel eingelegt wurde, werden als „rechtskräftig“ gekennzeichnet. Entscheidungen, die mit einem „+“ versehen sind, sind für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

Rechtsprechung zum Insolvenzrecht

InsO § 92 Satz 1; BGB § 823 Abs. 2, § 830

Geltendmachung eines Gesamtschadens durch den Insolvenzverwalter

BGH, Urt. v. 19. 5. 2022 – III ZR 326/20 (OLG Frankfurt/M.)

Leitsätze der Redaktion:

1. Nach § 92 Satz 1 InsO können Ansprüche der Insolvenzgläubiger auf Ersatz eines Schadens, den diese gemeinschaftlich durch eine Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens vor oder nach der Eröffnung des Insolvenzver-

fahrens erlitten haben (Gesamtschaden), während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.

2. § 92 Satz 1 InsO stellt keine Anspruchsgrundlage dar, sondern regelt die Einziehung einer auf einer anderen Rechtsgrundlage beruhenden Forderung.

3. § 92 Satz 1 InsO erfasst nur Schadensersatzansprüche, die auf einer Verkürzung der Insolvenzmasse beruhen, um eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger aus dem Vermögen des wegen Masseverkürzung haftpflichtigen Schädigers zu sichern.