

Der Sanierungs- Berater

www.sanierungsberater.de

Betriebs-Berater für Interimsmanagement und Restrukturierung

SanB

2/2020

S. 39–96

1. Jahrgang

- | | | |
|---|---|----|
| ■ | RA Dr. Dirk Andres
Restrukturierung in der Corona-Krise | 39 |
| ■ | RA Cornelius Nickert/RA Matthias Kühne
going concern in Zeiten von Corona | 40 |
| ■ | Dr. Martin Heidrich, LL.M./Saskia Steinicke
Das Verhältnis von Gesellschaftervereinbarung und der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht in der Krise der Gesellschaft (Teil I) | 44 |
| ■ | Dr. Hendrik Boss/Maik Luttmann
Luftfahrtunternehmen in der COVID-19-Pandemie: Auswirkung der Luftverkehrsdienste-VO auf (i) die Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO sowie (ii) die Prognose zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit nach dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz | 47 |
| ■ | ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
Virtuelle Sanierungshauptversammlungen? | 51 |
| ■ | Frank Günther/Asmus Ohle/Prof. Dr. Peter Russo/Wolf Waschkuhn
Sanierungsgesellschafter RIVA: Treuhandlösungen im Zeichen der Corona-Krise | 56 |
| ■ | Victor Frhr. v. d. Bussche
Vermutung schützt nicht vor Haftung, § 1 S. 3 COVInsAG | 61 |
| ■ | RAin Miriam Benz, LL.B./RA Tobias Rhode, LL.B.
Beratung und Schwierigkeiten von Geschäftsleitern im Kontext des COVInsAG | 63 |
| ■ | Dr. Sebastian Naber/Dr. Willem Schulte
Arbeitsrechtliche Sanierung in der Corona-Krise: Hammer oder Tanz? | 69 |
| ■ | RA Rüdiger Weiß/RA Dr. Andreas Paulick
Der Steuerzahler als versteckter Sanierer | 78 |
| ■ | Linda Gregori
Corona-Sondergesetze – Überblick | 86 |
| ■ | Martin Hammer
Für Restrukturierungsfälle ist Corona ein absoluter Krisenbeschleuniger | 90 |
| ■ | RA Oliver Köhler/RA Vanja Alexander Kovacev
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 – II ZR 10/19 | 93 |
| ■ | RA Dr. Johan Schneider
Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.02.2020 – IX ZR 337/18 | 95 |

Herausgegeben von
Prof. Dr. Daniel Graewe
Dr. Martin Heidrich
Rüdiger Weiß

Beirat
Martin Hammer
ORR Dr. Michael Hippeli
Béla Knof
Prof. Dr. Rolf-Dieter Mönning
VRiLG Dr. Martin Pellens
Prof. Dr. Jens M. Schmittmann
Dr. Johan Schneider

Schriftleitung
Dr. Anke Gößmann

dfv' Mediengruppe · Frankfurt am Main

innerhalb von sechs Monaten ein Freizeitausgleich nach § 3 S. 2 ArbZG erfolgen. Für welche Tätigkeiten eine Arbeitszeitverlängerung möglich ist, zählt § 1 II der Verordnung detailliert und abschließend auf. Die in § 5 ArbZG vorgesehene elfstündige Ruhezeit wurde auf neun Stunden verkürzt. Jede Ruhezeitverkürzung muss innerhalb von vier Wochen ausgeglichen werden und ist nur zulässig, wenn sie zu einem der in § 2 S. 2 COVID-19-ArbZV genannten Zwecke notwendig ist.

Können bestimmte Arbeiten an Werktagen nicht vorgenommen werden, dürfen Arbeitnehmer mit den in § 1 II COVID-19-ArbZV genannten Tätigkeiten auch an Sonn- und Feiertagen beschäftigt werden. Innerhalb eines achtwöchigen Zeitraums, spätestens jedoch bis zum 31.7.2020, muss ein Ersatzruhetag gewährt werden.

3. Stundung Sozialversicherungsbeiträge

Selbst kurzfristige finanzielle Entlastungen können in der sich rasant entwickelnden Krise den Bestand eines Unternehmens sichern. Dafür geeignet ist die derzeit erleichterte Stundungsmöglichkeit von Sozialversicherungsbeiträgen. Befindet sich ein Unternehmen aufgrund der Corona-Krise in ernsthaften Zahlungsschwierigkeiten und hat bereits andere Entlastungsmöglichkeiten wie das Kurzarbeitergeld oder andere Unterstützungsmaßnahmen ausgeschöpft, kann auf Antrag des Arbeitgebers gem. § 76 Abs. 2 SGB IV bei der jeweils zuständigen Krankenkasse eine Stundung erfolgen. Diese Stundung erfordert keine Sicherheitsleistung.⁴⁵

VI. Fazit

Die Besonderheit der Corona-Krise liegt im Moment in ihrer Unberechenbarkeit, den kurzfristigen und uneinheitlichen po-

litischen Entscheidungen und einem sich verändernden Marktumfeld. Wenn Unternehmen während dieser Zeit ihre Leistungsfähigkeit wiederherstellen oder erhalten wollen, müssen sie in der Lage sein, sich kurzfristig an die sich ändernden Umstände anzupassen. Verschont wird, wer schnelle und kreative Veränderungen schaffen kann.

Da sich einseitige, finale Maßnahmen dazu in der Regel nicht eignen, bedarf es einvernehmlicher Regelungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. dem Arbeitnehmervertretungsorgan. Solche Regelungen können einmalig getroffen werden und den Arbeitgeber zu einseitigen Maßnahmen berechtigen oder laufend einvernehmlich angepasst werden. In jedem Fall ist ein vertrauensvolles Verhältnis zur Belegschaft von Vorteil.

Welche konkreten Instrumente der Arbeitgeber wählen sollte, hängt von dem Grund ab, der die Leistungsfähigkeit des Unternehmens beschränkt. Problematisch ist in der Krise oftmals eine zu hohe verfügbare Arbeitskraft, zu hohe Lohnkosten und/oder Liquiditätsengpässe. Neben der Bewältigung dieser Probleme kann es ebenso erforderlich sein, Chancen zu ergreifen. Für alle diese Faktoren gibt es geeignete arbeitsrechtliche Instrumente.

Die Verhandlungsmasse des Arbeitgebers zur Erzielung einvernehmlicher Regelungen beschränkt sich nicht auf die Angst des Arbeitnehmers um seinen Arbeitsplatz und die Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen. Zeit ist vielen Arbeitnehmern ein hohes Gut und die Verteilung der vielerorts unabsehbaren Betriebsrisiken lässt sich durch das gleichzeitige Angebot unternehmerischer Chancen in Einklang bringen.

⁴⁵ Näheres wird auf der Internetseite des Spitzenverbandes der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) veröffentlicht.

RA *Rüdiger Weiß*, Düsseldorf, Köln* und RA Dr. *Andreas Paulick*, Dresden**

Der Steuerzahler als versteckter Sanierer

Krisenbewältigung mit dem COVInsAG

Die COVID-19-Pandemie hat die Wirtschaft in einen Ausnahmezustand versetzt. Zur Stabilisierung der Unternehmen hat der Gesetzgeber im parlamentarischen Eilverfahren unter anderem das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht beschlossen. Die Vermeidung einer Insolvenzwelle genießt oberste Priorität. Neben einer vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht setzt der Gesetzgeber insbesondere auf Liquiditätshilfen in Form von Darlehen, vornehmlich finanziert durch die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW). Martialisch wird die massive Bereitstellung von Liquidität mit der Feuerkraft einer „Bazooka“ verglichen. Die Aufnahme von Fremdkapital soll durch den vorübergehenden und bislang beispiellosen Rückbau des Gläubigerschutzes erleichtert werden. Die Neuregelungen stellen in ihrer Gesamtheit einen Fremdkörper in der bisherigen Konzeption des Insolvenzrechts dar. Alternative Überlegungen, etwa eines Vollstreckungsschutzes unter gerichtlicher Aufsicht, gab es nicht. Ebenso keine Folgenabschätzung. Der nachfol-

gende Beitrag setzt sich mit den Neuregelungen und deren Auswirkungen kritisch auseinander.

I. Vorbemerkung

Das Einfrieren großer Teile der Wirtschaft führt zu einem massiven Einbruch der Wirtschaftsleistung. Die volkswirtschaftlichen Folgekosten des „Shutdown“ auf Grund verlorener Wertschöpfung werden prognostisch alles übersteigen, was aus Wirtschaftskrisen oder Naturkatastrophen in Deutschland der letzten Jahrzehnte bekannt ist.¹ Der ifo-Geschäftsklimaindex stürzte in 04/2020 auf 74,3 Punkte ab. Dies ist der niedrigste jemals gemessene Wert.²

Zeitgleich werden umfangreiche wirtschaftspolitische Maßnahmen zur Stabilisierung der Wirtschaft ergriffen. So wurde am 27.03.2020 im Bundesgesetzblatt Teil I, Seiten 569 ff., das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht verkündet. Der

* Fachanwalt für Insolvenzrecht, Gründungsgesellschafter der auf Unternehmenssanierung spezialisierten bundesweit tätigen Unternehmensgruppe WallnerWeiß.

** Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, wwp WallnerWeiß Rechtsanwälte Partnerschaft mbB.

1 Vgl. Szenarienberechnung des ifo-Instituts München, ifo-Schnelldienst, Heft 4/2020, S. 29 ff.

2 Ergebnisse der ifo-Konjunkturumfrage in 04/2020, einsehbar unter <https://www.ifo.de/node/54705>.

Gesetzentwurf wurde dem Parlament am 24.03.2020 vorgelegt. Die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz datiert auf den 25.03.2020. Am gleichen Tag fanden die parlamentarischen Beratungen sowie die Schlussabstimmung statt. Am 27.03.2020 entschied der Bundesrat den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen.³ Von der Einleitung des Gesetzgebungsverfahrens bis zur Verkündung des Gesetzes vergingen lediglich vier Tage. Der für den Untersuchungszusammenhang maßgebliche Artikel 1 des Gesetzes trat rückwirkend zum 01.03.2020 in Kraft. Das ungewöhnlich zügige parlamentarische Verfahren belegt den durch die Covid-19-Pandemie verursachten hohen Handlungs- und Entscheidungsdruck des Gesetzgebers.

Gesetzgeberisches Ziel des Maßnahmenpaketes ist es, angesichts einer drohenden Welle von Insolvenzen in einem nie dagewesenen Umfang, die Fortführung von Unternehmen zu ermöglichen und zu erleichtern, welche infolge der COVID-19-Pandemie insolvent geworden sind oder wirtschaftliche Schwierigkeiten haben.⁴ Den betroffenen Unternehmen soll Zeit gegeben werden, um die notwendigen Vorkehrungen zur Beseitigung der Insolvenzreife zu treffen, insbesondere um zu diesem Zwecke staatliche Hilfen in Anspruch zu nehmen oder Finanzierungs- oder Sanierungsarrangements mit Gläubigern und Kapitalgebern zu treffen.

Ganz überwiegend fällt die Resonanz zum COVInsAG positiv aus. Massive Bedenken gegen die eingeschlagene Richtung meldet, soweit ersichtlich, bisher allein *Pape*⁵ an. Nachfolgend soll untersucht werden, ob die vorübergehende Suspendierung der Insolvenzantragspflicht und die durch das COVInsAG geschaffenen Privilegierungen zur Fremdkapitalaufnahme geeignet sind, die gesetzgeberischen Erwartungen zu erfüllen, und weiterhin, ob die vorübergehende Aufgabe der Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts und das Zurückdrängen, wenn nicht gar Aushebeln des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung, das Ziel einer zu vermeidenden Insolvenzwelle rechtfertigen.

II. Schlüsselnorm § 1 COVInsAG – Suspendierung der Insolvenzantragspflicht bis derzeit zum 30.09.2020

Nach § 15a Abs. 1 InsO haben die Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen. Die Drei- Wochen- Frist ist eine Höchstfrist, sodass selbst aussichtsreiche Sanierungsbemühungen keine Überschreitung derselben rechtfertigen.⁶ § 1 S. 1 COVInsAG setzt die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht bis vorerst zum 30.09.2020 unter den Voraussetzungen der nachfolgenden Sätze 2 und 3 aus.⁷

1. Unsicherheiten und Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung

An die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht knüpft das Gesetz eine Reihe von Ausnahmetatbeständen und Vermu-

tungsregelungen. Eine Vielzahl aktueller Abhandlungen zeigt, dass damit eine Reihe schwieriger und teilweise ungelöster Rechtsfragen zur Anwendbarkeit der Vorschrift einhergehen.⁸ Noch klar und eindeutig ist Satz 1 der Neuregelung. Dieser erfasst sowohl den Insolvenztatbestand der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 1 InsO) wie auch den der Überschuldung bei juristischen Personen (§ 19 Abs. 1 InsO). Sodann beginnen die Probleme.

a) Beruhen der Insolvenzreife auf Folgen der COVID-19-Pandemie

Nach § 1 S. 2 COVInsAG ist die Insolvenzantragspflicht suspendiert, wenn die Insolvenzreife auf der COVID-19-Pandemie „beruht“. Dies soll nach den Gesetzmaterialien⁹ dann der Fall sein, wenn die Insolvenzreife auf die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie zurückzuführen ist. Dies gab Anlass zur Frage, welche Anforderungen an den Ursachenzusammenhang zu stellen sind, also ob zwingend eine Monokausalität verlangt werden muss oder eine kumulative Kausalität ebenfalls ausreicht.

Anzusetzen ist beim gesetzgeberischen Anliegen, eine drohende Insolvenzwelle zu vermeiden. Dies spricht gegen das enge Erfordernis einer Monokausalität, wenn auch diese vielfach vorliegen wird. Ökonomisch führt die COVID-19-Pandemie zum Zusammentreffen eines angebotsseitigen und eines nachfrageseitigen Schocks mit entsprechenden Folgewirkungen für die Ertrags- und Liquiditätslage der Unternehmen. Angebotsseitig brechen Lieferketten zusammen, weil Zulieferer ihre Produktion drosseln oder ganz einstellen müssen, weiterhin weil die grenzüberschreitende Logistik behindert wird, und schließlich weil Arbeitnehmer krankheitsbedingt oder wegen geltender Quarantänevorschriften als Arbeitskraft ausfallen. Gleichzeitig ist die Nachfrage stark reduziert, zum Beispiel weil Konsumenten angesichts unsicherer Zukunftsperspektiven auf Käufe verzichten oder keine Urlaubsreise antreten können. In all diesen Fällen „beruht“ die Insolvenzreife auf der COVID-19-Pandemie.

Ausreichend muss eine kumulative Kausalität sein. Es ist empirisch belegt, dass Insolvenzen regelmäßig durch ein Bündel von Ursachen hervorgerufen werden. Exemplarisch sind eine unzureichende Kapitalausstattung oder Managementfehler im Bereich der Organisation, der Kalkulation und der Investitionspolitik zu nennen.¹⁰ Auch die COVID-19-Pandemie wird vielfach nicht die alleinige Ursache, sondern ein verstärkender Faktor der Wirkungen anderer Krisenursachen sein, sodass unterschiedliche Krisenursachen zum Tragen kommen. All diese Unternehmen in die Antragspflicht zu drängen, konterkariert das gesetzgeberische Anliegen. Folglich kann weder eine Monokausalität oder auch nur eine Hauptursächlichkeit verlangt werden.¹¹

Zu versagen ist der Dispens, wenn die Insolvenzreife auf eine Krisenursache zurückzuführen ist, die von der COVID-19-Pandemie gänzlich unabhängig ist. *Thole*¹² nennt exemplarisch das „Durchbrennen des Geschäftsführers mit dem Gesellschaftsvermögen“, denkbar sind weiterhin hoch spekulative Waren-

³ Die Parlamentsmaterialien sind unter <https://www.bundestag.de/dokumente/parlamentsarchiv/dossier-689782> einsehbar.

⁴ So ausdrücklich Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 19/18110, S. 18 und 42.

⁵ *Pape*, NZI 2020, 393 ff.

⁶ *Baumert*, NZG 2016, 379, 381; *Uhlenbruck*, Der Wirtschaftstreuhänder, 1993, 17, 22; *Gottwald*, KTS 1994, 1, 20.

⁷ § 4 COVInsAG ermächtigt das BMJV, die Regelung im Verordnungswege bis maximal zum 31.03.2021 zu verlängern, wenn dies aufgrund fortbestehender Nachfrage nach verfügbaren öffentlichen Hilfen, andauernder Finanzierungsschwierigkeiten oder sonstiger Umstände geboten erscheint.

⁸ Zum Schrifttum etwa *Born*, NZG 2020, 521 ff.; *Bitter*, ZIP 2020, 685 ff.; *Brüinkmans*, ZInsO 2020, 797 ff.; *Gehrlein*, DB 2020, 713 ff.; *Hölzle/Schulenberg*, ZIP 2020, 633 ff.; *Mock*, NZG 2020, 505 ff.; *Mader/Seitz*, DSiR 2020, 996 ff.; *Pape*, NZI 2020, 393 ff.; *Römermann*, NJW 2020, 1108 ff.; *Schülke*, DSiR 2020, 929 ff.; *Thole*, ZIP 2020, 650 ff.; *Tresselt/Kienast*, COVuR 2020, 21 ff.

⁹ Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 19/18110, S. 22.

¹⁰ Vgl. Antwort der Bundesregierung in BT-Drucksache 13/2416 unter Bezugnahme auf eine ältere Untersuchung der Deutschen Bundesbank aus 1992.

¹¹ *Thole*, ZIP 2020, 650, 652; *Schluck-Amend*, NZI 2020, 289, 290.

¹² *Thole*, ZIP 2020, 650, 652; *Hölzle/Schulenberg*, ZIP 2020, 633, 637 wollen Fälle gänzlich untergeordneter Verursachungsbeiträge von der Privilegierung ausnehmen.

termingeschäfte, bei denen die realisierten Verluste in keinem Zusammenhang zur COVID-19-Pandemie stehen.

b) Aussicht auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bis zum 01.10.2010

Nach § 1 S. 2 COVInsAG ist die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht zudem daran geknüpft, dass Aussicht darauf besteht, eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Weitergehenden Aufschluss, wie diese tatbestandlichen Anforderungen inhaltlich auszufüllen sind, geben die Gesetzesmaterialien nicht. Der Wortlaut jedenfalls weist auf ein qualitatives Weniger zur „offensichtlichen Aussichtslosigkeit“ im Sinne des § 270 b Abs. 1 InsO hin.

Dies vorausgeschickt, ist zunächst mehr als ein bloßer Sanierungswille zu fordern, denn der Gesetzgeber möchte den Sanierungsversuch von den Fällen eines bloßen „Weiterwirtschaffens“ oder gar eines durch den „Shutdown“ verursachten Nichtstuns abgrenzen. Sodann sind die Besonderheiten der COVID-19-Pandemie zu beachten. Die Wirtschaft befindet sich in einer Schockstarre. Beleg dessen ist die signifikante Verschlechterung des ifo-Geschäftsklimaindex.¹³ Aufgegliedert nach Wirtschaftszweigen zeigt die nachfolgende Abbildung, welche Branchen bisher am stärksten in Mitleidenschaft gezogen wurden.

Anteil der Firmen, die unter negativen Auswirkungen der Coronakrise leiden, nach Wirtschaftszweigen	
Wirtschaftszweig	Anteile (in%)
Reisebüros, Reiseveranstalter und Erbringung sonstiger Reservierungsdienstleistungen	● 96,9
Beherbergungsgewerbe	● 85,9
Gastronomie	● 81,8
Herstellung von DV-Geräten, elektronischen und optischen Erzeugnissen	● 76,6
Herstellung von elektrischen Ausrüstungen	● 75,4
Lagerei sowie Erbringung von sonstigen Dienstleistungen für den Verkehr	● 69,4
Maschinenbau	● 67,8
Großhandel	● 64,6
Herstellung von chemischen Erzeugnissen	● 64,1
Vermittlung und Überlassung von Arbeitskräften	● 63,9
Kfz-Handel	● 62,8
Einzelhandel	● 60,0
Herstellung von Kraftwagen und Kraftwagenteilen	● 58,6
Herstellung von Textilien	● 57,1
Metallerzeugung und -bearbeitung	● 55,8
Unternehmensberatung	● 54,2
Landverkehr und Transport in Rohrfernleitungen	● 53,3
Erbringung von Dienstleistungen der Informationstechnologie	● 53,1
Herstellung von Metallerzeugnissen	● 51,9
Herstellung von Nahrungs- und Futtermitteln	● 49,4
Abfallwirtschaft, Recycling	● 46,3
Grundstücks- und Wohnungswesen	● 30,9
Rechts- und Steuerberatung, Wirtschaftsprüfung	● 29,5
Architektur- und Ingenieurbüros	● 28,5

Quelle: ifo Konjunkturumfragen.

Der ifo-Geschäftsklimaindex verdeutlicht, dass die Wirtschaftszweige im Allgemeinen und damit die Unternehmen im Besonderen unterschiedlich von der COVID-19-Pandemie betroffen sind. Daraus leitet sich eine einzelfallbezogene Betrachtung ab. Für viele Unternehmen (Reisebüros, Beherbergungsgewerbe, Gastronomie, Herstellung von Datenverarbeitungsgeräten, elektronischen und optischen Erzeugnissen) ist schlichtweg nicht planbar, ob überhaupt, und wenn ja, wann und in welcher Höhe künftig Umsatzerlöse zu welchen Kosten erzielt werden können. Dann muss es ausreichen, dass über-

haupt aktiv im Sinne des Gesetzgebers gehandelt wird, so nebulös die Sanierungsaussichten letztlich auch sein mögen. Ausreichend ist bereits die Beantragung von Fördermitteln. Selbst dann wird man mit einem Gelingen der Sanierung noch rechnen können. Mehr kann von Unternehmen in schwer

¹³ Vgl. Sauer/Wohlrabe, Konjunkturumfragen im Fokus: Deutsche Wirtschaft in Corona- Schockstarre, einsehbar unter <https://www.ifo.de/DocDL/sd-2020-04-sauer-wohrabe-konjunkturumfrage-coronakrise-2020-04-15.pdf>.

betroffenen Wirtschaftszweigen nicht verlangt werden. Kein Sanierungsberater kann bei der skizzierten Gemengelage ein aussagekräftiges Sanierungskonzept erstellen.¹⁴

Die Anforderungen an die Überwachung des Fortgangs der Sanierung steigen, wenn nach Beendigung des „Shutdown“ wieder hinreichende Planbarkeit besteht. Dann ist in einem ersten Schritt der „Ist-Zustand“ zu ermitteln. Bei allen wirtschaftlichen Verwerfungen, die mit der COVID-19-Pandemie verbunden sind, bedarf dies einer zumindest kurz- bis mittelfristigen Liquiditäts- und Ertragsplanung. Diese Planungen werden insbesondere bei international verflochtenen Unternehmen verschiedene Szenarien unterstellen müssen, aber nur so kann in einem zweiten Schritt ermittelt werden, wie hoch der tatsächliche Liquiditätsbedarf ist, um eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Die den Prognosen zugrundeliegenden Tatsachen müssen ordentlich recherchiert und betriebswirtschaftlich korrekt bewertet werden. Ohne Kenntnis des Liquiditätsbedarfs können schließlich in einem dritten Schritt auch keine Sanierungsmaßnahmen, die zur Überwindung der Liquiditätskrise geeignet sind, eingeleitet werden.

An die Erfolgsaussichten des Sanierungsvorgangs sind geringe Anforderungen zu stellen. Bei verständiger Würdigung der Tatsachen und hierauf aufbauender Prognose muss maßgeblich sein, ob mit einem Gelingen der Sanierung noch gerechnet werden kann oder nicht. Eine Wahrscheinlichkeit von 20 bis 30 % zu fordern, ist bei der vielfach gegebenen Komplexität der Sachverhalte nicht möglich.¹⁵ Andernfalls würde § 1 S. 1 COVInsAG ex-post entwertet, wenn sich das betroffene Unternehmen bei einem Scheitern der Sanierung vorhalten lassen müsste, eine in Prozenten ausgedrückte ausreichende Erfolgsaussicht hätte nicht bestanden. Kann mit einem Gelingen der Sanierung jedoch nicht mehr gerechnet werden, besteht die umgehende Pflicht zur Insolvenzantragstellung.¹⁶

Weder dem Gesetzeswortlaut noch der Gesetzesbegründung ist ein Hinweis zu entnehmen, dass die angestrebte Sanierung, neben dem Aussetzungszeitraum als solchem, einer weiteren zeitlichen Begrenzung unterliegt. Einschränkend hält *Gehrlein*¹⁷ einen Zeitraum von etwa drei Monaten für angemessen, wenn auch in Ausnahmefällen eine Verlängerung zu erwägen sei, sofern sich die Aussichten auf eine künftige Sanierung zur Gewissheit verdichtet hätten. Derartige Überlegungen sind abzulehnen. Die Schwere der Wirtschaftskrise verbietet schematische Vorgaben. Es ist hinreichend spekulativ, wie sich die aktuelle Krise fortentwickelt (etwa zweite oder dritte Corona-Welle, regional unterschiedliche Abwehrmaßnahmen etc.) und ob, wie auch wann, sich die wirtschaftliche Lage der betroffenen Unternehmen wieder normalisiert. Daher kann der gesamte Aussetzungszeitraum bis zum 30.09.2020 genutzt werden.¹⁸

Zum 01.10.2020 muss nach derzeit geltender Rechtslage die Sanierung abgeschlossen, also eine „nachhaltige“ Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit erfolgt sein.¹⁹ Nichts anderes gilt für den weiteren Insolvenzgrund der Überschuldung, genauer das Vorliegen einer positiven Fortführungsprognose bis

zum Ende des laufenden und des folgenden Geschäftsjahres. Andernfalls besteht eine Insolvenzantragsverpflichtung. Sollten noch aussichtsreiche Sanierungsverhandlungen stattfinden, kann die dreiwöchige Höchstfrist nach § 15a Abs. 1 InsO ergänzend genutzt werden.²⁰

c) Vermutungsregelung des § 1 S. 3 COVInsAG

§ 1 S. 3 COVInsAG stellt ergänzend zur Regel-Ausnahmetechnik der Sätze 1 und 2 eine widerlegliche Vermutungsregelung zu Gunsten der antragspflichtigen Organe auf. War das Unternehmen am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig, wird vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Der 31.12.2019 wurde ausweislich eines Wortbeitrages von *Hirte*²¹ in der Plenardebatte als Stichtag gewählt wurde, weil ab diesem Datum staatliche Hilfen beantragt und bewilligt werden können, wenn der Ursachenzusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Insolvenzreife nachgewiesen wird. Durch die Vermutungsregel möchte der Gesetzgeber vermeiden, dass bestehende Unsicherheiten und Schwierigkeiten hinsichtlich eines Nachweises des Ursachenzusammenhangs zwischen COVID-19-Pandemie und Insolvenzreife sowie der Prognostizierbarkeit einer Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit zulasten des Antragspflichtigen gehen.²² An den Gegenbeweis sind zudem „höchste Anforderungen“ zu stellen.

Das Ineinandergreifen der Sätze 1 bis 3 erfordert zunächst einen Blick auf die Beweislastverteilung. Satz 1 geht zu Gunsten des Unternehmens generell von einer Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ab dem 01.03.2020 aus. Satz 2 formuliert zwei Ausnahmen von dieser Regel. Die Beweislast, dass die Ausnahmen zu Lasten des Unternehmens greifen, trifft denjenigen, der sich auf das Bestehen der Antragspflicht beruft. Sofern das Unternehmen zudem nachweist, dass am 31.12.2019 keine Zahlungsunfähigkeit bestand, wird vermutet, dass die Ausnahmen nicht greifen. Der hieran anschließende Gegenbeweis wird sodann erschwert und ist an „höchste Anforderungen“ geknüpft. Zutreffend weisen *Hölzle/Schulenberg*²³ auf die Redundanz der widerleglichen Vermutungsregel hin, da aus dieser eine nochmalige Erhöhung an den nach § 1 S. 2 COVInsAG zu führenden Gegenbeweis nicht hergeleitet werden kann. Die Regelungstechnik von Satz 1 und 2 führt bereits zur Umkehr der Beweislast unter höchsten Anforderungen.

Die Erfolgsaussichten eines Gegenbeweises werden in verschiedener Hinsicht thematisiert.

aa) Vermutungsregel und zum 31.12.2019 überschuldete Unternehmen

Losgelöst von der Frage einer Redundanz der widerleglichen Vermutungsregel wird diskutiert, am 31.12.2019 überschuldeten Unternehmen den Genuss des Dispenses zuzusprechen.²⁴ Vordergründig scheinen diese Unternehmen von der Vermutungsregel zu profitieren, weil sie am 31.12.2019 noch nicht zahlungsunfähig waren. Dieser Ansatz verkennt die Beweislastverteilung. Gelingt der Nachweis einer Zahlungsfähigkeit zum 31.12.2019 liegt die Beweislast immer noch oder wieder bei der Gegenseite. Diese kann eine Insolvenzreife wegen Überschuldung nachweisen, auch wenn „höchste Anforderungen“ daran zu stellen sind. Am 31.12.2019 war die COVID-19-Pandemie auf die zentralchinesische Provinz Hubei und deren Hauptstadt

14 Vgl. *Bitter*, ZIP 2020, 685, 687, welcher auf die Presseerklärung des BMJV vom 16.03.2020 verweist, wonach ursprünglich „ernsthafte Finanzierungs- oder Sanierungsverhandlungen mit begründete Aussichten auf Sanierung gefordert wurden.“ Die Presseerklärung ist einsehbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/031620_insolvenzantragspflicht.html.

15 So aber *Uhlenbruck/Borries*, 15. Aufl. 2020, § 2 Rdnr. 14.

16 *Uhlenbruck/Hirte*, a.a.O., § 1 Rdnr. 4; *Hölzle/Schulenberg*, ZIP 2020, 633, 638; *Thole*, ZIP 2020, 650, 653.

17 *Gehrlein*, DB 2020, 713, 714.

18 *Bitter*, ZIP 2020, 685, 690; *Thole*, ZIP 2020, 650, 653; *Born*, NZG 2020, 521, 523.

19 *Uhlenbruck/Hirte*, a.a.O., § 1 Rdnr. 24; *Hölzle/Schulenberg*, ZIP 2020, 633, 638.

20 *Hölzle/Schulenberg*, ZIP 2020, 633, 638 unter Verweis auf § 249 Abs. 1 ZPO.

21 Vgl. Plenarprotokoll 19/154 S. 46; Überlegungen der Praktikabilität waren entgegen *Gehrlein*, DB 2020, 713, 715 nicht entscheidend.

22 Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 19/18110, S. 22.

23 *Hölzle/Schulenberg*, ZIP 2020, 633, 636; *Schmidt/Löser*, COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 14 Rdnr. 51.

24 *Römermann*, NJW 2020, 1108, 1109; dagegen *Bitter*, ZIP 2020, 685, 689; *Thole*, ZIP 2020, 650, 653; *Schülke*, DStR 2020, 929, 932.

Wuhan beschränkt.²⁵ Folglich wird eine negative Fortführungsprognose und rechnerische Überschuldung zum 31.12.2019 nur in den seltensten Fällen, etwa auf ausgefallenen Lieferketten mit in der Provinz Hubei tätigen Unternehmen zurückzuführen sein. Der Gegenbeweis wird dann erfolgreich geführt.

bb) Sonderfall „Zombieunternehmen“

Mit Blick auf § 1 S. 3 COVInsAG wurde darüber hinaus die Frage aufgeworfen, ob sogenannten „Zombieunternehmen“ der Dispens zu versagen ist.²⁶ Bei „Zombieunternehmen“ handelt es sich um Wirtschaftsteilnehmer, deren Marktaustritt aufgrund unzureichender Erträge notwendig wäre, die jedoch durch niedrige Kreditzinsen und Laufzeitverlängerungen gewährter Darlehen am Leben gehalten werden.²⁷ Für den Untersuchungszusammenhang kann dies nicht entscheidend sein. Das „Zombieunternehmen“ mag ertragsschwach wirtschaften und insbesondere von den niedrigen, weil nicht risikoadäquaten Kreditzinsen profitieren. Allerdings war deren Kapitaldienstfähigkeit, wenn auch in Folge niedriger Kreditzinsen, zum 31.12.2019 vorhanden. Dies war dann ausreichend für eine positive Fortführungsprognose. Erst Recht muss dies für diejenigen Autoren gelten, welche die positive Fortführungsprognose nur liquiditätsorientiert beurteilen.²⁸ Die vorhandene und durch die COVID-19-Pandemie vertiefte Ertragsschwäche dürfte jedoch dazu führen, dass eine Erhöhung des Verschuldungsgrades und damit eine Beseitigung der bestehenden Zahlungsunfähigkeit vielfach ausgeschlossen sein wird und die Unternehmen zum Marktaustritt gedrängt werden.

cc) Insolvenzzreife nach dem 31.12.2019 und vor dem 01.03.2020

Auch bei Eintritt der Insolvenzzreife im Zeitraum vom 01.01.2020 bis 29.02.2020 wird eine Einzelfallbetrachtung in Abhängigkeit davon erforderlich sein, ob ein Unternehmen lokal tätig (Beherbergungsgewerbe, Gastronomie, Fitnessstudio etc.) oder von internationalen Lieferketten abhängig war. In ersterem Fall wird die Vermutung regelmäßig widerlegbar sein. Anders kann dies bei Unternehmen sein, die etwa durch eine Lieferkette mit der zentralchinesischen Provinz Hubei verbunden waren und etwa mit einer vorübergehenden Betriebseinstellung auf den Lieferengpass reagieren mussten.²⁹

2. Legitimationsproblem der Neuregelung

Die Insolvenz als natürliche Folge eines Versagens im Wettbewerb zu sehen, wird der durch die COVID-19-Pandemie hervorgerufenen wirtschaftlichen Ausnahmesituation nicht gerecht. Von der COVID-19-Pandemie sind auch Unternehmen betroffen, deren leistungs- und finanzwirtschaftliche Basis intakt ist. Die vom Gesetzgeber prognostizierte und durch das COVInsAG möglichst abzuwendende Insolvenzwelle würde zu enormen volkswirtschaftlichen Schäden (Forderungs- und Steuerausfälle, Verlust von Arbeitsplätzen etc.) führen. Insofern ist das gesetzgeberische Handeln nachvollziehbar. Dennoch ist § 1 COVInsAG mit dem insolvenzrechtlichen Ordnungsrahmen unvereinbar und muss möglichst zeitlich auf den

30.09.2020 begrenzt bleiben, auch wenn dies unwahrscheinlich sein dürfte.

III. § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG: Haftungsprivilegierung der Geschäftsleiter

An die zu Recht erfolgte Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG werden in § 2 COVInsAG sodann verschiedene Folgen geknüpft, um von der COVID-19-Pandemie betroffenen Unternehmen, die Möglichkeit zu geben, die Insolvenzlage zu beseitigen. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne der §§ 64 Satz 2 GmbHG, 92 Abs. 2 AktG, 130 a Abs. 1 HGB, 92 Abs. 2 GenG vereinbar.

1. Uferlose Ausdehnung erlaubter Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG nimmt einen Paradigmenwechsel zur bisherigen Rechtslage vor. De lege lata wurde bislang bei objektiv bestehender Insolvenzzreife vermutet, dass die aus dem Gesellschaftsvermögen geleisteten Zahlungen – die Begrifflichkeit ist im weitesten Sinne zu verstehen – schuldhaft ausgelöst wurden. Diese Vermutung kann seitens des Geschäftsleiters durch den Nachweis widerlegt werden, dass die konkrete Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar war. Der hierfür anzulegende Maßstab bestimmt sich maßgeblich an dem besonderen Zweck des § 64 S. 2 GmbHG und der Parallelvorschriften, die verteilungsfähige Vermögensmasse im Interesse der Gläubigergesamtheit zu erhalten und eine zu ihrem Nachteil gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern.³⁰

So können etwa Zahlungen auf Wasser-, Strom- und Heizrechnungen ausnahmsweise nicht „verboten“ sein, wenn andernfalls der Betrieb im Zweifel sofort eingestellt werden muss, was jede Chance auf Sanierung oder Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht hätte. Sanierungsabsicht allein entschuldigt Zahlungen nach Insolvenzzreife nicht. Nach einem Verstreichen der dreiwöchigen Höchstfrist ist es nicht mehr gerechtfertigt, den Geschäftsführer zu privilegieren, wenn er seine Entscheidung zur Betriebsfortführung an die Stelle eines dafür zuständigen vorläufigen Insolvenzverwalters setzt.³¹ Selbst aussichtsreiche Sanierungsmaßnahmen rechtfertigen keine Fristüberschreitung.

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG löst sich vollständig von der bisherigen Konzeption. Die Zahlungen müssen lediglich im „ordnungsgemäßen Geschäftsgang“ erfolgen. Beispielhaft nennt der Gesetzgeber die Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder die Umsetzung eines Sanierungskonzepts, etwaig auch im Zuge der Neuausrichtung des Geschäfts.³² Eine Neuausrichtung soll dann zu billigen sein, wenn die bisherige Geschäftstätigkeit wegen behördlicher Einschränkungen nicht mehr ausgeübt werden kann und deshalb ein Ausweichen in andere Geschäftsfelder geboten ist. Dies könnte in Betracht kommen, wenn ein an der Aufnahme von Gästen gehindert Hotel Zimmer dauerhaft vermietet oder die Herstellung von Leibwäsche auf Atemschutzmasken umge-

25 Vgl. die Faktensammlung in NZZ vom 11.05.2020, einsehbar unter <https://www.nzz.ch/international/coronavirus-vom-lockdown-zu-lockerung-interaktive-grafik-ld.1555627>.

26 Thole, ZIP 2020, 650, 651; Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633, 636 f.

27 Vgl. hierzu aktuell BVerfG, Urteil vom 05.05.2020 – 2 BvR 859/15, wonach als Nebenfolge der expansiven EZB-Geldpolitik das Phänomen „Zombieunternehmen“ verursacht wird.

28 Zum Streitstand vgl. Harz/Bornmann/Conrad/Ecker, NZI 2015, 737, 742; Ehlers, NZI 2011, 161, 162; Sikora, ZInsO 2010, 1761, 1763; Wolf, DStR 2009, 2682, 2683; Dahl, NZI 2008, 719, 720; für ein „Durchfinanzieren“ insbesondere Frystatzki, NZI 2011, 173, 175 f.; Wackerbarth, NZI 2009, 145, 145; Bork, ZIP 2000, 1709, 1710.

29 Uhlenbruck/Hirte, a.a.O., § 1 Rdnr. 29. Warum die Kommentierung allerdings auf den 13.03.2020 rekurriert, erschließt sich nicht.

30 BGH, Urteil vom 08.01.2001 – II ZR 88/99; BGH, Beschluss vom 05.11.2007 – II ZR 262/06; BGH, Hinweisbeschluss vom 24.09.2019 – II ZR 248/17.

31 OLG München, Urteil vom 22.06.2017 – 23 U 3769/16; Strohn, NZG 2011, 1161, 1166 und die unter Fn. 6 genannten.

32 Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 19/18110, S. 23.

stellt wird.³³ Privilegiert sind somit jegliche Zahlungen, die der Fortsetzung des Geschäftsbetriebs in irgendeiner Art und Weise dienlich sind. „Verboten“ sind etwa noch die Rückzahlung von Altdarlehen, die vor Aussetzung der Antragspflicht gewährt worden waren und deshalb nicht in den Anwendungsbereich des § 2 COVInsAG fallen, oder Zahlungen, obwohl mit einem Gelingen der Sanierung nicht mehr gerechnet werden kann.

2. Geringschätzung der Gläubigerinteressen und vielfach bloßes Hinausschieben der Insolvenz

Der Gesetzgeber möchte den Geschäftsleiter vor den mit der Betriebsfortführung verbundenen Haftungsrisiken schützen.³⁴ Dies ist gelungen, aber mit welchen Folgen. Kehrseite der Medaille ist, dass mit Aufgabe der Massesicherungspflicht die wirtschaftlichen Risiken einer Betriebsfortführung einseitig den Gläubigern zugewiesen werden. Sollten keine durchgreifenden und letztlich erfolgreichen Sanierungsmaßnahmen erfolgen, droht die Verwirtschaftung des letzten Gesellschaftsvermögens. Weiterhin werden im Rahmen der Betriebsfortführung neue Gläubigerbeziehungen begründet, was im Fall einer Insolvenz vielfach auf eine Minimalquote, wenn überhaupt, hinauslaufen dürfte.

Zudem wird sich ein Leitungsorgan fragen müssen, ob es sinnvoll ist, die mit den §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG verbunden Risiken einzugehen. Dies betrifft insbesondere Unternehmen, die von einem Nachfrageschock in konsumnahen Dienstleistungsbranchen (Beherbergungsgewerbe, Gastronomie) betroffen sind. Eine rasche und vollständige Rückkehr von Umsätzen und Erträgen zum Vorkrisenniveau ist eher unwahrscheinlich – zumal bei einem durchaus möglichen „L-förmigen“ Verlauf der weiteren Wirtschaftsentwicklung. Die staatlich gewährten Liquiditätshilfen, sofern geflossen, sind zur Begleichung der laufenden Kosten irgendwann verbraucht und eine Ertragssteigerung nicht möglich. Vielfach wird es dann so oder so auf einen Insolvenzantrag hinauslaufen. Dies gilt umso mehr, als zumindest im Recht der GmbH eine D&O-Versicherung nach Rechtsprechung der Instanzgerichte nicht bei einer Inanspruchnahme durch den späteren Insolvenzverwalter schützen soll.³⁵ Eine höchstrichterliche Entscheidung steht hierzu aus.

IV. § 2 Abs. 1 Nr. 2 HS. 1 COVInsAG: Überbrückungskreditprivileg

§ 2 Abs. 1 Nr. 2 HS. 1 COVInsAG erklärt die bis zum 30.09.2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits sowie die im Aussetzungszeitraum erfolgte Bestellung von Sicherheiten zur Absicherung solcher Kredite als nicht gläubigerbenachteiligend. Regelungstechnisch handelt sich um eine unwiderlegliche gesetzliche Fiktion.

1. Rückbau des Gläubigerschutzes durch temporäres Außerkraftsetzen des Anfechtungsrechts

Mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 HS. 1 COVInsAG hat der Gesetzgeber eine weitreichende Privilegierungsvorschrift geschaffen. Anliegen ist es, durch Überbrückungskredite den kurz- bis mittelfristigen Liquiditätsbedarf der Unternehmen zu decken. Wirtschaftliche Nachteile der Darlehensgeber, die mit einem In-

solvenzverfahren und der Anfechtung von Darlehensrückzahlung und Sicherheitenbestellung verbunden sein können, sollen ausgeschlossen werden.³⁶ Die damit verbundenen Nachteile für die Gläubiger Gesamtheit in einer möglichen Folgeinsolvenz sind, so ausdrücklich die Gesetzesbegründung, hinzunehmen.³⁷

Über die Voraussetzungen des § 1 COVInsAG hinaus muss die Kreditvergabe im Aussetzungszeitraum, also vom 01.03.2020 bis zum 30.09.2020 erfolgen. Zudem muss es sich um einen neuen Kredit („fresh money“) handeln. Bei einer bloßen Novation oder Prolongation und wirtschaftlich vergleichbaren Sachverhalten, die etwa auf ein Hin- und Herzahlen hinauslaufen, kommt das Überbrückungskreditprivileg nicht zur Anwendung.³⁸ Für die Annahme eines neuen Kredits genügt es, wenn der Kreditgeber eine bestehende Kreditlinie nicht sperrt oder kündigt, sondern das Unternehmen über die eingehenden Gelder im laufenden Geschäftsbetrieb weiter verfügen lässt.³⁹ Weitere Anforderungen werden an den Überbrückungskredit nicht gestellt.

Der auf die Überbrückungskredite geleistete Kapitaldienst (Zins und Tilgung) gilt bis zum 30.09.2023 als nicht gläubigerbenachteiligend im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO und unterliegt damit in einem späteren Insolvenzverfahren nicht der Insolvenzanfechtung. Ebenfalls muss die Sicherheitenbestellung im Aussetzungszeitraum erfolgt sein. Privilegiert ist ausschließlich die anfängliche, kongruente Besicherung.⁴⁰ Der Sicherungsnehmer muss einen Anspruch auf gerade die konkret eingeräumte Sicherheit haben.

2. Suche nach neuen Fremdkapitalgebern vermutlich erfolglos

Es muss bezweifelt werden, dass Darlehensgeber, sich auf ein derartiges „Vabanque-Spiel“ einlassen. Die Vorschrift setzt voraus, dass eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG zu Recht erfolgte. Um das künftige Anfechtungsrisiko belastbar einschätzen zu können, müsste der außerhalb der Gesellschaft stehende Geldgeber eine eigene Prüfung der Unternehmensinterna durchführen. Wurde der Insolvenzantrag rechtswidrig nicht gestellt, so erhält der Darlehensgeber nach Durchsetzung der Anfechtungsansprüche „nichts“.

Auch ist die gesetzgeberische Konzeption als solches zu hinterfragen. Werden die Sicherheiten nicht regelmäßig für Altkredite bereits verbraucht sein, mit der Folge, dass eine Kreditgewährung ausgeschlossen ist? Wer nichts hat, hat auch keinen Kredit!⁴¹ Ist weiterhin die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, also eine Ertragssituation überhaupt vorhanden, um künftig auch den zusätzlichen Kapitaldienst zu leisten? Dies zumal, wenn eine Herabstufung der Bonität zu steigenden Risikoauflagen führt? Sind die betrieblichen Erträge hoch genug, parallel erforderliche Investitionen zu tätigen, etwa um das Lager aufzustocken, umso die Abhängigkeit von internationalen Lieferketten zu reduzieren? Stichworte sind hier die diskutierte Zertifizierung einer ausreichenden Lagergröße in der Automobilzulieferindustrie und ein mögliches europäisches Lieferkettengesetz. Bei Abwägung des „Für“ und „Wider“ dürfte die Inanspruchnahme des Überbrückungskreditprivilegs als eher gering zu prognostizieren sein.

33 Gehrlein, DB 2020, 713, 720; Bitter, ZIP 2020, 685, 691.

34 Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 19/18110, S. 23.

35 OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.07.2018 – 1-4 U 93/16; OLG Celle, Beschluss vom 01.04.2016 – 8 W 20/16; Cyrus, NZG 2018, 7, 8; anders etwa Armbrüster/Schilbach, ZIP 2018, 1853, 1855 ff.; Bauer/Malitz, ZIP 2018, 2149, 2152 ff.

36 Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 19/18110, S. 23.

37 Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 19/18110, S. 20.

38 Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 19/18110, S. 23.

39 Uhlenbruck/Borries, a.a.O., § 2 Rdnr. 23; Thole, ZIP 2020, 650, 655.

40 Uhlenbruck/Borries, a.a.O., § 2 Rdnr. 29; Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633, 642.

41 Wüst, JZ 1985, 817, 820.

V. § 2 Abs. 1 Nr. 2 HS. 2 COVInsAG: Gesellschafterprivileg

Mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 HS. 2 COVInsAG wird neben dem Kleinst- und Sanierungsprivileg (§ 39 Abs. 4, 5 InsO) ein weiterer Ausnahmetatbestand im Recht der Gesellschafterfremdfinanzierung geschaffen. Nunmehr gelten auch die Rückgewähr von im Aussetzungszeitraum gewährten Gesellschafterdarlehen und Zahlungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen als nicht gläubigerbenachteiligend. Auch hier handelt es sich um eine unwiderlegliche gesetzliche Fiktion. Zudem finden §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 44a InsO in Insolvenzverfahren, die bis zum 30.09.2023 beantragt werden, keine Anwendung. Die Besicherung von Gesellschafterdarlehen ist von der Regelung ausgenommen.

1. Neuerlicher Rückbau des Gläubigerschutzes bei Gesellschafterfremdfinanzierung

Mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 HS. 2 COVInsAG möchte der Gesetzgeber einen weiteren Anreiz schaffen, dem Unternehmen in der Krise Liquidität zuzuführen. Die Vorschrift lehnt sich durch die verwandten Begrifflichkeiten „Gesellschafterdarlehen“ sowie „Zahlungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“ an § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO an.

Es werden alle zeitlich befristeten Mittelüberlassungen von Gesellschaftern erfasst. Es muss sich um neu gewährtes Fremdkapital handeln. Kein „fresh money“ stellt etwa die Prolongation oder Neuvergabe eines bislang nachrangigen Gesellschafterdarlehens zum Zwecke oder mit der Wirkung einer Rangaufwertung dar. Bei wirtschaftlicher Betrachtung fließt in diesen Konstellationen dem Unternehmen kein „fresh money“ zu.⁴² Auch reicht ein „Stehenlassen“ von Tätigkeitsvergütungen, Mieten oder Lizenzgebühren aus besseren Zeiten als Vereinbarungsdarlehen nicht. Entsprechendes gilt für die Nichtausübung eines Kündigungsrechts wegen einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse.

Unterschiedlich beurteilt wird, wie vor dem Aussetzungszeitraum gegebene Darlehenszusagen zu behandeln sind. Der Gesetzgeber möchte den effektiven Mittelzufluss privilegieren. Ob die Finanzierungsentscheidung vor dem 01.03.2020 getroffen wurde, ist daher unerheblich, zumal dem Gesellschafter vor Auszahlung das Kündigungsrecht nach § 490 Abs. 1 BGB zur Seite steht.⁴³

Bis zum 30.09.2023 rückgezahlte Gesellschafterdarlehen gelten als nicht gläubigerbenachteiligend und unterliegen nicht der Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Erfasst sind wiederum Zins und Tilgung. Noch bestehende Rückzahlungsansprüche erfahren in bis zum 30.09.2023 beantragten Insolvenzverfahren eine Rangaufwertung in den nach § 38 Abs. 1 InsO. § 44a InsO findet auf gesellschafterbesicherte Drittleistungen keine Anwendung. Daraus folgt, dass der Darlehensgeber die Forderung in der Insolvenz in voller Höhe verfolgen kann.

2. Sanierungsbereitschaft dürfte kaum steigen

Dass dieses Konzept aufgeht, muss wiederum kritisch gesehen werden. Die Schwäche liegt neben der vielfach limitierten Leistungskraft der Gesellschafter in der weiteren Anwendbarkeit des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO – sofern freie Sicherheiten überhaupt vorhanden sind. Bei einem Scheitern der Sanierung kann auf

diese nicht zurückgegriffen werden. Die Tabellenforderung wird wirtschaftlich wertlos sein. Wenn schon der Gesetzgeber wesentlicher Regularien der Insolvenzordnung temporär außer Kraft setzt, wäre es konsequent, den in 1998 eingeschlagenen Weg einer „Rechtsrückbildung“⁴⁴ weiter zu beschreiten und auch § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO für unanwendbar zu erklären. Durch das Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen sowie dem Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich seinerzeit der zwischenzeitlich aufgehobene § 32a III GmbHG (nunmehr § 39 Abs. 4, 5 InsO) um ein Sanierungs- und Kleinstbeteiligungsprivileg ergänzt und damit der Anwendungsbereich des Eigenkapitalrechts massiv beschnitten.⁴⁵

VI. § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG: Bankenprivileg

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG sind Kreditgewährungen und Besicherungen im Aussetzungszeitraum nicht als sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung anzusehen. Es handelt sich wiederum um eine unwiderlegliche gesetzliche Fiktion, die das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit in den Verweisungsnormen der §§ 138, 826 BGB ausschließt.

1. „Durch drei berichtigende Worte des Gesetzgebers werden ganze Bibliotheken zur Makulatur“

Diese Feststellung von *Julius v. Kirchmann*⁴⁶ kann für § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG uneingeschränkt Geltung beanspruchen. Bisher fand die Rechtsprechung zur sittenwidrigen Kreditvergabe bei einer Sanierungsentscheidung maßgeblich Berücksichtigung. Nach dem Grundsatzurteil des BGH⁴⁷ vom 09.07.1953 ist eine Bank, die einem insolvenzreifen Unternehmen zum Zwecke der Sanierung Kredit gegen Sicherheitsleistungen gewährt und dadurch bewirkt, dass möglicherweise Dritte zu ihrem Schaden über die Kreditwürdigkeit des Unternehmens getäuscht werden, in der Regel verpflichtet, vor der Krediteinräumung durch einen branchenkundigen Wirtschaftsfachmann eingehend und objektiv prüfen zu lassen, ob das Sanierungsvorhaben Erfolg verspricht. Unterlässt sie diese Prüfung, ohne stichhaltige Gründe dafür zu besitzen, oder konnte sie aufgrund der Prüfung nicht von den Erfolgsaussichten des Vorhabens überzeugt sein, dann sind die im Zusammenhang mit der Kreditgewährung geschlossenen Sicherungsübereignungsverträge nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Eine sittenwidrige Kreditgewährung kann darüber hinaus auch einen Schadensersatzanspruch anderer Gläubiger gemäß § 826 BGB auslösen.

Dem Verhalten der Banken wird somit wegen ihres Informationsvorsprungs und ihrer finanziellen Macht die Bedeutung eines Vertrauenstatbestandes hinsichtlich der Kreditwürdigkeit ihres Kreditnehmers zugesprochen; es lässt sich insoweit von einer Art Leitungsmacht der Bank mit entsprechender Verantwortung für Dritte sprechen.⁴⁸

§ 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG soll ausweislich der Gesetzesbegründung⁴⁹ die Rechtssicherheit für die Banken erhöhen. Die Voraussetzungen eines Sittenverstoßes (§§ 138, 826 BGB) werden zudem bei der Gewährung von Krediten und/ oder deren Besicherung im Rahmen der finanziellen Stützung von Unternehmen, die durch die Corona-19-Pandemie in eine akute Schieflage geraten sind, so heißt es weiter, in aller Regel nicht vorliegen. Von der Vorschrift sind auch Prolongationen

42 Vgl. auch Weiß, Der Sanierungsberater, 2020, 35 f., Anm. zu BGH, Urteil vom 21.11.2019 – IX ZR 223/18, zur ähnlichen Problematik einer Gläubigerbenachteiligung bei Darlehensrückführung an den Gesellschafter, wenn der Gesellschaft in diesem Umfang eine weitere Darlehensforderung gegen den Gesellschafter zusteht.

43 Thole, ZIP 2020, 650, 656; abweichend Mock, NZG 2020, 505, 507.

44 So Westermann, in FS Zöllner, 1998, 607.

45 BGBl. 1998 Teil I, S. 707 ff.; BGBl. 1998 Teil I, S. 793 ff.

46 Zitiert nach K. Schmidt, JZ 1984, 880.

47 BGH, Urteil vom 09.07.1953 – IV ZR 242/52.

48 So Schiemann, in FS Gernhuber, 1993, 387, 404 f.

49 Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 19/18110, S. 24.

und Novationen erfasst. Ergänzend sind Stundungen zu nennen.⁵⁰

Damit wird ohne „Wenn“ und „Aber“ die sich über Jahrzehnte ausdifferenzierte Rechtsprechung, die einen unseriösen Sanierungsversuch sanktionieren wollte, für unanwendbar erklärt. Rechtssicherheit für die Bank mag damit verbunden sein, aber wiederum ebenso eine massive Minderung des Gläubigerschutzes.

2. Entscheidungsprozess der Bank komplexer

Allerdings ist die Rechtsprechung zu § 826 BGB nur ein Aspekt bei der Kreditvergabe. Die Bank ist verpflichtet, eine am Risiko der Kreditvergabe orientierte Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse vorzunehmen, und zwar auch unterhalb der Schwellenwerte des § 18 Abs. 1 KWG. Grundlage jeder ordnungsgemäßen Kreditgewährung ist es, vom Kreditnehmer die Gewähr zu erhalten, dass er den Kredit pünktlich bedienen kann (Zins und Tilgung). Im Mittelpunkt der Kreditierung steht damit die künftige Kapitaldienstfähigkeit, welche im Zuge der COVID-19-Pandemie nicht nur bei „Zombieunternehmen“ vielfach nicht mehr vorhanden sein wird. Hierauf wurde bereits mehrfach hingewiesen.

Zudem setzt die unzureichende Ertragslage der Banken und damit das Aufzehren des Eigenkapitals einer expansiven Kreditvergabe in der COVID-19-Pandemie Grenzen. Notleidende Kredite beeinflussen die Eigenkapitalquoten der Banken auf mehrfache Weise. Zum einen verschlechtern Kreditausfälle direkt die Ertragslage. Eine erforderliche Wertberichtigung führt sodann zu einer weiteren Verminderung des Eigenkapitals. Dies wiederum führt zu einer geringeren Kreditvergabe, da jeder Neukredit risikoadäquat mit Eigenkapital hinterlegt sein muss.⁵¹ Mithin werden die Banken das Kreditvolumen gar nicht massiv ausweiten können und zudem Garantien der KfW einfordern.

VII. § 2 Abs. 3 COVInsAG: KfW-Privileg

§ 2 Abs. 3 COVInsAG erklärt Absatz 1 Nr. 2 und 3 für Kredite anwendbar, die von der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) und ihren Finanzierungspartnern oder von anderen Institutionen im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme anlässlich der Covid-19-Pandemie gewährt werden, und zwar auch dann, wenn der Kredit nach dem Ende des Aussetzungszeitraums gewährt oder besichert wird, und dies unbefristet für deren Rückgewähr.

1. Denkbar weitreichende Privilegierung staatlicher Hilfsprogramme

Die ohnehin schon großzügigen zeitlichen Beschränkungen nach Absatz 1 Nr. 2 und 3 werden für Finanzierungsbeiträge aufgehoben, die im Rahmen der staatlichen Hilfsprogramme gewährt werden. Weder müssen Kreditvergabe und Besicherung im Aussetzungszeitraum erfolgen, noch ist eine Rückgewähr der Kredite bis zum 30.09.2023 erforderlich. Neben der Nichtanwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO werden auch die §§ 138, 826 BGB nebst Rechtsprechung entfristet. Durch die im Rahmen der Vergabekontrolle bestehenden Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten ist ausweislich der Gesetzesbegründung die Entfristung für die Kreditvergabe, weiterhin deren Besicherung und Rückgewähr gerechtfertigt.⁵²

⁵⁰ Thole, ZIP 2020, 650, 656.

⁵¹ Deutsche Bundesbank, Monatsbericht 01/2018. Gemäß der Definition der European Banking Authority (EBA) gilt ein Kredit im Allgemeinen dann als notleidend, wenn der Schuldner mit den Zins- und/ oder Tilgungszahlungen mehr als 90 Tage im Verzug ist, oder eine vollständige Erbringung der Zins- und/ oder Tilgungsleistungen in der Zukunft unwahrscheinlich ist.

2. Schlüsselrolle der KfW, Verschieben der Corona-Folgekosten in die Zukunft und zu erwartender Schuldenerlass

Mit der Vorschrift wurde die denkbar weiteste Privilegierung für die KfW und deren Finanzierungspartner geschaffen. Der Bund als Haupteigner der KfW und damit letztlich der Steuerzahler spannt den Schutzschirm über die deutsche Wirtschaft. Die KfW sichert etwa den „KfW-Schnellkredit“ in voller Höhe ab. Dies lässt den Schluss zu, dass der Gesetzgeber die praktische Anwendbarkeit der Privilegierungen nach Absatz 1 Nr. 2 und 3 in der COVID-19-Krise selbst zurückhaltend bewertet.

Das Ergebnis der Kreditvergabe ist zwangsläufig die Erhöhung des Verschuldungsgrades der Unternehmen. Ob die künftig erwirtschafteten Erträge ausreichend sind, den zusätzlichen Kapitaldienst zu leisten, wird hinten angestellt und dürfte vielfach unrealistisch sein. Nahe liegend erwägt *Hirte*⁵³ bei negativer Fortführungsprognose und damit einhergehender Insolvenzantragspflicht bereits einen Schuldenerlass der KfW oder alternativ einen Debt-Equity-Swap, um die ausgereichten Darlehen zu restrukturieren. Die Vorstellung einer auch nur vorübergehenden KfW-Beteiligung bzw. des KfW-Finanzierungspartners an einer Vielzahl von Unternehmen ist ernüchternd.

VIII. Fazit

Der mit der COVID-19-Pandemie einhergehende „Shutdown“ führt zu einem massiven Liquiditätsbedarf der Unternehmen. Die zügige Schaffung eines Rechtsrahmens, der sich dieser Herausforderung stellt, war ein Gebot der Stunde. Dennoch muss die Kritik zwiespältig ausfallen.

Der KfW und damit dem Steuerzahler wird die Schlüsselrolle bei der aktuellen Krisenbewältigung zugewiesen. Dies ist mit einer marktwirtschaftlichen Ordnung nur schwer in Einklang zu bringen. Die Kreditversorgung der Wirtschaft ist originäre Aufgabe der Banken, die mit einem risikoadäquaten Kreditzins belohnt werden muss. Damit wiederholt sich das Vorgehen in der Finanzkrise, in welcher zur Stützung des Bankensektors die Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung (FMSA) errichtet und kapitalisiert wurde.

Zusätzlich zu den Fehlentwicklungen der expansiven EZB-Geldpolitik tritt nun die Bereitstellung von staatlichen Liquiditätshilfen mit der Feuerkraft einer „Bazooka“. Die Folge ist eine weitere „Zombifizierung“ der Wirtschaft, das zeitliche Hinausschieben der Marktberreinigung und eine Akkumulation der hieraus resultierenden Folgeschäden.

Die Verlängerung des Aussetzungszeitraums nach § 4 COVInsAG ist wahrscheinlich, fast zwingend. Wenn bereits jetzt ein künftiger Schuldenerlass seitens der KfW erwogen wird, sollte dies auch der Öffentlichkeit und damit dem Steuerzahler offen kommuniziert werden, um so Transparenz für jedermann zu schaffen. Sollte ein Schuldenlass nicht großflächig erfolgen, sind Ausweichreaktion der Unternehmen in das vorläufige Eigenverwaltungs- wie auch das Schutzschirmverfahren vorprogrammiert, um unbesicherte Verbindlichkeiten abzuschneiden und den zu leisteten Kapitaldienst an die künftige Ertragslage anzupassen.

In diesem Fall führt die Konzeption des COVInsAG durch die Deregulierung des insolvenzrechtlichen Ordnungsrahmens dazu, die wirtschaftlichen Folgekosten der COVID-19-Pandemie den einfachen steuerzahlenden Insolvenzgläubigern aufzubürden. Der Gesetzgeber sollte das COVInsAG nachbessern und die Erlassvoraussetzungen rechtssicher formulieren.

⁵² Begründung des Gesetzentwurfes, BT-Drucks. 19/18110, S. 25.

⁵³ *Uhlenbruck/Hirte*, a.a.O., § 1 Rdnr. 25.