

Gerrit Hölzle<sup>\*)</sup>/Annika Schulenberg<sup>\*\*)</sup>

## Das „Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG)“ – Kommentar

*Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat am 23. 3. 2020 den Entwurf eines „Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ vorgelegt, den das Bundeskabinett noch am selben Tag als Formulierungshilfe für die Koalitionsfraktionen beschlossen hat. Der Gesetzesentwurf, der die Beschlussfassung im Bundestag am 25. 3. 2020 (BT-Drucks. 19/18110) im Schnellverfahren durchlaufen hat und im Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Beitrages bereits in Kraft getreten ist, sieht im Bereich des Insolvenzrechts unter anderem die vorübergehende Aussetzung der Insolvenzantragspflichten vor und ordnet zugleich weitergehende Rechtsfolgen, insbesondere die Begrenzung der Organhaftung für während der COVID-19-Pandemie geleistete Zahlungen, an. Dieser Beitrag kommentiert die unter dem Namen „COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz“ („COVInsAG“) in Kraft getretenen insolvenzrechtlichen Regelungen.*

### I. Hintergrund, Gesetzgebungsverfahren und Vorgängerregelungen

#### 1. Einführung

Es deutet sich schon jetzt an, dass neben den medizinischen und gesellschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie vor allem die wirtschaftlichen Folgen ein noch nie dagewesenes Ausmaß annehmen werden, das selbst die Folgen der Finanzkrise 2008/09 deutlich in den Schatten stellen wird. Ging die Krise damals von der Finanzwirtschaft aus, konnten ihre Folgen auf den Schultern einer im Grundsatz starken Realwirtschaft abgemildert werden; heute ist die Realwirtschaft betroffen, sind vor Beginn der Corona-Krise kerngesunde Unternehmen in ihrer Existenz akut bedroht und infizieren so die Finanzwelt. Es darf wohl ohne Übertreibung befürchtet werden, dass der Zusammenbruch auch den stärksten Volkswirtschaften weltweit droht. Schnelles und beherrschtes Handeln der Politik, nicht nur bei der Bekämpfung der Ausbreitung des Virus, sondern auch bei der Bekämpfung des Flächenbrandes in der

Wirtschaft, vor allem im Mittelstand, dem Fundament des deutschen Wohlstandes, ist daher alternativlos.

Die Bundesregierung hat den betroffenen Unternehmen Hilfe in Gestalt eines Maßnahmenbündels zugesagt, das neben mikroinvasiven Maßnahmen wie z. B. Steuerstundungen vor allem ein bereits auf den Weg gebrachtes „Milliarden-Schutzschild“<sup>(1)</sup> umfasst, der u. a. mit einem erleichterten Zugang zu Förderkrediten und Bankbürgschaften durch Erhöhung der Risikobeiträge des Bundes in Schieflage geratenen Unternehmen unbürokratisch und schnell helfen soll. Allein, die Bereitstellung und die Eröffnung des Zugangs zu den Hilfsmitteln, von Bearbeitungsengpässen bei den einzubeziehenden Banken gar nicht zu sprechen, kostet Zeit. Zeit, die in akute Existenznot geratene Unternehmen unter Geltung des § 15a InsO, in dessen Anwendung in der gegenwärtigen Situation wohl nicht einmal die 3-wöchige Höchstfrist ausgeschöpft werden dürfte, nicht haben. Selbst wenn die Aussicht auf schnelle Hilfen ein Zuwarten erlaubte, erschweren die gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote, allen voran § 64 GmbHG, die Aufrechterhaltung von Betrieben. Um betroffenen Unternehmen diese notwendige Zeit zu verschaffen, kündigte Bundesjustizministerin *Lambrecht* am 16. 3. 2020 an, das von der Bundesregierung beschlossene Hilfsprogramm mit einer Aussetzung der Insolvenzantrags-

<sup>\*)</sup> Prof. Dr. habil., Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht und Fachanwalt für Steuerrecht. Partner der Sozietät GÖRG in Bremen/Hamburg/Hannover und Honorarprofessor an der Universität Bremen, Mitglied des dortigen Instituts für Handelsrecht.

<sup>\*\*)</sup> Rechtsanwältin bei GÖRG, Bremen.

1) Vgl. dazu gemeinsame Presseerklärung von Bundesministerium der Finanzen (BMF) und Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) v. 14. 3. 2020, „Ein Schutzschild für Beschäftigte und Unternehmen“, S. 3 f. abrufbar unter: [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/schutzschild-fuer-beschaeftigte-und-unternehmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=14](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/schutzschild-fuer-beschaeftigte-und-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=14), zuletzt abgerufen am 24. 3. 2020.

pflicht zu flankieren. Als Vorbild sollten dabei, so die Presseerklärung, die anlässlich der Naturkatastrophen 2002, 2013 und 2016 verabschiedeten Gesetze dienen.<sup>2)</sup>

## 2. Vorbild: Aufbauhilfegesetze der Jahre 2002, 2013 und 2016

Der Rekurs auf die Aufbauhilfegesetze der Jahre 2002, 2013, 2016, durch welche die Insolvenzantragspflichten nach § 15a InsO schon einmal als Reaktion auf eine temporäre Krise ausgesetzt wurden, lag nahe. So nötig die Aussetzung der Antragspflichten durch die Vorbildgesetze war, so deutlich blieben sie in ihrer Regelungsreichweite doch hinter den praktischen Bedürfnissen zurück. Insbesondere die Ausstrahlung eingetretener Insolvenzgründe vor allem auf gesellschaftsrechtliche Zahlungsverbote war damals nicht gesehen und entsprechend nicht geregelt worden.<sup>3)</sup> Das Ziel des Gesetzgebers, unverschuldet in die Existenzbedrohung geratene, zuvor gesunde Unternehmen vor der Insolvenz zu bewahren, war damit verfehlt. Hinzu kam, dass auch die Auslegung des tatbestandlichen Kausalitätserfordernisses, wonach der Eintritt der Insolvenzgründe auf den Auswirkungen der jeweiligen Naturkatastrophe „beruhen“ musste, mit erheblicher Rechtsunsicherheit behaftet war.<sup>4)</sup>

## 3. Das Gesetzgebungsverfahren zum COVInsAG

Der erste „Entwurf eines Gesetzes zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht [...] aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2“<sup>5)</sup> war eng an die Vorbildgesetze angelehnt, trug aber zugleich der an den Vorbildgesetze geübten Kritik Rechnung. So verlangte der Entwurf zwar, dass eine eingetretene Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie „beruht“ und ordnete eine Aussetzung der Antragspflicht nur an, „solange aufgrund ernsthafter Finanzierungs- oder Sanierungsbemühungen eines Antragspflichtigen begründete Aussichten auf Sanierung bestehen“. Dabei war im Vergleich zu den Vorbildgesetzen aber eine Erleichterung dahingehend vorgesehen, dass die Kausalität der Auswirkungen der Pandemie für die eingetretene Insolvenzreife vermutet wurde, wenn die Insolvenzreife am oder nach dem 13. 3. 2020 eingetreten war. Zudem schloss der Entwurf auch bereits die im Rahmen der Vorbildgesetze aufgezeigten Lücken im Bereich der Zahlungsverbote, indem er zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs erforderliche Zahlungen als für mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar erklärte.

In der unverzüglich aufflammenden Diskussion, wurde schnell der Ruf nach deutlich weitergehenden Regelungen laut.<sup>6)</sup> Drängend erschien insbesondere eine Beantwortung der Frage nach Haftungs- und Anfechtungsrisiken von Kreditgebern im Überbrückungszeitraum. Zu begrüßen ist deshalb, dass das BMJV in seinen weiteren Entwürfen hierauf reagiert, nachgebessert und schließlich mit dem finalen Entwurf des COVInsAG einen umfangreichen Regelungskatalog vorgelegt hat, der am 23. 3. 2020 vom Bundeskabinett als Formulierungshilfe für die Koalitionsfraktionen beschlossen worden ist. Das Gesetz soll nach den Ankündigungen des Justizministeriums noch in der 13. KW verabschiedet werden.

## 4. Überblick über das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG)

Das COVInsAG ist als Art. 1 und damit als Teil des „Entwurf(s) eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ auf den Weg gebracht worden und tritt mit (Rück-)Wirkung zum 1. 3. 2020 in Kraft.<sup>7)</sup>

Das Gesetz umfasst vier Paragraphen. § 1 regelt die grundsätzliche Aussetzung der Insolvenzantragspflichten bis zum 30. 9. dieses Jahres. § 2 bestimmt weitere Rechtsfolgen dieser Suspendierung, die neben der Beschränkung der Zahlungsverbote insbesondere Anreize schaffen sollen, den betroffenen Unternehmen neue Liquidität zuzuführen und die Geschäftsbeziehungen zu diesen aufrecht zu erhalten.<sup>8)</sup> § 3 COVInsAG beschränkt die Möglichkeiten der Stellung von Gläubigerinsolvenzanträgen. § 4 COVInsAG enthält schließlich eine Verordnungsermächtigung, aufgrund derer die bis zum 30. 9. 2020 befristete Geltung der §§ 1 – 3 bis höchstens zum 31. 3. 2021 verlängert werden kann.

## II. § 1 COVInsAG: Aussetzung der Insolvenzantragspflichten

§ 1 Abs. 1 COVInsAG setzt die haftungs- und strafbewehrten Antragspflichten nach § 15a InsO und § 42 Abs. 2 BGB für einen Zeitraum vom 1. 3. 2020 bis vorerst 30. 9. 2020 grundsätzlich aus.

### 1. Systematische Einordnung

#### 1.1 Insolvenzantragspflicht de lege lata

Der Zweck der Insolvenzantragspflichten nach § 15a InsO, § 42 Abs. 2 BGB liegt darin, nicht überlebenschfähige Unternehmen frühzeitig, d. h. in der Regel noch vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, dem Geschäftsverkehr zu dessen Schutz zu entnehmen und im Interesse der Gläubiger der Kollektivvollstreckung zuzuführen.<sup>9)</sup>

Dieser Zweck ist, sind aufgrund äußerer Umstände Prognosen über die wirtschaftliche Entwicklung eines Unternehmens nicht

2) Pressemitteilung des BMJV v. 16. 3. 2020, abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/031620\\_Insolvenzantragspflicht.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/031620_Insolvenzantragspflicht.html), zuletzt abgerufen am 24. 3. 2020.

3) Vgl. dazu *Schmidt*, *ZInsO* 2013, 1463, 1466; *Müller/Rautmann*, *DStR* 2013, 1551, 1553.

4) Herrschend wurde zwar vertreten, dass ein mittelbares Beruhen auf der jeweiligen Katastrophe genüge, vgl. *Müller/Rautmann*, *DStR* 2013, 1551, 1552; *Schmidt*, *ZInsO* 2013, 1463, 1465, Zweifel gingen jedoch nach den allgemeinen Grundsätzen zulasten der Antragspflichtigen, was die Haftungsgefahren verstärkte, s. dazu *Landry/Knapp*, *jurisPR-HaGesR* 7/2013 Anm. 1.

5) Entwurf eines Gesetzes zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Hemmung der Unterbrechung strafgerichtlicher Hauptverhandlungen aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 im Bearbeitungsstand v. 17. 3. 2020 (CorInsAG (Bearbeitungsstand: 17. 3. 2020, 11:34 Uhr)), soweit erkennbar nicht öffentlich zugänglich gemacht.

6) Vgl. z. B. die Verlautbarung der TMA Deutschland, abrufbar unter [https://www.tma-deutschland.org/tl\\_files/presse/pressemitteilungen/TMA-Pressemitteilung-Covid-19\\_2020-03-13.pdf](https://www.tma-deutschland.org/tl_files/presse/pressemitteilungen/TMA-Pressemitteilung-Covid-19_2020-03-13.pdf), zuletzt abgerufen am 25. 3. 2020.

7) Vgl. Art. 6 des Entwurfs eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht.

8) Pressemitteilung BMJV v. 23. 3. 2020, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2020/032320\\_Corona\\_FH.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2020/032320_Corona_FH.html), zuletzt abgerufen am 24. 3. 2020.

9) *HK-Rüntz/Laroche*, *InsO*, 9. Aufl., 2018, § 19 Rz. 2.

mehr verlässlich herzustellen, in Frage gestellt. Denn, da häufig vor der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) die Überschuldung (§ 19 InsO) eintritt und der im Zuge des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes<sup>10</sup> eingeführte, gelockerte, sog. „modifiziert zweistufige Überschuldungsbegriff“<sup>11</sup> die Prüfung voraussetzt, ob die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen noch überwiegend wahrscheinlich ist (fehlende Fortbestehensprognose<sup>12</sup>), kommt es für die Beurteilung der Antragspflichten stets entscheidend auf die Feststellung einer positiven Fortbestehensprognose an.<sup>13</sup> Gegenstand dieser Prognose ist die Feststellung der mittelfristigen<sup>14</sup> Überlebensfähigkeit des Unternehmens.<sup>15</sup> Diese ist mit der herrschenden Meinung anhand einer Prüfung der nachhaltigen Zahlungsfähigkeit im Prognosezeitraum festzustellen.<sup>16</sup>

Eine solche Prüfung ist in Zeiten der andauernden Corona-Pandemie allerdings schlicht nicht umsetzbar. Die Fortschreibung des Ertrags- und Finanzplans ist derzeit nicht möglich; wann wieder normalisierte Marktverhältnisse, normalisierte Liefer- und Absatzketten gegeben sind, ist nicht absehbar. Auf dieser Tatsachenbasis kann ein (Sanierungs-)Gutachten nicht seriös erstellt werden. Eine positive Fortbestehensprognose lässt sich dann aber nicht begründen; tritt eine rechnerische Überschuldung nach Liquiditätswerten hinzu, tritt die Antragspflicht nach § 19 InsO ein. Obwohl Hilfsprogramme auf den Weg sind, durch welche die die exogenen Folgen für grundsätzlich überlebensfähige Unternehmen auf den Weg gebracht sind,<sup>17</sup> würden zahlreiche Unternehmen mit Existenzberechtigung aus dem Markt genommen, was nicht Zweck der Antragspflichten ist.

## 1.2 Ziel des COVInsAG

Ziel des Gesetzes ist es, die zur Umsetzung der Hilfsprogramme und Normalisierung der wirtschaftlichen Situation nötige Zeit zu gewinnen: Unternehmen sollen nicht deshalb ein Insolvenzverfahren durchlaufen müssen, weil es ihnen nicht gelingt, innerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums bereitstehende Finanzhilfen, sei es in Gestalt staatlicher Hilfen oder sonstiger Finanzierungs- und Sanierungsarrangements mit Gläubigern und Kapitalgebern zu realisieren.<sup>18</sup> In der Sondersituation der durch die Auswirkungen der Corona-Pandemie begründeten Krise erweist sich die straf- und haftungsbewehrte Pflicht zur Antragsstellung als für die Gesamtwirtschaft schädlich, da sie droht, eine Vielzahl wirtschaftlich solider Unternehmen in Insolvenzverfahren zu zwingen, obwohl finanzielle Hilfen bereitstehen. Daher sieht das Gesetz die Suspendierung der Insolvenzantragspflichten für die Dauer der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vor.

## 2. Grundsätzliche Suspendierung der Insolvenzantragspflicht

Die allgemeine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ist in § 1 Satz 1 COVInsAG geregelt. Anders als der Vorentwurf und die Vorbildgesetze sieht das COVInsAG dabei eine ausdrückliche Suspendierung nicht nur des § 15a InsO, sondern auch des § 42 Abs. 2 BGB vor und erfasst damit auch die im Rahmen der öffentlichen Berichterstattung derzeit besonders im Fokus stehenden Vereine, Stiftungen und Anstalten.

## 2.1 Regelungssystematik des § 1 COVInsAG

### 2.1.1 Grundsatz: Regelhafte Suspendierung der Insolvenzantragspflicht (Satz 1)

§ 1 Satz 1 COVInsAG sieht die regelhafte und generelle Suspendierung der Antragspflichten nach § 15a Abs. 1 InsO, § 42 Abs. 2 BGB bis zum 30. 9. 2020 vor. Anders als die Vorentwürfe oder die Vorbildgesetze aus 2002, 2013 und 2016 verlangt die Vorschrift damit im Ausgangspunkt weder die positive Prüfung eines „Beruhens“ der Insolvenzreife auf der Pandemie noch des Einleitens von Finanzierungs-/Sanierungsbemühungen. Anforderungen an deren Ernsthaftigkeit oder Erfolgsaussichten formuliert Satz 1 unmittelbar nicht. § 1 Satz 1 COVInsAG enthält vielmehr keinerlei tatbestandliche Anforderungen. Die Vorschrift kehrt damit das von ihren Vorgängervorschriften bekannte Regel-Ausnahme-Verhältnis um: In der Regel sind sämtliche Insolvenzantragspflichten bis zum 30. 9. 2020 suspendiert. Dieser Entscheidung des Gesetzgebers kommt dabei mehr als nur ein Symbolcharakter zu; durch die Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses kehrt sich nämlich zugleich die Darlegungs- und Beweislastverteilung um. Derjenige, der sich auf die Ausnahme von der Aussetzung beruft, muss das Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen darlegen und beweisen.<sup>19</sup>

### 2.1.2 (Rück-)Ausnahme: Ausnahmsweise Aufrechterhaltung der Antragspflichten (Satz 2)

Unter den Voraussetzungen des Satz 2 entfällt die generelle Suspendierung der Insolvenzantragspflichten ausnahmsweise. Danach ist die Insolvenzantragspflicht nicht suspendiert, wenn die Insolvenzreife entweder nicht auf den Folgen der Ausbreitung der COVID-19-Pandemie beruht (Alt. 1) oder, wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen (Alt. 2).

Im übergreifenden Kontext der Antragspflichten betrachtet, stellt Satz 2 auf den ersten Blick keine Ausnahme, sondern vielmehr eine „Rückausnahme“ dar, da die Vorschrift Voraussetzungen statuiert, unter welchen zum gesetzlichen Grundfall der Insolvenzantragspflicht zurückgekehrt wird. Liegt eine

10) Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes v. 17. 10. 2008, BGBl I, 1982.

11) Zurückgehend auf *K. Schmidt*, AG 1978, 334. Befristet eingeführt mit dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz (Fußn. 10). Unbefristete in Kraft seit dem Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften v. 5. 12. 2012, BGBl I, 2012, S. 2418.

12) Siehe etwa MünchKomm-Drukarczyk/Schüler, InsO, 3. Aufl., 2013, § 19 Rz. 55 ff.

13) *Bitter*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl., 2018, vor § 64 Rz. 30.

14) Vgl. dazu BGHZ 129, 136, 155 = ZIP 1995, 819 (m. Bespr. *G. Müller*, S. 1416; *Flume*, ZIP 1996, 161 u. *Marsch-Barnert*, ZIP 1996, 853), dazu EWiR 1995, 525 (*Rittner*); BGHZ 119, 201, 214 f. = ZIP 1992, 1382, dazu EWiR 1992, 1093 (*Hunecke*).

15) *Bork*, in: *Bork/Schäfer*, GmbHG, 4. Aufl., 2019, § 64 Rz. 12.

16) Vgl. BGHZ 119, 201 = ZIP 1992, 1382; IDW S 11 (IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen, IDW Fachnachrichten 2015, 202) Rz. 93 und 57 ff.; s. auch *Bork*, ZIP 2000, 1709, 1710; *Fischer*, NZI 2016, 665; *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 490 f.; *Thole*, ZInsO 2019, 1622, 1623. A.A. *Frind*, NZI 2018, 431, 434.

17) Vgl. insoweit die Aufzählung auf S. 6 der Begr. CorInsAG (Bearbeitungsstand: 17. 3. 2020, 11:34 Uhr), n.V.; s. nunmehr auch S. 18, 20 und 28 der Begr. COVInsAG (BT-Drucks. 19/18110). Die nachfolgend angegebenen Seitenzahlen der Begr. des COVInsAG beziehen sich auf die auf der Homepage des BMJV veröffentlichte Fassung v. 23. 3. 2020.

18) Begr. COVInsAG, S. 19 (BT-Drucks. 19/18110).

19) Vgl. Begr. COVInsAG, S. 22 und S. 26 (BT-Drucks. 19/18110).

der beiden alternativen Merkmale des Satz 2 vor, greift die „normale“ Antragspflicht gem. § 15a InsO bzw. § 42 Abs. 2 BGB. Aus der Formulierung des Aussetzungsgrundsatzes in Satz 1 sowie insbesondere auch der dazu in Kontrast stehenden negativen Formulierung des Satz 2 („Das gilt nicht“) wird deutlich, dass Satz 2 rechtsdogmatisch über die Qualifikation als Rückausnahme hinaus aber auch eine „echte“ gesetzliche Ausnahmevorschrift darstellt, die das Nichtberuhen bzw. die fehlende Aussicht auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit zur Einwendung derjenigen Partei erhebt, die sich auf das Vorliegen dieser Ausnahmen beruft und zugleich die Anforderungen an die ohnehin bereits ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast noch erhöht.<sup>20)</sup> Der Formulierung „Das gilt nicht“ oder auch „es sei denn“<sup>21)</sup> zu Beginn einer Ausnahmeregelung kommt insoweit bereits aus sich heraus eine ganz ähnliche Wirkung wie einer widerleglichen Vermutungsregelung zu.<sup>22)</sup> Satz 2 setzt damit für die Ausnahme von der generellen Suspendierung voraus, dass an das Vorliegen eines Ausnahmegrundes ein strenger Darlegungs- und Beweismaßstab anzulegen ist.

### 2.1.3 Vermutungsregelung des Satz 3

Vor diesem Hintergrund erscheint die Vermutungsregelung in Satz 3 jedenfalls in Ansehung des Ausnahmegrundes der fehlenden Kausalität der Pandemie für die Insolvenzreife redundant. Nach Satz 3 wird bei fehlender Zahlungsunfähigkeit zum 31. 12. 2019 vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Ausweislich der Gesetzesbegründung handelt es sich um eine widerlegliche Vermutung; angesichts des Zwecks der Vermutung sei die Widerlegung aber nur dann möglich, wenn „keine Zweifel“ an der fehlenden Ursächlichkeit der Pandemie bzw. der fehlenden Aussichten auf eine Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit bestehen.<sup>23)</sup> Es seien insoweit „höchste Anforderungen zu stellen“<sup>24)</sup>. Satz 3 soll auf diese Weise eine weitere Entlastung für den Antragspflichtigen bewirken.<sup>25)</sup>

Hinsichtlich des Ausnahmegrundes des fehlenden Beruhens der Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie begründet diese Vermutung tatsächlich allerdings keine weitere Erleichterung zugunsten des Antragspflichtigen. Die Regelungssystematik der Satz 1 und 2 führt bereits zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast unter höchsten Anforderungen. Einen Mehrwert hätte die Vermutungsregelung daher nur im Falle ihrer Unwiderleglichkeit. Mehr als die aber ohnehin bereits angeordnete Umkehr der Beweislast kann eine widerlegliche Vermutung nicht leisten.

Satz 3 hat, wie die Gesetzesbegründung explizit herausstellt, auch keine Bedeutung im Sinne eines Umkehrschlusses dahingehend, dass für die Fälle, die von der Vermutungsregelung nicht erfasst werden, in Ansehung der Darlegungs- und Beweislast weniger strenge Anforderungen gelten sollen. Denn die Gesetzesbegründung stellt insoweit ausdrücklich klar, dass das Nichteingreifen der Vermutung nach Satz 3 keine Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast nach Satz 2 hat.<sup>26)</sup> Da eine Vermutungsregelung zudem dogmatisch nicht die Aus-

legung eines Tatbestandsmerkmals beeinflussen kann, sondern Rechtsfolgen stets nur auf der Ebene der Darlegungs- und Beweislast hat,<sup>27)</sup> scheidet auch eine Deutung dahingehend aus, dass an die Definition des Beruhensanfordernisses im Anwendungsbereich der Vermutungsregelung strengere Anforderungen zu stellen seien. Satz 3 hat einen Anwendungsbereich daher nur bei der Prüfung des zweiten Ausnahmegrundes der fehlenden Aussichten auf Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit.<sup>28)</sup>

## 2.2 Anwendung der (Rück-)Ausnahmetatbestände nach Satz 2

### 2.2.1 Fehlender Beruhenszusammenhang i. S. v. § 1 Satz 2 Alt. 1 COVInsAG

Die erste Ausnahme von der Suspendierungsregel greift, wenn dargelegt und bewiesen ist, dass die Insolvenzreife nicht auf den Auswirkungen der Corona-Pandemie beruht. Dazu, wie der Begriff des „Beruhens“ auszulegen ist, verhält sich die Gesetzesbegründung nicht explizit.

Nach dem Zweck des Gesetzes ist eine weite Auslegung geboten. In Anlehnung an die Gesetzesbegründungen zu den Vorgängernormen sowie die früheren Gesetzesentwürfe zum COVInsAG ist davon auszugehen, dass die Insolvenzreife nicht nur dann auf den Folgen der Pandemie beruht, wenn der Schuldner durch die virusbedingte Durchbrechung von Lieferketten oder Absatzrückgängen insolvenzreif geworden ist, sondern auch und bereits dann, wenn nur ein mittelbarer Verursachungszusammenhang besteht, z. B. Kunden aus Angst vor Ansteckung oder aufgrund behördlicher Anordnung Leistungen nicht mehr (im selben Maße) in Anspruch nehmen können oder wollen oder wenn Mitarbeiter des Unternehmens aufgrund behördlicher Anordnung, auf Weisung des Arbeitgebers, aufgrund eigener Krankheit oder vor dem Hintergrund der schulschließungsbedingten notwendigen Betreuung der eigenen Kinder an der Arbeit verhindert sind.<sup>29)</sup> Ein Beruhen i. S. v. § 1 Satz 2 Alt. 1 liegt damit bereits dann vor, wenn der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Wegfall der Fortbestehensprognose i. S. v. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO im Sinne einer *conditio sine qua non* – unmittelbar oder mittelbar – auf die Pandemie zurückzuführen ist.

An einem Beruhen i. S. v. § 1 Satz 2 Alt. 1 fehlt es damit, wenn bereits vor der Corona-Krise eine Antragspflicht bestand. Die Aussetzung der Antragspflicht kommt damit insbesondere nicht sogenannten „Zombie-Unternehmen“<sup>30)</sup> zugute, die be-

20) Vgl. insoweit für den wohl handgreiflichsten Fall des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB Staudinger/Schwarze, BGB, 2019, § 280 Rz. F 2.

21) Vgl. die Formulierung auf S. 4 Begr. COVInsAG (BT-Drucks. 19/18110).

22) So etwa BGH ZIP 2013, 315, Rz. 18; BGH GWR 2013, 69, Rz. 19, jew. zu § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB.

23) Begr. COVInsAG, S. 26 (BT-Drucks. 19/18110).

24) Begr. COVInsAG, S. 26 (BT-Drucks. 19/18110).

25) Begr. COVInsAG, S. 26 (BT-Drucks. 19/18110).

26) Begr. COVInsAG, S. 22 (BT-Drucks. 19/18110).

27) Statt aller MünchKomm-Prütting, ZPO, 5. Aufl., 2016, § 292 Rz. 1.

28) Dazu unten § 1 Tz. II 2.2.2.

29) Siehe Begr. CorInsAG (Bearbeitungsstand: 17. 3. 2020, 11:34 Uhr), n.V., S. 5.

30) Zu dem Begriff des „Zombie-Unternehmen“ vgl. die OECD-Studie „The walking dead? – Zombie Firms and Productivity Performance in OECD Countries“ v. 10. 1. 2017.

reits seit geraumer Zeit über keine verlässliche Fortbestehensprognose verfügten und welchen jetzt durch die Auswirkungen der Pandemie lediglich das Feigenblatt entzogen wird. Folgt aus einer Ex-post-Prüfung das Fehlen einer Fortbestehensprognose bereits vor Beginn der krisenbedingten Einbrüche, besteht eine fortwährende Antragspflicht. Das ist auch richtig: Wer bisher die Fortbestehensprognose sehr – um nicht zu sagen: zu – großzügig interpretiert hat, soll durch das Gesetz nicht nachträglich legitimiert werden, weil die Krise den Wegfall der Fortbestehensprognose lediglich offenbart, aber nicht ausgelöst hat.

Die Feststellung der Ausnahme des Satz 2 Alt. 1 setzt allerdings die konkrete Darlegung und den Beweis voraus, dass bereits vor Niederschlagen der Auswirkungen der Krise ein Insolvenzgrund vorlag. Die Beweislastumkehr des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO ist nicht anwendbar. Danach liegt das Risiko einer Fehleinschätzung der Fortbestehensprognose zwar grundsätzlich beim Antragspflichtigen, da § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO mit seiner negativen Formulierung („es sei denn“) grundsätzlich vom Fehlen einer positiven Fortbestehensprognose und damit vom Vorliegen einer rechtlichen Überschuldung ausgeht.<sup>31)</sup> Indes wird diese Vermutung im Anwendungsbereich des COVInsAG durch die Regel-Anordnung des § 1 Satz 1 und das insoweit umgekehrte Regel-Ausnahme-Verhältnis verdrängt. Ist im Ergebnis nicht belegbar, dass eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vor Eintritt der Auswirkungen der Krise bestand, greift die Ausnahme des Satz 2 nicht und die Suspendierung bleibt erhalten.

Aus dem äquivalenten Kausalitätserfordernis nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel dürfen nach dem Zweck der Vorschrift aber auch alternative Kausalverläufe nicht außer Acht gelassen werden. Soweit ein Unternehmen auch ohne die Auswirkungen der Pandemie vorhersehbar insolvenzreif geworden wäre, gilt die Suspendierung der Antragspflicht ebenfalls nicht. Für die Darlegungs- und Beweislast gelten dieselben strengen Maßstäbe.

Anders stellt sich die Situation hingegen dar, wenn das betreffende Unternehmen zwar schon vor der Pandemie in Schwierigkeiten war, die für sich genommen die Antragspflicht aber noch nicht begründeten.<sup>32)</sup> Für ein „Beruhen“ im Sinne des Gesetzes ist nach dessen Wertungskontext eine Monokausalität oder auch nur Hauptursächlichkeit nicht zu verlangen. Gleichzeitig kann nach dem Zweck des COVInsAG aber auch nicht eine bloß völlig untergeordnete Nebenursächlichkeit der Auswirkungen der Pandemie genügen. Dies findet eine Stütze auch in der Gesetzesbegründung. Diese hält die Beweiserleichterungen in Satz 2 und 3 für erforderlich, weil „unklar sein kann, ob die Insolvenz auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht oder nicht“<sup>33)</sup>. Ginge der Gesetzgeber davon aus, dass auch eine völlig untergeordnete Ursache genügt, dürften diese Unsicherheiten kaum bestehen. Nach dem Willen des Gesetzgebers und dem Zweck des Gesetzes, nur die durch die Corona-Pandemie begründeten Insolvenzen zu verhindern, genügt eine völlig untergeordnete Ursächlichkeit der Auswirkungen der Pandemie damit nicht für ein Beruhen. Die durch die Pandemie ausgelösten Folgen müssen jedenfalls den letzten, insolvenzauslösenden Impuls gesetzt haben. Für die Dar-

legungs- und Beweislast gilt das oben Gesagte: sie obliegt nach strengem Maßstab demjenigen, der sich auf das Fehlen eines Beruhens beruft.

## 2.2.2 Fehlende Aussicht auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit i. S. v. § 1 Satz 2 Alt. 2 COVInsAG

Den zweiten Ausnahmegrund, den Satz 2 in seiner 2. Alternative vorsieht, stellt die fehlende Aussicht auf Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit dar. Die Suspendierung der Antragspflicht entfällt, wenn keine Aussicht (mehr) besteht, dass das Unternehmen eine bestehende Zahlungsunfähigkeit überwinden können.

Auffällig ist, dass sich diese Ausnahme nach dem Gesetzestext allein auf die fehlende Aussicht auf Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit bezieht. Eine fehlende Aussicht auf Beseitigung der Überschuldung steht der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht demgegenüber *prima vista* nicht entgegen. Weder das Gesetz selbst noch die Gesetzesbegründung verhält sich zur Überschuldungsprüfung. Dies kommt einer temporären Abschaffung des § 19 InsO bis Ende September gleich. Das aber ist vor dem Hintergrund der derzeitigen Unabsehbarkeit von Dauer und Ausmaß der Auswirkungen der Pandemie und der damit verbundenen fehlenden Möglichkeit, seriöse Planungen zu erstellen, angemessen. Eine Aussicht auf Beseitigung einer negativen Fortführungsprognose und damit der Überschuldung ist ausgeschlossen, solange die Entwicklung der Folgen der Pandemie nicht absehbar ist.

Daraus folgt allerdings nicht der *prima facie* naheliegende Schluss, dass der Antragspflichtige vollständig von der grundsätzlichen Pflicht zur vorausschauenden Finanzplanung suspendiert wäre. Ist beim Antragspflichtigen keine den Umständen angemessene, vorausschauende Finanzplanung vorhanden, besteht im Sinne des Gesetzes auch keine Aussicht auf eine Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit. Dieses zwingende Ergebnis folgt aus den anerkannten Anforderungen an die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit im Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 InsO. Nach dem BGH<sup>34)</sup> setzt die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit voraus, dass sichergestellt ist, dass der Schuldner nicht nur die aktuellen, sondern auch seine alsbald fälligen Verbindlichkeiten erfüllen kann. Eine einmal eingetretene Zahlungsunfähigkeit kann nur dadurch beseitigt werden, dass der Schuldner wieder über ausreichend liquide Mittel zur Bedienung aller fälligen Verbindlichkeiten verfügt.<sup>35)</sup> Erforderlich ist daher zu Recht die nachhaltige Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit.

Diese Auslegung muss auch für das Merkmal der Aussicht auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit i. S. v. § 1 Satz 2 COVInsAG gelten. Dies folgt bereits daraus, dass das COVInsAG nicht in

31) Vgl. BGH ZIP 2010, 2400, Rz. 11, dazu EWiR 2011, 353 (Freitag); BGH ZIP 2006, 2171, Rz. 3.

32) So schon die Gesetzesbegründung des deutlich zurückhaltenderen CorInsAG (Bearbeitungsstand: 17. 3. 2020, 11:34 Uhr), n.V., S. 9.

33) Begr. COVInsAG, S. 26 (BT-Drucks. 19/18110).

34) BGH v. 25. 10. 2012 – IX ZR 117/11, ZIP 2012, 2355, dazu EWiR 2012, 797 (Huber); s. auch BGH v. 12. 10. 2006 – IX ZR 228/03, ZIP 2006, 2222 (m. Bespr. Hölzle, ZIP 2007, 613), dazu EWiR 2007, 113 (Wagner).

35) Vgl. Bauer, in: Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 4. Aufl., 2018, § 28 Insolvenz- und Strafrecht, Insolvenzgesellschaftsrecht Rz. 98.

das System der Insolvenzantragsgründe eingreift. Darüber hinaus verfolgt das COVInsAG ausweislich der Gesetzesbegründung das Ziel, Unternehmern die Möglichkeit zu geben, das Unternehmen fortzuführen und die Insolvenzlage zu beseitigen.<sup>36)</sup> Das Gesetz bezweckt damit ausdrücklich die nachhaltige Beseitigung der Insolvenzlage; es sollen also keine Unternehmen gefördert werden, die nach Überwindung der coronabedingten Beschränkungen bereits erkennbar nicht aus eigener Kraft in der Lage sein werden, zu überleben. Die finanziellen Hilfsmaßnahmen im Rahmen der Maßnahmenpakete sollen ebenfalls nur dazu dienen, die unmittelbaren Corona-Ausfälle aufzufangen, darüber hinausgehende Lücken muss das Unternehmen nach Beendigung der coronabedingten Ausnahmesituation aus seinem eigenen Geschäftskonzept heraus zu schließen in der Lage sein. Das bedeutet zwar nicht, dass eine Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 InsO vor dem Wiederinkrafttreten der Antragspflichten zu verlangen wäre, wohl aber, dass im Rahmen der Prüfung der Rückausnahme die nachhaltige Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit gefordert ist. Das wiederum bedeutet, dass eine Planung über den Aussetzungszeitraum hinaus erstellt werden und plausibilisieren muss, dass die Maßnahmen nicht nur kurzfristig greifen, sondern dazu dienen, eine vor den coronabedingten Beschränkungen bestehende Überlebensfähigkeit aus eigener Kraft wieder zu erreichen. Ist dies nicht darstellbar, so bestehen keine Aussichten, die bestehende Zahlungsunfähigkeit im Sinne der Norm zu beseitigen. Das Kriterium der Nachhaltigkeit der Finanzplanung bzw. Wiedererlangung der Liquidität ist damit bereits unmittelbar Tatbestandsmerkmal des Begriffes der Zahlungsunfähigkeit auch i. S. v. § 1 Satz 2 Alt. 2 COVInsAG.

Daraus ergibt sich zugleich eine den Antragspflichtigen treffende Pflicht zur vorausschauenden Finanzplanung. Ähnlich wie im Rahmen des Tatbestandes der Zahlungsverbote<sup>37)</sup> bleibt die grundsätzliche Selbstbeobachtungspflicht des Organs bestehen, die in der Verpflichtung zur vorausschauenden Planung ihren Ausdruck findet. Das COVInsAG will die Organe nicht von ihren Pflichten zur ordnungsmäßigen Führung der Geschäfte und Beobachtung des Unternehmens entlasten, sondern lediglich von den (konkreten) Folgen der Pandemie. Die Aussetzung der Insolvenzantragspflichten und die damit verbundenen Risiken für die Gesamtwirtschaft sowie die Inanspruchnahme der öffentlichen Hilfen muss nach dem Zweck dieser Maßnahmen mit der Wahrung der geschuldeten Sorgfalt einhergehen.

Für die Beweislast folgt daraus ein abgestuftes Beweislastsystem, das an die im Rahmen der Zahlungsverbote anerkannten Grundsätze<sup>38)</sup> angelehnt ist: Zwar sind an die Darlegung und den Beweis der fehlenden Aussichten auf die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit vor dem Hintergrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses strenge Anforderungen zu stellen. Kann aber dargelegt und bewiesen werden, dass der Antragspflichtige gegen die Selbstbeobachtungspflicht verstoßen hat, insbesondere keine vorausschauende Liquiditätsplanung vorliegt, sind die Anforderungen des Satz 2 erfüllt: Wenn die Wiederherstellung der Zahlungsunfähigkeit eine Planung verlangt, muss eine solche prüfbar vorliegen. D. h., dass die Antragspflichtigen trotz vollständiger Aussetzung des § 19 InsO unter Berücksichtigung

der gegenwärtigen Rahmenbedingungen eine Liquiditätsplanung erstellen müssen, aus der sich der Bedarf etwaiger Hilfen ergibt, und die erwarten lässt, dass auch nach Überwinden der Pandemie die Zahlungsfähigkeit sichergestellt ist.

Insoweit kommt dem Antragspflichtigen allerdings – und dies stellt den einzigen unmittelbaren<sup>39)</sup> Anwendungsbereich dieser Vorschrift dar – die Vermutungsregelung des § 1 Satz 3 COVInsAG zugute. In diesem Zusammenhang folgt aus der Vermutungsregelung nämlich, dass der Antragspflichtige, dessen Insolvenzreife erst 2020 eingetreten ist, im Rahmen seiner Liquiditätsplanung unterstellen darf, dass ihm Finanzhilfen zur Deckung coronabedingter Zahlungsausfälle in erforderlicher Höhe auch gewährt werden. Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch den Umstand gestützt, dass die staatlichen Hilfsmaßnahmen insbesondere zum „Milliarden-Schutzschild“ ebenfalls den 31. 12. 2019 als maßgeblichen Stichtag vorsehen.<sup>40)</sup>

Fehlt es aber an einer Planung insgesamt oder ergibt sich aus dieser zweifelsohne, dass nach dem 30. 9. 2020 die Zahlungsunfähigkeit fortbestehen oder kurzfristig wieder eintreten wird, so führt dies trotz den von der Gesetzesbegründung angeordneten hohen Anforderungen dazu, dass die Ausnahme greift und Insolvenzantragspflichten bestehen.

## 2.3 Rechtsfolgen der Suspendierung nach § 1 Satz 1 COVInsAG

### 2.3.1 Suspendierung der Antragspflicht bis zum 30. 9. 2020 (bzw. 31. 3. 2021)

Während der Dauer der Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen ist die Antragspflicht bis längstens 30. 9. 2020 suspendiert. Mit dem Zeitablauf lebt die Antragspflicht wieder auf. Entsprechend § 249 Abs. 1 ZPO beginnt die dreiwöchige Höchstfrist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO dann wieder von Neuem zu laufen.<sup>41)</sup>

Sollte hingegen während des Geltungszeitraumes des § 1 Satz 1 die Aussicht auf Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit entfallen, ergibt sich aus dem Zweck des COVInsAG, dass ab diesem Moment die Ausnahme nach § 1 Satz 2 gilt und der Antragspflichtige unverzüglich i. S. v. § 15a InsO bzw. § 42 Abs. 2 BGB zur Antragstellung verpflichtet ist. Mit Wegfall der Voraussetzungen kann eine zunächst eingetretene Suspendierung daher ex nunc entfallen.<sup>42)</sup>

36) Begr. COVInsAG, S. 26 (BT-Drucks. 19/18110).

37) Dazu unten § 2 Tz. III 4.1.

38) Dazu statt aller Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., 2019, § 64 Rz. 115.

39) Vgl. zu weiteren der Vermutungsregelung in diesem Kontext ableitbaren Wertungen unten § 2 Tz. III 4.1 und III 4.2.5.

40) Vgl. gemeinsame Pressemitteilung von BMWi und BMF (Fußn. 1), s. zudem etwa auch die Angaben zur Inanspruchnahme der „KfW-Corona-Hilfe“ auf der Homepage der Kreditanstalt für Wiederaufbau, abrufbar unter <https://www.kfw.de/KfW-Konzern/Newsroom/Aktuelles/KfW-Corona-Hilfe-Unternehmen.html>, zuletzt abgerufen am 24. 3. 2020.

41) Dies ergibt sich weder ausdrücklich aus den Vorschriften des COVInsAG, noch aus der Begr. COVInsAG. Vor dem Hintergrund des Zweckes der Norm sowie der insoweit vorgesehenen Klarstellung in der Begr. CorInsAG (Bearbeitungsstand: 17. 3. 2020, 11:34 Uhr), n.V., S. 9, ist davon auszugehen, dass ein Neubeginn der Frist entsprechend § 249 Abs. 1 ZPO die Rechtsfolge des Endes der Aussetzung durch Zeitablauf darstellt.

42) Näher hierzu unten § 2 III 4.5.

### 2.3.2 Rechtsfolgen ab Oktober 2020 bzw. April 2021

Mit der Befristung der Suspendierung auf einen konkreten Zeitraum geht das Wiederaufleben der allgemeinen Regelungen ab dem Stichtag einher. Damit führt eine vorliegende Überschuldung ab dem 1. 10. 2020, bzw. im Falle der Geltendmachung der Verordnungsermächtigung ab dem 1. 4. 2021, erneut zur Begründung einer Insolvenzantragspflicht. Sollten sich in der Wirtschaft indes – wovon durchaus ausgegangen werden kann – weiterhin Nachwirkungen der Pandemie zeigen, bestehen absehbar auch zu diesem Zeitpunkt Schwierigkeiten im Bereich der prognostischen Liquiditäts- und Ertragsplanung. Vor dem Hintergrund der mit dem Außerkrafttreten des § 1 COVInsAG wieder maßgeblichen Vermutungsregelung des § 19 Abs. 1 Satz 2 InsO wäre eine Vielzahl von Unternehmen sofort antragspflichtig.

Der Gesetzgeber scheint indes mit der Begrenzung auf den 30. 9. dieses Jahres davon auszugehen, dass zu diesem Zeitpunkt die massiven Einschnitte, die im Rahmen der Infektionsvorsorge getätigt wurden, voraussichtlich nicht mehr erforderlich sein und sich die wirtschaftlichen Folgen daraus voraussichtlich abgemildert haben werden. Das zeigt auch die Gesetzesbegründung: Die Aussetzung soll danach einen Zeitraum betreffen, innerhalb dessen sich die durch die Ausbreitung des Virus bedingten Störungen durch Finanzierungs- und Sanierungsverhandlungen beheben lassen.<sup>43)</sup> Der Gesetzgeber unterstellt damit die Kausalität der Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die fehlende Möglichkeit der Aufstellung einer positiven Fortbestehensprognose als bis zum 30. 9. 2020, spätestens bis zum 31. 3. 2021, beseitigt. Erweist sich die in dem Datum zum Ausdruck kommende Hoffnung des Gesetzgebers, dass nach dem 30. 9. 2020 bzw. dem 31. 3. 2021 mit einer ansatzweisen Normalisierung zu rechnen ist, allerdings als falsch, darf dies nicht zu Lasten des Unternehmers gehen und dessen Weiterwirtschaften trotz auf lange Sicht fortbestehenden Sanierungsaussichten haftungs- und strafbewehren. Die Anforderungen an die Fortbestehensprognose sind daher im Sinne einer „krisenadjustierten Fortbestehensprognose“ zu modifizieren. Danach liegt eine hinreichende Fortbestehensprognose in den Fällen, in welchen „normale“ ökonomische Rahmen- und Marktbedingungen noch nicht wiederhergestellt sind und daher eine normalisierte Prognose nicht möglich ist, bereits dann vor, wenn das Unternehmen berechnete Aussicht darauf hat, dass es unter Fortschreibung der aktuellen Zahlen bei Wiederherstellung normalisierter Rahmen- und Marktbedingungen wie sie vor dem Kriseneintritt galten und Grundlage etwa für die Aufstellung von Fortbestehensprognosen in Vorkrisenzeiten waren, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit<sup>44)</sup> über eine positive Fortbestehensprognose verfügen wird. Sind diese Anforderungen erfüllt, hat das Unternehmen hinreichend dargelegt, i. S. d. § 19 Abs. 2 InsO über eine positive Fortbestehensprognose zu verfügen. Sobald eine Normalisierung der Verhältnisse absehbar und damit eine normalisierte Zukunftsprognose möglich wird, ist diese krisenadjustierte Fortbestehensprognose wieder durch die herkömmliche Fortbestehensprognose zu ersetzen. Auf diese Weise kann eine Konterkarikatur der Zwecke des COVInsAG nach dessen Außerkrafttreten verhindert werden.

## III. § 2 COVInsAG: Folgen der Aussetzung

### 1. Systematische Einordnung

Das COVInsAG geht über die Inhalte der ersten Entwürfe<sup>45)</sup> deutlich hinaus und spannt den rechtlichen Schutzschirm über betroffene Unternehmen deutlich weiter. Neben gesellschaftsrechtlichen Haftungsregeln werden auch Anfechtungsvorschriften außer Kraft gesetzt, wird ausdifferenzierte Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von (eigennützigen) Sanierungsdarlehen<sup>46)</sup> mit einem Federstrich zur Makulatur und wird in die Grundfesten des Rechts der Gesellschafterfremdfinanzierung eingegriffen. Sämtliche dieser Maßnahmen folgen dem einfachen Verdikt des den Zweck heiligenden Mittels. Auch über die Tatsache hinaus, dass außergewöhnliche Umstände außergewöhnliche Maßnahmen erfordern, lassen sich jedoch eine Vielzahl der gesetzlichen Regelungen auch dogmatisch rechtfertigen und sind konsequente Folge des gesetzgeberisch zweifelsfrei formulierten Ziels des Gesetzes.

### 2. Regelungstechnik und Anwendungsbereich

Während § 1 COVInsAG die tatbestandlichen Voraussetzungen und die Rechtsfolge der Aussetzung der Insolvenzantragspflichten des § 15a InsO unmittelbar regelt, enthält § 2 COVInsAG lediglich die Anordnung weiterer Rechtsfolgen der Aussetzung der Antragspflicht, legt für diese jedoch jeweils zusätzliche Tatbestandsmerkmale fest.

Regelungstechnisch handelt es sich bei § 2 Abs. 1 COVInsAG auf Tatbestandsseite um einen verweisenden Rechtssatz, da für die Geltung der angeordneten Rechtsfolgen lediglich auf § 1 COVInsAG verwiesen wird. Der Wortlaut, dass die Rechtsfolgen des § 2 COVInsAG eintreten, „soweit“ die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ausgesetzt ist, ist irreführend. Denn eine nur partielle Aussetzung – z. B. in Bezug nur auf einzelne Antragsgründe – sieht das Gesetz nicht vor. Im Übrigen gehen die Rechtsfolgen des § 2 COVInsAG in ihrer zeitlichen Geltung zum Teil über die Dauer der Suspendierung der Insolvenzantragspflicht hinaus. Würde der Wortlaut „soweit“ wörtlich zu nehmen sein, so müssten auch die Folgen der Aussetzung mit der Aussetzung selbst enden. Dies ist aber offensichtlich nicht gewollt, weshalb die Formulierung „soweit“ als erlaubte sprachliche Ungenauigkeit des Gesetzgebers zu tolerieren ist. Der Anwendungsbereich der Folgenanordnung des § 2 COVInsAG ist daher stets dann eröffnet, wenn die Regel des § 1 Satz 1 COVInsAG anzuwenden, die Insolvenzantragspflicht also jedenfalls bis zum 30. 9. 2020 ausgesetzt ist sowie keine der (Rück-)Ausnahmen des § 1 Satz 2 COVInsAG eingreift, die eine Rückkehr zur Antragspflicht begründen.

Als Verweisungsnorm bzw. als verweisendem Rechtssatz ist § 2 Abs. 1 COVInsAG allerdings immanent, dass die Anwen-

43) S. Begr. COVInsAG, S. 24 und 25 (BT-Drucks. 19/18110). Ausdrücklicher noch in der Begr. CorInsAG (Bearbeitungsstand: 17. 3. 2020, 11:34 Uhr), n.V., S. 9.

44) Allgemeiner Wahrscheinlichkeitsmaßstab i.R.d. Fortbestehensprognose, vgl. statt aller Ublenbruck/Mock, InsO, 15. Aufl., 2019, § 19 Rz. 228.

45) Vgl. nur den Vorgängerentwurf des CorInsAG (Bearbeitungsstand: 17. 3. 2020, 11:34 Uhr), n.V.

46) Vgl. zuletzt BGH v. 7. 3. 2017 – XI ZR 571/15, ZIP 2017, 809, dazu EWiR 2017, 355 (Swierczok).

dung der Norm, auf die verwiesen wird, hier also § 1 COVInsAG, nur eine entsprechende sein kann. Unsachgemäße Gleichsetzungen sind also zu vermeiden, von der Sache, d. h. den zu regelnden Lebensverhältnissen her gebotene Differenzierungen dürfen nicht ausgeschlossen werden.<sup>47)</sup> Dies gilt es bei der Anwendung und Subsumtion des § 2 COVInsAG zu beachten.

In den einzelnen Regelungsanordnungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 4 COVInsAG bedient sich der Gesetzgeber einer unterschiedlichen Regelungstechnik. Während § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 3 COVInsAG gesetzliche Ausschlussfiktionen auf Tatbestandsebene und damit so genannte verdeckte Einschränkungen enthalten, wodurch eine in der Rechtsfolge gewollte Differenzierung eines als gleich gewussten Lebenssachverhalts herbeigeführt wird,<sup>48)</sup> handelt es sich bei § 2 Abs. 1 Nr. 4 um einen einschränkenden Rechtsatz, der die Anwendung des § 130 InsO sowie in Grenzen, nämlich in den in Nr. 4 ausdrücklich genannten Fällen, auch des § 131 InsO normativ ausschließt. Der in Nr. 4 in Bezug auf § 130 InsO gewählten Regelungstechnik kommt deshalb eine besondere Aussagekraft zu, weil es ein Leichtes gewesen wäre, die Fiktion einer fehlenden Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO), wie sie für die Rückgewähr von Darlehen in Nr. 2 als Regelungstechnik gewählt wurde, auch in Bezug auf sonstige Anfechtungssachverhalte in Nr. 4 zunächst verallgemeinernd zu regeln, um sie sodann für die Inkongruenzanfechtung mit Ausnahme der unter lit. a bis e genannten Fälle einzuschränken. Dass die unterschiedliche Regelungstechnik vom Gesetzgeber unbewusst gewählt worden wäre, kann nicht unterstellt werden. Vielmehr folgt aus der Wahl der Mittel, dass es ihm um die Herbeiführung differenzierter Rechtsfolgen ging. Hierfür sprechen auch die weiteren Erläuterungen des Gesetzgebers: In der Gesetzesbegründung zu Nr. 4 heißt es, dass über die dort nicht ausdrücklich privilegierten Fälle der Inkongruenzanfechtung hinaus die Anfechtung weiterhin erfolgen könne, wenn dem anderen Teil bekannt gewesen sei, dass die Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen der Schuldnerin oder des Schuldners nicht zur Beseitigung der Insolvenzreife geeignet gewesen sind. Mit dieser Rückausnahme im Rahmen der gewählten Regelungstechnik stellt der Gesetzgeber klar, dass im Unterschied zu der Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG im Anwendungsbereich der Rückausnahme ein Berufen auf eine etwaige fehlende Gläubigerbenachteiligung i. S. d. § 129 InsO gerade nicht mehr möglich ist.

### 3. Allgemeiner Öffnungstatbestand der Folgenanordnung (§ 2 Abs. 1, Abs. 2 COVInsAG)

Der Tatbestand des § 2 COVInsAG ist zweistufig aufgebaut: Allgemeiner Öffnungstatbestand der Folgenanordnung ist der Verweis auf § 1 und die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht. Die einzelnen Folgenanordnungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 4 COVInsAG enthalten sodann weitere, auf die konkrete Folge bezogene und individualisierte Tatbestandsvoraussetzungen. Auf der ersten Stufe ist daher zunächst die allgemeine Anwendbarkeit des § 2 Abs. 1 COVInsAG festzustellen, um sodann auf der zweiten Stufe in Bezug auf jede der einzelnen Rechtsfolgen den dort erforderlichen individualisierten Tatbestand zu prüfen.

Auf der ersten Stufe des allgemeinen Öffnungstatbestandes verweist § 2 Abs. 1 COVInsAG auf § 1 COVInsAG. Allgemeine

Voraussetzung dafür, dass der Schuldner sich auf die Folgen der Aussetzung nach § 2 Abs. 1 COVInsAG berufen kann, ist daher die Feststellung, dass die Antragspflicht ausgesetzt ist. Für Schuldner, die keiner Antragspflicht unterliegen oder in deren Vermögen sich (noch) keine Insolvenzgründe verwirklicht haben, gilt die tatbestandserweiternde Norm des § 2 Abs. 2 COVInsAG, der Abs. 1 Nr. 2 – 4 auch für solche Unternehmen und Unternehmer für anwendbar erklärt.

Hieraus folgt: Greift für ein grundsätzlich nach § 15a InsO oder § 42 Abs. 2 BGB antragspflichtiges Unternehmen die Regel des § 1 Satz 1 COVInsAG, wonach die Antragspflicht ausgesetzt ist, nicht, weil die Ausnahme des § 1 Satz 2 COVInsAG erfüllt ist, so gelten für dieses antragspflichtige Unternehmen auch die Folgen des § 2 nicht. Es bleibt bei den allgemein insolvenzrechtlichen und auch gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbeständen. Die für die Vermutung und die Widerlegung der Kausalität und die begründeten Aussichten auf (nachhaltige) Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit im Rahmen des § 1 Satz 2 COVInsAG geltenden Grundsätze finden daher für die Folgen der Aussetzung im Rahmen des § 2 COVInsAG uneingeschränkt Anwendung. Handelt es sich demgegenüber nicht um ein antragspflichtiges Unternehmen bzw. um einen nicht antragspflichtigen Unternehmer, so gelten die Erleichterungen insbesondere der Nr. 3 und 4 über die dort selbst genannten tatbestandlichen Anforderungen hinaus voraussetzungslos.

## 4. Folgen der Aussetzung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 COVInsAG)

### 4.1 Gesellschaftsrechtliche Zahlungsverbote (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG)

Unter Berücksichtigung der aus den Hochwasserschutzgesetzen<sup>49)</sup> gezogenen Lehren<sup>50)</sup> hat der Gesetzgeber erkannt, dass es mit der Aussetzung der Antragspflichten nicht sein Bewenden haben kann, soll ein effektiver Schutzrahmen geschaffen werden, da auch die gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote der Fortführung von existenzbedrohten Unternehmen im gewöhnlichen Geschäftsgang entgegenstehen.<sup>51)</sup> In der Gesetzesbegründung zum COVInsAG heißt es daher, die Zahlungsverbote würden bis zum 30. 9. 2020 ausgesetzt.<sup>52)</sup> Umso erstaunlicher ist es, dass genau dies sich in der Vorschrift des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG nicht wiederfindet. Eine Aussetzung der Zahlungsverbote enthält das Gesetz gerade nicht.

Bei § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG handelt es sich um eine gesetzgeberische Fiktion. Diese greift allerdings erst auf Ebene des jeweiligen subjektiven Tatbestandes der Haftungsnormen der § 64 Satz 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG, § 130a Abs. 1 Satz 1 (i. V. m. § 177a Satz 1) HGB und § 99 Satz 1 GenG beim Tatbestandsmerkmal des Verschuldens ein, wenn

47) So ausdrücklich *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 261.

48) *Larenz* (Fußn. 47), S. 262.

49) Vgl. nur hinsichtlich des Ausbaufillegesetzes von 2013 BT-Drucks. 17/14078.

50) Vgl. z. B. *Schmidt*, ZInsO 2013, 1463, 1466; *Müller/Rautmann*, DStR 2013, 1551, 1553.

51) Begr. COVInsAG, S. 2 (BT-Drucks. 19/18110): „Ziel der vorgeschlagenen insolvenzrechtlichen Regelungen ist es, die Fortführung von Unternehmen zu ermöglichen und zu erleichtern.“

52) Begr. COVInsAG, S. 4 (BT-Drucks. 19/18110).



nämlich angeordnet wird, dass tatbestandlich von § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG erfasste Zahlungen als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar gelten. Da aber § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG erst eröffnet ist, wenn Insolvenzantragspflichten nach § 1 Satz 1 COVInsAG ausgesetzt sind, werden die tatbestandlichen Zahlungen denotwendig nach Eintritt der Insolvenzreife vorgenommen und sind damit zunächst objektiv pflichtwidrig. Daran ändert auch § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG nichts. Die Enthaltung des Geschäftsleiters findet erst auf Ebene des Verschuldensmerkmals mit der unter bestimmten Anforderungen angeordneten Fiktion einer Exkulpation statt. Daraus folgt aber, dass, anders als die Gesetzesbegründung Glauben macht, nicht die Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Massesicherungsgebote insgesamt ausgesetzt, sondern allein die subjektive Tatbestandsmäßigkeit der vom Geschäftsleiter verantworteten, objektiv pflichtwidrigen Zahlungen im Sinne der Massesicherungsgebote für die Zeit der Aussetzung der Antragspflicht unter bestimmten zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzungen suspendiert ist.

Als gesetzliche Fiktion ist § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG, weil es sich um eine Verweisung in der Form der verdeckten Einschränkung handelt,<sup>53)</sup> unwiderlegbar. Der Gesetzgeber stellt dabei ausdrücklich klar, dass nicht nur Zahlungen im Rahmen der Fortführung im ordentlichen Geschäftsgang erfasst sind, sondern auch sämtliche Maßnahmen zur Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder auch solche, die im Zuge einer Neuausrichtung des Geschäfts im Rahmen einer Sanierung erforderlich werden.<sup>54)</sup>

Während der erste Gesetzentwurf die ausdrückliche Klarstellung enthielt, dass die Zahlungsverbote nur insoweit ausgesetzt werden, als es um Zahlungen geht, welche der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes dienen und andere Zahlungen, zum Beispiel solche an Gesellschafter, die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen, unzulässig bleiben,<sup>55)</sup> enthält die finale Gesetzesbegründung diese Einschränkung ausdrücklich nicht mehr. An entsprechender Stelle der Gesetzesbegründung heißt es vielmehr heute, dass die dort genannten gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote „zur Klarstellung und Erleichterung der Verhandlungen und Schadensabwicklung in klar umrissenen Fällen temporär ausgesetzt“ werden sollen.<sup>56)</sup> Aus der Nennung der „klar umrissenen Fälle“ in der Gesetzesbegründung folgt indes, dass die Fiktion nicht unterschiedslos für sämtliche Zahlungen gilt, sondern nur für solche im ordnungsgemäßen Geschäftsgang. Dass die Leistung der zu privilegierenden Zahlung im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgt ist, muss positiv nachgewiesen werden. Eine Beweiserleichterung sieht das Gesetz an dieser Stelle nicht vor, weshalb die allgemeine Beweislastverteilung im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen gilt. Da im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 COVInsAG das Vorliegen eines Insolvenzgrundes Teil des allgemeinen Öffnungstatbestandes ist, kommt es auf die Darlegungslast des Insolvenzverwalters zum Bestehen des Insolvenzgrundes, die im Rahmen der Zahlungsverbote sonst gilt, nicht an. Es verbleibt allein bei der Pflicht des Geschäftsleiters zur Exkulpation, wonach dieser darzulegen und nötigenfalls zu beweisen hat, dass die angegriffene

Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar war.<sup>57)</sup> Daraus folgt, dass die in dem vorangegangenen Gesetzentwurf noch enthaltene ausdrückliche Klarstellung auch für die geltende Fassung des Gesetzes unverändert gilt; ihr Wegfallen ist offenbar dem Umstand geschuldet, dass mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG, anders als im Vorentwurf, nunmehr auch Regelungen zur Rückführung von Gesellschafterdarlehen enthalten sind, was zu einer Einschränkung der Aussage nur für diesen Teilbereich führt.

Bei der dem Geschäftsleiter obliegenden Exkulpation helfen die vom Gesetzgeber im Rahmen der Fiktion genannten Regelbeispiele, wonach Zahlungen zur Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes einschließlich seiner Neuausrichtung sowie zur Umsetzung eines Sanierungskonzeptes als nicht schuldhaft gelten. In entsprechender Anwendung der Rechtsprechung des BGH<sup>58)</sup> ist davon auszugehen, dass solche Zahlungen der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes dienen, durch welche größeren Nachteile von der (künftigen) Insolvenzmasse abgewendet werden sollen. Bei Übertragung dieser Rechtsprechung auf das gesetzgeberisch formulierte Ziel, die Aufrechterhaltung von Geschäftsbeziehungen des Schuldners zu seinen Vertragspartnern nicht zu gefährden,<sup>59)</sup> folgt daraus, dass solche Zahlungen als von der Vermutung gedeckt gelten, die im ordnungsmäßigen Geschäftsgang und im Rahmen der Umsetzung eines Sanierungskonzeptes objektiv dazu geeignet sind, den Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten. Auf die sonst im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Massesicherungsgebote vorzunehmende wirtschaftliche Betrachtung aber, wonach die konkreten Auswirkungen auf die künftige Insolvenzmasse im Sinne der Befriedigungsaussichten der Gläubiger Referenzmaßstab sind,<sup>60)</sup> kann es bei einer nach der Gesetzesbegründung zum COVInsAG fortführungsbezogenen, der Stabilisierung des Geschäftsbetriebes dienenden Betrachtung nicht primär ankommen.

Andererseits können Zahlungen, welche die wirtschaftliche Basis und damit die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens schwächen, auch im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG nicht toleriert werden. Zahlungen ohne Bezug zu der Fortführung des Geschäftsbetriebes, dessen Sanierung oder Umgestaltung sind daher nicht privilegiert. Dies gilt insbesondere für die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen, die vor Aussetzung der Antragspflicht gewährt worden waren und deshalb nicht in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG fallen. Wird der Gläubigerschutz wegen der besonderen Umstände, welche die Gesundheitskrise mit sich bringt, zurückgefahren, so kann dies nicht dazu dienen, Gesellschafter

53) Larenz (Fußn. 47), S. 262.

54) Begr. COVInsAG, S. 27 (BT-Drucks. 19/18110).

55) Begr. CorInsAG (Bearbeitungsstand: 17. 3. 2020, 11:34 Uhr), S. 7.

56) Begr. COVInsAG, S. 23 (BT-Drucks. 19/18110).

57) H. M., vgl. mit zahlr. w. N. statt vieler K. Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl., 2015, § 64 Rz. 206.

58) BGH v. 5. 11. 2007 – II ZR 262/06, ZIP 2008, 72.

59) Begr. COVInsAG, S. 2 (BT-Drucks. 19/18110).

60) Vgl. insb. BGH v. 4. 7. 2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017, 1619 (m. Bespr. Allmepen, S. 1833).

tern die Möglichkeit zu eröffnen, einen Informationsvorsprung zum eigenen Vorteil auszunutzen.<sup>61)</sup>

In Anbetracht der Fortgeltung der Haftungstatbestände und lediglich einer Fiktionswirkung auf Ebene des subjektiven Tatbestandes ist ein enges Monitoring des Zahlungsverkehrs durch die Geschäftsleiter und eine erhöhte Sorgfalt im Zahlungsmanagement dringend geboten. Denn es verbleibt insbesondere das Restrisiko, das ex post die Kausalität der Pandemie für den Eintritt der Insolvenzgründe verneint oder die Aussichtslosigkeit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit i. S. d. § 1 Satz 1 COVInsAG festgestellt wird; in diesem Fall schlägt die Haftung nach den Zahlungsverbotnormen voll durch, soweit nicht die Vermutungsregel des § 1 Satz 3 COVInsAG bei der Beurteilung des Verschuldung ebenfalls zu Gunsten des Geschäftsleiters – entsprechend<sup>62)</sup> – angewendet wird. Dies geht indes nur, soweit eine solche Vermutung nicht in Widerspruch zu der Obliegenheit des Geschäftsleiters tritt, den wirtschaftlichen Zustand seines Unternehmens insbesondere in der Krise engmaschig zu prüfen und laufend zu überwachen.<sup>63)</sup> Trotz der Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG sind Zahlungsfreigabeprozesse daher an die besondere Situation anzupassen. Wegen des veränderten Referenzmaßstabes, Fortführung statt Massesicherung, gelten zwar nicht dieselben, strengen Freigabekriterien wie in einer Notgeschäftsführung nach Eintritt der Insolvenzreife außerhalb der suspendierten Antragspflichten,<sup>64)</sup> jedoch gilt derselbe Sorgfaltsmaßstab und ist die Einhaltung derselben Dokumentationsobliegenheiten dringend anzuraten.

## 4.2 Rückgewähr und Besicherung von Sanierungsdarlehen im Aussetzungszeitraum (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 COVInsAG)

### 4.2.1 Regelungstechnik

Bei § 2 Abs. 2 Nr. 2 COVInsAG handelt es sich ebenfalls um eine gesetzliche Fiktion, die in diesem Fall allerdings auf den objektiven Tatbestand der Normen des Insolvenzanfechtungsrechts, und zwar sämtlicher Anfechtungsnormen, zurückwirkt. In seinem Anwendungsbereich schließt § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung i. S. d. § 129 InsO aus, die Voraussetzung eines jeden Anfechtungstatbestandes ist. Die Norm setzt daher auf der Ebene des als schützenswert empfundenen Lebenssachverhalts, und nicht bei den Umständen seiner Verwirklichung an, welche die Tatbestandsmerkmale der einzelnen Anfechtungsnormen verwirklichen könnten. Als gesetzgeberische Fiktion ist auch § 2 Abs. 2 Nr. 2 COVInsAG unwiderleglich.

Die Regelung geht deutlich über den ersten Entwurf des Gesetzgebers hinaus, der noch kein Anfechtungsprivileg enthielt. Demgegenüber heißt es nun in der finalen Gesetzesbegründung, dass Anfechtungstatbestände vorübergehend sehr weitgehend ausgeschlossen werden. Die damit verbundenen Nachteile für die Gläubigergesamtheit in einer möglichen Folgeinsolvenz seien hinzunehmen, um einen Zusammenbruch ganzer Wirtschaftszweige zu vermeiden, der aufgrund des andernfalls fehlenden Zugangs zu notwendigen neuen Krediten oder der Erschwerung der Fortführung der Geschäfte drohen würde.<sup>65)</sup> Trotz dieses erklärten Ziels des Gesetzgebers kommt der unterschiedlichen Regelungstechnik des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG für Dar-

lehen auf der einen Seite und des § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG für den sonstigen Leistungsaustausch auf der anderen Seite eine besondere Bedeutung bei der Anwendung der in Nr. 4 angelegten Rückausnahme zu.<sup>66)</sup>

### 4.2.2 Sachlicher Anwendungsbereich

Ausweislich des ausdrücklichen Wortlautes des Gesetzes gilt die Privilegierung zunächst nur für die Rückzahlung und Besicherung von Darlehen, die während der Suspendierung der Antragspflichten gem. § 1 COVInsAG gewährt worden sind. Handelt es sich um einen nicht antragspflichtigen Schuldner, gilt die Regelung gem. § 2 Abs. 2 COVInsAG entsprechend.

Der gegenständliche Anwendungsbereich der Norm ist weit auszulegen. Der Begriff des Darlehens beschränkt sich nicht auf Geldkredite i. S. d. § 488 BGB. Vielmehr sind ausdrücklich auch Warenkredite und sonstige Formen der Leistungserbringung auf Ziel erfasst.<sup>67)</sup> Die Auslegung hat anhand des gesetzgeberischen Ziels zu erfolgen, den Leistungsaustausch des Schuldners nicht dadurch zu erschweren, dass dessen Vertragspartner, Lieferanten und Dienstleister nicht mehr bereit sind, in Vorleistung zu treten, weil sie bei nachschüssiger Begleichung ihrer Forderungen außerhalb des für ein Bargeschäft (§ 142 InsO) maßgeblichen Zeitraums die Anfechtung und Rückgewährpflicht in einem etwaigen Folgeinsolvenzverfahren befürchten müssen. Von dem sachlichen Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG sind daher neben der Darlehensgewährung als solcher sämtliche Fälle erfasst, in welchen der Vertragspartner des Schuldners auf den Schutz des Sinallagmas aus § 320 BGB verzichtet und in Vorleistung tritt.

Neben der Darlehensgewährung selbst ist auch die Besicherung solcher Darlehen und Finanzhilfen vom Anwendungsbereich der Norm erfasst. Dies gilt indes nur für die vereinbarungsgemäße anfängliche Besicherung von Darlehen, die im tatbestandlichen Anwendungsbereich dieser Nr. 2 gewährt werden. Für die nachträgliche Besicherung eines während der Suspendierung der Antragspflichten zunächst ungesichert gewährten Geld- oder Warenkredites, z. B. wegen der eingetretenen nochmaligen Verschlechterung der Verhältnisse, enthält weder § 2 Abs. 1 Nr. 2 noch Nr. 4 COVInsAG eine Privilegierung. Eine solche nachträgliche Besicherung auch eines in der Aussetzungsphase gewährten Sanierungsdarlehens ist als inkongruente Sicherung in einem etwaigen Folgeinsolvenzverfahren unter den allgemeinen Voraussetzungen anfechtbar.

Dasselbe gilt im Grundsatz für die Gewährung von Gesellschafterdarlehen. Hier nimmt bereits der Gesetzeswortlaut ausdrücklich Bezug auf § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, der sämtliche Leistungen des Gesellschafters einschließt, die einem Darlehen

61) Vgl. zu den rechtfertigenden Motiven für die Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter und das darauf gründende Haftungsregime ausführlich *Hölzle*, ZIP 2011, 650; *Hölzle*, ZIP 2009, 1939; *Hölzle*, ZIP 2010, 913.

62) Zur (nur) entsprechenden Anwendung unter Berücksichtigung der gebotenen Differenzierung vgl. oben § 2 Tz. III 2.

63) BGH v. 19. 6. 2012 – II ZR 243/11, ZIP 2012, 1557, dazu EWiR 2012, 559 (*Schodder*); BGH v. 20. 2. 1995 – II ZR 9/94, ZIP 1995, 560, dazu EWiR 1995, 785 (*Witkowski*).

64) Vgl. z. B. *Parzinger/Lappe/Meyer-Löwy*, ZIP 2019, 2143.

65) Begr. COVInsAG, S. 23 (BT-Drucks. 19/18110).

66) Vgl. dazu oben Tz. 2 und unten Tz. § 2 III 4.4.1.

67) Begr. COVInsAG, S. 27 (BT-Drucks. 19/18110).

wirtschaftlich entsprechen. Auch hier ist das Privileg daher nicht auf Geldkredite beschränkt. Allerdings erstreckt sich das gegenüber Gesellschaftern bestehende Privileg nicht auch auf die Besicherung von Gesellschafterdarlehen. § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist ausweislich der Gesetzesbegründung ausdrücklich von der Privilegierung ausgenommen. Die Gesellschafter sollen durch die Vorschrift zwar motiviert werden, der Gesellschaft liquide Mittel zur Verfügung zu stellen, nicht aber, diese durch bestehendes Haftungssubstrat der Gesellschaft zu besichern und damit der Gesellschaft gegebenenfalls fortführungsnotwendiges Vermögen zu entziehen. Der Gesetzgeber hat sich damit von den Grundsätzen der Gesellschafterfremdfinanzierung nicht vollständig verabschiedet.

Die Privilegierung von Gesellschafterdarlehen setzt überdies voraus, dass diese in einem etwaigen Folgeinsolvenzverfahren auch wie Darlehen Dritter behandelt werden. Aus diesem Grund musste die Anwendbarkeit der § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 44a InsO für im tatbestandlichen Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG gewährte Darlehen ausgeschlossen werden, da anderenfalls der Gesellschafter mit den in der Krise gewährten Sanierungshilfen in einem späteren Insolvenzverfahren subordiniert und aus gegebenen Sicherheiten vorrangig in Anspruch zu nehmen wäre. Da dies die Bereitschaft von Gesellschaftern, Finanzmittel zur Verfügung zu stellen, erheblich einschränkt, diese aber regelmäßig von finanzierenden Banken als Bekenntnis des Gesellschafters zu der Gesellschaft und dem verfolgten Sanierungskonzept parallel zu den bankenseitig gewährten Sanierungsdarlehen verlangt wird, ist die Privilegierung auch von Gesellschafterdarlehen in der Sache richtig.

## 4.2.3 Tatbestand

### 4.2.3.1 Aussetzung der Antragspflicht

Tatbestandlich setzt die Privilegierung der erfassten Liquiditätshilfen zunächst voraus, dass die Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG ausgesetzt ist oder es sich gem. § 2 Abs. 2 um ein nicht antragspflichtiges Unternehmen bzw. einen nicht antragspflichtigen Unternehmer handelt. Daraus folgt, dass das Anfechtungsprivileg der Norm nicht greift, wenn die Antragspflicht in Anwendung der Rückausnahme des § 1 Satz 2 COVInsAG tatsächlich nicht suspendiert ist. Für den Darlehensgeber verbleibt in diesem Fall ein Restrisiko. Denn ist die Antragspflicht nicht i. S. d. § 1 Satz 1 COVInsAG suspendiert, so entfällt die Fiktion der fehlenden Gläubigerbenachteiligung; da jedoch der Eintritt der Insolvenzreife feststeht, ist die Verwirklichung von Anfechtungstatbeständen, jedenfalls des § 130 InsO, nicht nur wahrscheinlich, sondern im Regelfall sicher.

Dass die Gesetzesbegründung darauf hinweist, dass dem Darlehensgeber auch die in § 1 genannten Beweislastregeln und die dort geregelte Vermutungswirkung zugutekommt,<sup>68</sup> hilft nicht. Denn Tatbestand des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG ist die Gewährung eines Darlehens im Aussetzungszeitraum. Der gute Glaube an die Aussetzung wird nicht geschützt. Mit anderen Worten: Die Aussetzung ist objektives, nicht subjektives Tatbestandsmerkmal; ebenso wie das fingierte Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung. Fehlt es an den Aussetzungsvoraussetzungen, entfällt damit auch das Anfechtungsprivileg. Da an-

dersherum die Kenntnis von dem Eintritt der Insolvenzreife i. S. d. § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO zwingend gegeben ist, wäre der Anfechtung in diesem Fall nichts entgegenzusetzen.

Bei Gewährung von Sanierungsdarlehen i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG ist daher auch durch den Darlehensgeber sorgsam zu prüfen, ob die Kausalitätsvoraussetzungen und die Erwartung, dass die Zahlungsunfähigkeit (nachhaltig) beseitigt werden kann, hinreichend begründet sind, und dies ungeachtet der Beweislast des § 1 COVInsAG. Im Rahmen der Kreditprüfung sollte daher jedenfalls die zur nachhaltigen Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit geforderte Liquiditätsplanung<sup>69</sup> einer üblichen Maßstäben genügenden Plausibilisierung unterzogen werden.

### 4.2.3.2 Neues Darlehen

Es muss sich um ein neues Darlehen handeln. Ausweislich der Gesetzesbegründung wird nur die Zuführung frischer Liquidität privilegiert.<sup>70</sup> Dies ist nachvollziehbar, geht es doch darum, einen krisenbedingten Umsatzeinbruch aufzufangen, nicht darum, die Unternehmensfinanzierung privilegiert und lediglich aus Anlass der Krise neu zu ordnen.

Die Zuführung frischer Liquidität setzt voraus, dass tatsächlich zusätzliche Liquidität zur Verfügung gestellt wird. Das bloße Nichtabziehen von bereits vorhandener Liquidität durch Novation oder Prolongation bereits gewährter Darlehen oder wirtschaftlich vergleichbaren Sachverhalten, die auf ein Hin- und Herzahlen hinauslaufen, ist gerade nicht begünstigt.<sup>71</sup> Dies ist unter Berücksichtigung der eingetretenen Insolvenzgründe auch richtig, weil die bereits gewährten Mittel infolge der eingetretenen Insolvenzgründe in ihrem Teilwert gemindert sind. Diese im Unternehmen zu belassen, stellt keine einer Neuzuführung liquider Mittel vergleichbare Stützungshandlung dar. Solche Maßnahmen können allenfalls dem gesonderten Anfechtungsprivileg des § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG unterfallen, was im Einzelfall zu prüfen ist.

Dies kann sich insbesondere auf Warenkredite erheblich auswirken, für welche z. B. in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein verlängerter und erweiterter Eigentumsvorbehalt vereinbart ist. Bestehen zum Zeitpunkt der Lieferung im Aussetzungszeitraum offene Forderungen des Lieferanten, so führt die Lieferung und Verarbeitung oder der Verkauf der Ware durch den Schuldner dazu, dass die daraus generierten Forderungen abgetreten werden. Der Lieferant verlässt sich auf diese im Aussetzungszeitraum erlangte und damit vermeintlich anfechtungsfeste Sicherheit. Das Anfechtungsprivileg ist häufig aber tatbestandlich gar nicht erfüllt: Die abgetretenen Forderungen aus dem verlängerten Eigentumsvorbehalt sichern in Ermangelung einer abweichenden Tilgungsbestimmung gem. § 366 Abs. 2 BGB zunächst die ältesten Verbindlichkeiten, und damit diejenigen bereits vor dem Aussetzungszeitraum begründeten. Als solche nachträgliche Besicherung einer bereits bestehenden Forderung unterfällt sie weder dem Anfechtungsprivileg

68) Begr. COVInsAG, S. 27 (BT-Drucks. 19/18110).

69) Vgl. oben § 1 Tz. II 2.2.2.

70) Begr. COVInsAG, S. 27 (BT-Drucks. 19/18110).

71) Begr. COVInsAG, S. 27 (BT-Drucks. 19/18110).

vileg des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG noch des § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG. Es wäre daher im Rahmen der Vereinbarung über die weitere Belieferung im Aussetzungszeitraum jedenfalls auch eine Tilgungsbestimmung dahingehend zu treffen, dass etwaige individuell oder in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Sicherheiten lediglich die im Aussetzungszeitraum entstandenen Forderungen besichern.

Auch hier gilt für die Gewährung von Darlehen durch Gesellschafter dasselbe. Soweit diese bereits ein nachrangiges Darlehen gewährt haben, ist jede Form der Prolongation, Novation, Rückzahlung und erneuten Hingabe<sup>72)</sup> nicht von dem Anfechtungsprivileg erfasst.<sup>73)</sup>

#### 4.2.3.3 Zeitlicher Anwendungsbereich

Im zeitlichen Anwendungsbereich der Norm sind zwei Bezugszeitpunkte zu unterscheiden: Zunächst muss das neue Darlehen im Aussetzungszeitraum des § 1 Satz 1 COVInsAG gewährt worden sein. Dies ist der Referenzzeitraum für den Beginn der Privilegierung. Dieser Zeitraum endet daher mit Auslaufen der Regelungen zur Aussetzung der Antragspflicht, zunächst zum 30. 9. 2020 – ungeachtet der Option zur Verlängerung durch Rechtsverordnung bis längstens zum 31. 3. 2021. Sodann definiert die Norm das Ende der anfechtungsrechtlichen Privilegierung, also das Ende der Fiktion einer fehlenden Gläubigerbenachteiligung mit Ablauf des 30. 9. 2023. Das heißt, dass jede Rückführung von Darlehen, die im Aussetzungszeitraum gewährt wurden, und mittelfristig nach Stabilisierung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Anschluss an die Überwindung der Corona-Krise<sup>74)</sup> ganz oder anteilig zurückgeführt werden, keinem Anfechtungsrisiko ausgesetzt sind. Die Ausdehnung des Anfechtungsschutzes über den Aussetzungszeitraum hinaus ist geboten und richtig, weil die Privilegierung nur solcher Darlehen, die im Aussetzungszeitraum gewährt und auch wieder zurückgeführt werden, dem Ziel der nachhaltigen Unternehmenssicherung wenig zuträglich wäre. Vielmehr setzt bereits die tatbestandlich erforderliche Wiederherstellung der nachhaltigen Zahlungsfähigkeit eine Betrachtung über den 30. 9. 2020 hinaus voraus.<sup>75)</sup> Dann muss es auch möglich sein, die privilegiert gewährten Darlehensmittel über diesen Zeitraum hinaus im Unternehmen zu belassen, und erst zu einem späteren Zeitpunkt – ebenfalls privilegiert – zurückzuführen.

Waren die Darlehen allerdings mit einer kürzeren Laufzeit als 30. 9. 2023 gewährt und wurden sie nach Auslaufen der Aussetzung der Antragspflichten prolongiert, so handelt es sich nicht mehr um privilegierte Darlehen und bei Rückzahlungen hierauf auch nicht mehr um anfechtungsrechtlich privilegierte Zahlungen. Privilegiert im Sinne der Norm ist daher nur die erstmalig vereinbarte Darlehenslaufzeit, sowie eine noch im Aussetzungszeitraum erfolgende Prolongation eines bereits privilegierten, zunächst nur kurzfristig gewährten Darlehens und seiner Besicherung.

Anders verhält sich dies in Ansehung der im Aussetzungszeitraum bestellten Sicherheiten. Diese bleiben ohne Enddatum dauerhaft privilegiert. Ist das Darlehen also z. B. bis zum 31. 12. 2026 gewährt und gerät das Unternehmen im Jahr 2026 in eine (nicht mehr coronabedingte) Insolvenz, so bleibt

die Verwertung der Sicherheiten, soweit nicht für ein Gesellschafterdarlehen gewährt, anfechtungsfrei.

Eine Sonderregelung enthält § 2 Abs. 3 COVInsAG für Kredite, die von der Kreditanstalt für Wiederaufbau und ihren Finanzierungspartnern oder von anderen Institutionen im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme gewährt werden. Diese sind ungeachtet des Zeitpunktes ihrer Gewährung oder ihrer Rückgewähr einschließlich der für sie bestellten Sicherheiten dauerhaft anfechtungsrechtlich begünstigt.

#### 4.2.4 Rechtsfolge

Rechtsfolge des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG ist die Fiktion des Fehlens einer Gläubigerbenachteiligung i. S. d. § 129 InsO. Da § 129 Abs. 1 InsO Öffnungstatbestand für die Anfechtungsvorschriften der §§ 130 – 146 InsO ist, entfällt bei Anwendung der Fiktion das Anfechtungsrecht ungeachtet des konkreten Anfechtungstatbestandes vollständig, weil es bereits an der Eingangsvoraussetzung für die Prüfung des Anfechtungssachverhaltes fehlt. Auf die Umstände der Gewährung des privilegierten Darlehens oder der Bestellung der Sicherheiten und auf subjektive Tatbestandsmerkmale, wie z. B. die sichere Kenntnis von der eingetretenen Insolvenzreife oder einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, kommt es nicht an.

#### 4.2.5 Nicht (unmittelbar) erfasst: Cash Pool

Mit der Klarstellung in § 2 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 COVInsAG sollen auch Anreize für Gesellschafter geschaffen werden, dem Unternehmen in der Krise Liquidität zuzuführen.<sup>76)</sup> Für die isolierte Zuführung von Gesellschafterdarlehen scheinen die gewährten Privilegien ausreichend. Offenkundig nicht bedacht hat der Gesetzgeber jedoch die in Konzernstrukturen häufig gegebenen Finanzierungsverhältnisse, insbesondere in Gestalt von Cash Pools.

Zwar wird die Rückführung von Gesellschafterdarlehen durch § 2 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 COVInsAG begünstigt. Jedoch muss es sich tatbestandlich um neue, im Aussetzungszeitraum gewährte Darlehen handeln. Bei der Betrachtung der Anfechtbarkeit der Rückführung von Salden im Cash Pool kommt es nach jüngster Rechtsprechung des BGH<sup>77)</sup> auf den im Anfechtungszeitraum insgesamt zurückgeführten (höchsten) Saldo an. Nicht selten wird infolge des – auch vom Gesetzgeber<sup>78)</sup> für die Rückwirkung des Gesetzes als ausschlaggebend erkannten – Zeitlaufs, dass nämlich die Krisenauswirkungen bereits deutlich vor Abschluss des Gesetzgebungsprozesses spürbar waren, der höchste Saldo im Cash Pool, nämlich die maximale Inanspruchnahme bereits vor der Aussetzung der Antragspflichten erreicht gewesen sein. Erhält das betroffene Unternehmen nunmehr finanzielle Hilfen, so wird der Saldo im Cash Pool – ge-

72) Zu den sich hieraus ergebenden Konsequenzen für Cash Pools vgl. sogleich Tz. 4.2.5.

73) Begr. COVInsAG, S. 27 (BT-Drucks. 19/18110).

74) Die Gesetzesbegründung selbst stellt heraus, dass nicht absehbar ist, wann dieser Zeitpunkt erreicht sein wird, vgl. Begr. COVInsAG, S. 21 (BT-Drucks. 19/18110).

75) Dazu oben § 1 Tz. II 2.2.2.

76) Begr. COVInsAG, S. 27 (BT-Drucks. 19/18110).

77) BGH v. 27. 6. 2019 – IX ZR 167/18, ZIP 2019, 1577, dazu EWiR 2019, 595 (Swierczok/Schubert).

78) Begr. COVInsAG, S. 48 (BT-Drucks. 19/18110).

gebenfalls unter deren Verwendung – (anteilig) zurückgeführt. Wird der Saldo später nicht wieder bis zur Höhe der maximalen Inanspruchnahme aufgefüllt, so handelt es sich um die Rückführung alter, vor Aussetzung der Antragspflicht hingegebener Darlehen und im Übrigen lediglich um ein von § 2 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 COVInsAG nicht privilegiertes Hin- und Herzahlen. Die vollständige Anfechtbarkeit der im Cash Pool zurückgeführten Salden nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO wäre die zwingende Folge. Am Cash Pool beteiligte Unternehmen wären gehalten, den Cash Pool unverzüglich zu kündigen, um eigene Haftungsgefahren auszuschließen, was weitere negative Liquiditätseffekte im Konzern auslöste.

Hinzu kommt, dass sich die Begründung des COVInsAG zu den gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen von Einzahlungen in einen Cash Pool, insbesondere aus § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG,<sup>79)</sup> mit keinem Wort verhält.

Im Widerspruch dazu steht das vom Gesetzgeber ausdrücklich formulierte Ziel, die Fortführung von Unternehmen zu ermöglichen und zu erleichtern<sup>80)</sup> und vor allem auch Anreize für die Kreditvergabe durch Dritte und Gesellschafter zu schaffen.<sup>81)</sup> Den von der Krise betroffenen Unternehmen soll die erforderliche Zeit gegeben werden, sich notwendige Finanzierungen zu beschaffen und Sanierungskonzepte zu erarbeiten und umzusetzen. Dies soll im Rahmen der Fortführung des ordentlichen Geschäftsganges möglich sein, ohne dass sich die Gefahr manifestiert, dass Geschäftsverbindungen zum Schuldner abgebrochen werden.<sup>82)</sup> Ziel ist daher die Sicherung der betrieblichen Strukturen des Schuldners im ordnungsgemäßen Geschäftsgang. Wenn demgegenüber das Cash Pooling zweifelsohne eine durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste vertragliche Beziehung ist, so sind die Motive hierfür doch überwiegend betrieblicher Natur, weil durch das Cash Pooling die (externen) Finanzierungskosten des Unternehmens reduziert werden sollen.<sup>83)</sup> Zu der vom Gesetzgeber intendierten Aufrechterhaltung betrieblicher Strukturen im Sinne der Fortsetzung des gewöhnlichen Geschäftsganges gehört daher, auch wenn dies in der Gesetzesbegründung nicht explizit zum Ausdruck kommt, dass vernünftige betriebliche Finanzierungsstrukturen, wie sie im Konzern üblich und die in einer anderen Gesetzesbegründung ausdrücklich als „ökonomisch sinnvoll“<sup>84)</sup> betitelt worden sind, nach Möglichkeit erhalten bleiben sollten, um die Krise nicht noch zusätzlich zu verschärfen.

Diesen Widerspruch aufzulösen, heißt die Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen die Aufrechterhaltung eines Cash Pools in der Phase suspendierter Antragspflichten zulässig ist. Beispielhaft für die GmbH kommt es dabei vor allem auf die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Vollwertigkeit<sup>85)</sup> des Rückzahlungsanspruchs i. S. d. § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG an. Da das Risiko für die (Organe der) Tochtergesellschaft darin besteht, unzulässige Kapitalrückzahlungen an die Muttergesellschaft zu tätigen, ist der aus der Einzahlung in den Cash Pool resultierende Darlehensrückzahlungsanspruch wegen der eingetretenen Insolvenzgründe als nicht vollwertig zu qualifizieren. Diese Annahme liegt zunächst einmal nahe, da es für die Betrachtung der Vollwertigkeit auf eine bilanzielle Betrachtung ankommt, also darauf, ob der Anspruch nach § 253 HGB zum Nominalwert in der Bilanz angesetzt werden kann.<sup>86)</sup> Nach

§ 253 Abs. 3 Satz 5 HGB besteht bei einer dauernden Wertminderung der Forderung eine Abwertungspflicht. Diese wäre auf den geringeren Teilwert, bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners: regelmäßig auf null, abzuwerten. Das Deckungsgebot<sup>87)</sup> des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG wäre nicht erfüllt. Der Begriff der dauernden Wertminderung ist dabei nicht im Sinne einer endgültigen Wertminderung zu verstehen, sondern in Abhängigkeit von dem zu betrachtenden Wirtschaftsgut reicht für die dauernde Wertminderung auch eine vorübergehende, wenn nicht absehbar ist, ob, wann und in welchem Umfang eine Wertaufholung wieder eintreten wird.<sup>88)</sup> Ist der Darlehensschuldner materiell insolvent, woran während der Suspendierung der Antragspflichten kein Zweifel besteht, so ist danach im Grundsatz zunächst von einer dauernden Wertminderung auszugehen.

Für den Bilanzansatz zum Nennbetrag der Forderung, also für die Annahme einer Werterhöhung trotz Insolvenz des Darlehensschuldners, müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen; die bloße Aussicht auf eine künftige Werterhöhung reicht grundsätzlich nicht aus.<sup>89)</sup> Hier stellt sich dann jedoch die Frage, ob nicht die Vermutungswirkung des § 1 Satz 3 COVInsAG, die Zahlungsfähigkeit könne wieder hergestellt werden, für die Annahme solcher konkreter Anhaltspunkte genügt.<sup>90)</sup>

Vermutet der Gesetzgeber positive Sanierungsaussichten durch die nur unter höchsten Anforderungen zu widerlegende Annahme, dass die Zahlungsfähigkeit wieder hergestellt werden könne, so muss dies im Lichte des mit dem Gesetz verfolgten gesetzgeberischen Gesamtziels auch für die Beurteilung des Deckungsgebots im Rahmen des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG gelten. Solange der Schuldner daher davon ausgehen darf, eine Finanzierung zu erhalten oder eine (erfolgversprechende) Sanierungsvereinbarung abzuschließen, ist auch von der Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs aus in den Cash Pool geleisteten Einzahlungen auszugehen. Insoweit schadet dann erst der Nachweis, dass die nachhaltige Beseitigung der Insolvenzreife – auch unter Inanspruchnahme staatlicher oder sonstiger Hilfen – nicht wird gelingen können.

Daraus folgt, dass die Aufrechterhaltung von Cash Pools während der Zeit der nach § 1 Satz 1 COVInsAG tatbestandlichen Aussetzung von Antragspflichten grundsätzlich nicht gegen gesellschaftsrechtliche Kapitalerhaltungsverbote verstößt.

79) Vgl. z. B. Bauer, Die GmbH in der Krise, 6. Aufl., 2020, Rz. 1158 ff.

80) Begr. COVInsAG, S. 2 (BT-Drucks. 19/18110).

81) Begr. COVInsAG, S. 27 (BT-Drucks. 19/18110).

82) Begr. COVInsAG, S. 19 (BT-Drucks. 19/18110).

83) Vgl. z. B. Larisch, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl., 2014, Rz. 534, 542 ff.

84) So ausdrücklich Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41.

85) Vgl. Verse, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl., 2018, § 30 Rz. 76 ff.

86) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 41; BGH v. 1. 12. 2008 – II ZR 102/07, ZIP 2009, 70 (m. Bespr. Altmeppen, S. 49) – MPS, dazu EWiR 2009, 129 (Blasche).

87) Verse (Fußn. 85), § 30 Rz. 81 ff.

88) Schubert/Andrejewski, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl., 2020, § 253 Rz. 316 ff.

89) Schubert/Andrejewski (Fußn. 88), Rz. 316 ff.

90) Vgl. allgemein zur Vermutungsregelung des § 1 Satz 3 vgl. oben § 1 Tz. II 2.1.3 und zur Bedeutung der Vermutungsregelung im Kontext der Erlangung von Finanzierungshilfen zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit s. oben § 1 Tz. II 2.2.2.

Diese Betrachtungsweise hat Rückwirkung auch auf die Beurteilung der mit der Fortsetzung eines Cash Pools verbundenen insolvenzanfechtungsrechtlichen Risiken. Während durch das Urteil des BGH vom 27. 6. 2019<sup>91)</sup> sowohl die Risiken aus einer Anfechtung nach § 134 InsO bereits auf Tatbestands-ebene deutlich reduziert sind, weil im Rahmen eines vertragsgebundenen Cash Pools grundsätzlich nicht von einer unentgeltlichen Leistung wird ausgegangen werden können, als auch das Anfechtungsrisiko aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO in der Rechtsfolge bereits auf den über den gesamten Anfechtungszeitraum zurückgeführten Saldo reduziert ist, lässt sich überdies die Frage stellen, ob die Aufrechterhaltung eines Cash Pools und daraus im Saldo erhaltene Rückzahlungen tatsächlich eine – auch für die Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO nötige – Gläubigerbenachteiligung begründen, oder ob dies nicht über den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG hinaus abzulehnen ist.

Denn auch insoweit gilt: Solange die Aufrechterhaltung des Cash Pools in Anwendung der Vermutung des § 1 Satz 3 COVInsAG der Umsetzung eines ernsthaft betriebenen und erfolversprechenden Finanzierungs- oder Sanierungskonzepts dient, ein jeder Rückzahlungsanspruch voll werthaltig ist und davon ausgegangen werden kann, dass in den Cash Pool per Saldo geleistete Rückzahlungen wegen des erfolversprechenden Konzepts eines vor der Krise wirtschaftlich gesunden Unternehmens künftig auch wieder in Anspruch genommen werden können, liegt eine Gläubigerbenachteiligung nicht vor. Die Aufrechterhaltung des Cash Pools dient dann im Ergebnis der Verbesserung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger.<sup>92)</sup> Sie hilft nämlich, die Aussicht auf eine Vollbefriedigung nach Überwindung der Krise zu begründen. Der Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung wäre dann trotz des per Saldo eingetretenen Mittelabflusses, der grundsätzlich eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung begründet, unter Geltung der allgemein für die Verneinung einer Gläubigerbenachteiligung bei Zahlung angemessenen Sanierungsaufwands<sup>93)</sup> geltenden Grundsätze nicht anzunehmen.

Zwar ließe sich diese Argumentation auf jede Aufrechterhaltung von Cash Pools in der Krise eines Unternehmens übertragen, was mit der grundsätzlichen Aussage des BGH,<sup>94)</sup> dass es ein Sonderrecht für Cash Pools nicht gibt, in Konflikt träte; jedoch streitet für Sanierungsmaßnahmen außerhalb des COVInsAG nicht eine Gesetzesbegründung, die unter Anerkennung der wichtigen Funktion, die das Insolvenzrecht für den Schutz der Vertragspartner und die Integrität des Wirtschaftsverkehrs erfüllt, die Aussetzung auch von gläubigerschützenden Massesicherungsgeboten und damit den Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Gläubigerpositionen mit dem Ziel der Bewältigung der durch die Corona-Krise bewirkten außergewöhnlichen gesamtwirtschaftlichen Schwierigkeiten aus dem Gesichtspunkt überragender Belange des Gemeinwohls für zulässig erklärt.<sup>95)</sup> Da das Recht der Insolvenzanfechtung und das Recht der gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote aber demselben gesetzgeberischen Ziel dienen – gesellschaftsrechtlich soll das zur gemeinschaftlichen Befriedigung sämtlicher Insolvenzgläubiger dienende Vermögen<sup>96)</sup> zusammengehalten und die Haftung der organschaftlichen Vertreter hierfür be-

gründet werden;<sup>97)</sup> das Anfechtungsrecht dient dem Ziel der Wiederherstellung des Bestandes des allen Gläubigern gleichmäßig haftenden Schuldnervermögens, soweit dieses durch Leistung des Schuldners schon vor dem Insolvenzantrag verringert worden und dies nicht gesondert gerechtfertigt ist<sup>98)</sup> – kann die für die Nichtanwendung der Zahlungsverbote ins Feld geführte Argumentation jedenfalls im Anwendungsbereich der Aufrechterhaltung von Cash Pools, die von demselben Gesetzgeber als ökonomisch sinnvoll bezeichnet werden, ebenfalls fruchtbar gemacht werden. Die Anfechtung eines zurückgeführten Saldos nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO scheidet daher in einem etwaigen Folgeverfahren, soweit die Rückführung während der tatbestandlichen Aussetzung von Antragspflichten erfolgte, an dem Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung i. S. d. § 129 InsO, auch soweit diese nicht vom Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG gedeckt ist.

### 4.3 Kein sittenwidriger Sanierungskredit (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG)

#### 4.3.1 Regelungstechnik

Da Teil der Abmilderung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise vor allem auch die Bereitstellung eines erleichterten Zugangs zu Finanzierungen ist, hat der Gesetzgeber auch die Frage zu beantworten, ob eine Kreditgewährung nach eingetretener Insolvenzreife bei unklarer Prognosesituation nicht möglicherweise als sittenwidriger Überbrückungs- oder Sanierungskredit zu qualifizieren ist.

Auch bei § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG handelt es sich um eine – unwiderlegliche – gesetzliche Fiktion, die auf das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit in den Verweisungsnormen der §§ 138, 826 BGB ausschließend einwirkt.

#### 4.3.2 Sachlicher Anwendungsbereich und Tatbestand

Durch den Wortlaut, „Kreditgewährungen und Besicherung im Aussetzungszeitraum“ nimmt der Tatbestand des § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG Bezug und verweist auf den Tatbestand des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG. Hier wie dort ist daher nur die Gewährung neuer Darlehen und hierfür vertragsgemäß bestellter Sicherheiten privilegiert. Weder greift das Privileg für die Novation, ein Hin- und Her-Zahlen, die sonstige Umschaffung von Kreditfinanzierungen und auch nicht für nachträgli-

91) BGH ZIP 2019, 1577.

92) Dieser Argumentation hat BGH v. 21. 11. 2019 – IX ZR 223/18, ZIP 2020, 128, dazu EWIR 2020, 177 (Freudenberg), im regulären Anwendungsbereich des § 135 InsO zwar jüngst den Boden entzogen und klargestellt, dass nur die Wiederherstellung des tatsächlichen Vermögenszugriffs für die Gläubiger eine einmal eingetretene Gläubigerbenachteiligung ausgleichen kann, allerdings war Maßstab für den BGH auch hier die Betrachtung der Auswirkungen auf die Gläubigerbefriedigung; und genau dort setzt die Argumentation für den hier gegebenen Ausnahmefall an.

93) MünchKomm-Kaysers, InsO, 3. Aufl., 2013, § 129 Rz. 163 f.

94) BGH v. 16. 1. 2006 – II ZR 76/04, ZIP 2006, 665 (m. Bespr. Altmeyers, S. 1025), dazu EWIR 2006, 523 (Kleinschmidt/Hoos).

95) Begr. COVInsAG, S. 49 (BT-Drucks. 19/18110).

96) Zu dieser Zielsetzung des § 64 GmbHG ausdrücklich Goette, in: Festschrift Krefl, 2004, S. 53, 58 f.; Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., 2019, § 64 Rz. 78; Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 701 ff.; Haas, in: Festschrift Gero Fischer, 2008, S. 209, 210 ff.

97) Vgl. BGH v. 25. 1. 2010 – II ZR 258/08, ZIP 2010, 470, dazu EWIR 2010, 357 (Hangebrauck); BGH v. 26. 3. 2007 – II ZR 310/05, ZIP 2007, 1006 (m. Bespr. K. Schmidt, ZIP 2008, 1401).

98) MünchKomm-Kirchhof, InsO, 3. Aufl., 2013, Vor §§ 129 – 147 Rz. 1.

che Besicherungen. Auf die Ausführungen zu § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG kann insoweit verwiesen werden.

#### 4.3.3 Rechtsfolge

Wegen des Ausschlusses der für die Beurteilung sittenwidriger Sanierungskredite einschlägigen Tatbestände der §§ 138, 826 BGB bereits auf Ebene des objektiven Tatbestandes, besteht ein verbleibendes Risiko für Darlehensgeber neuer Kredite im Aussetzungszeitraum nicht. Dies gilt für Überbrückungskredite gleichermaßen wie für Sanierungskredite. Insbesondere die Frage, über welchen Zeitraum ein Überbrückungskredit gewährt werden darf,<sup>99)</sup> stellt sich nicht, wenn bereits auf Ebene des sonstigen objektiven Tatbestands die Tatbestandsmäßigkeit ausgeschlossen wird. Die weitere Prüfung erübrigt sich dann.

#### 4.4 Anfechtungsausschluss (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG)

##### 4.4.1 Regelungstechnik

Anders als bei den in § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 3 COVInsAG geregelten Folgen bedient sich § 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 1 COVInsAG nicht einer gesetzlichen Fiktion, sondern schließt den Anfechtungstatbestand des § 130 InsO aus, indem er kongruente Deckungshandlungen für nicht anfechtbar erklärt. In § 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 2 COVInsAG ist sodann eine Rückausnahme enthalten, sofern dem anderen Teil bekannt war, dass die Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen des Schuldners nicht zur Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit geeignet gewesen sind. Die Erfüllung der Rückausnahme führt sodann zur uneingeschränkten Anwendbarkeit des § 130 InsO.

In der Wahl der abweichenden Regelungstechnik kommt zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber im Fall der Erfüllung der Rückausnahme von keiner weiteren Anfechtungserleichterung ausgeht, also insbesondere ein Rückgriff auf das mögliche Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung i. S. d. § 129 InsO<sup>100)</sup> wegen des Zusammenhangs mit der dem gesetzgeberischen Ziel entsprechenden Sicherung der Fortführung des Unternehmens nicht in Betracht kommt.<sup>101)</sup>

Über den Anwendungsausschluss des § 130 InsO hinaus enthält § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG einen Anwendungsausschluss auch in Bezug auf § 131 InsO für die in lit. a bis e enumerativ genannten Fälle. Die Aufzählung ist abschließend.<sup>102)</sup> Die Übertragung auf andere, ähnlich gelagerte Sachverhalte ist nicht möglich.

Da § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG sich anders als § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG nicht der gesetzlichen Fiktion mit Wirkung auf das Tatbestandsmerkmal der Gläubigerbenachteiligung, sondern des Anwendungsausschlusses bestimmter Anfechtungsnormen bedient, hat die Vorschrift keine Auswirkung auf sonstige Anfechtungssachverhalte. Diese bleiben vollumfänglich in Kraft. Dies betrifft §§ 132 bis 134, 136 InsO, die auch für Leistungen im Aussetzungszeitraum uneingeschränkt anwendbar bleiben.

##### 4.4.2 Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des Anfechtungsausschlusses ist nicht beschränkt. Vielmehr erfasst § 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 1 COVInsAG sämtliche Rechtshandlungen, die Ge-

genstand einer Kongruenzanfechtung nach § 130 Abs. 1 InsO sein können. Dies betrifft Leistungen gegenüber Vertragspartnern von Dauerschuldverhältnissen wie Vermieter und Leasinggeber ebenso wie Lieferanten und Dienstleister. Ziel des Gesetzgebers ist es, die Leistungsbereitschaft solcher Vertragspartner aufrecht zu erhalten und diese nicht mit dem Risiko der Anfechtbarkeit in einer etwaigen Folgeinsolvenz zu belasten.<sup>103)</sup> Ohne diese Maßnahme wäre nämlich zu erwarten, dass, wenn nicht die Leistungsbeziehung insgesamt beendet wird, jedenfalls auf Vorkasseleistung umgestellt werden würde, was die Liquidität des betroffenen Unternehmens weiter belastete.<sup>104)</sup>

##### 4.4.3 Tatbestand

§ 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG scheint zunächst keine über den allgemeinen Öffnungstatbestand<sup>105)</sup> hinausgehenden tatbestandlichen Anforderungen zu haben. Allerdings nimmt die Gesetzesbegründung Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG und stellt heraus, dass über den Schutz neuer Kredite nach Nr. 2 hinaus auch der Anfechtungsschutz für sonstige Rechtshandlungen geboten ist, weil diese die Sanierungsbemühungen und die Liquidität des Unternehmens in gleicher Weise stützen können wie die Gewährung neuer Darlehen. Aus dieser Bezugnahme folgt, dass es sich auch bei den nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 1 COVInsAG geschützten Rechtshandlungen um solche handeln muss, die im Aussetzungszeitraum vorgenommen wurden, also in entsprechender Anwendung des Nr. 2 um „neue“ Rechtshandlungen. Ein rückwirkender Anfechtungsschutz ist deshalb mit § 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 1 COVInsAG nicht verbunden.

Für den weitergehenden Anfechtungsschutz auch inkongruenter Deckungshandlungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 lit. a bis e COVInsAG kommt es auf die Vornahme der dort jeweils und abschließend genannten Rechtshandlungen an. Der Gesetzgeber bringt für jeden der dort genannten Inkongruenztatbestände die konkreten Motive zum Ausdruck, aus welchen heraus er auch die in der jeweiligen Maßnahme zum Ausdruck kommenden Finanzierungs- oder Sanierungsbeiträge für privilegierungswürdig erachtet und dem besonderen Anfechtungsschutz unterwirft.<sup>106)</sup> Raum für Analogien oder die entsprechende Anwendung auf ähnlich gelagerte Sachverhalte bleibt, auch wegen des herausgehobenen Ausnahmecharakters der Norm,<sup>107)</sup> nicht.

##### 4.4.4 Rückausnahme, Erhalt der Anfechtbarkeit

Mit der rechtlichen Wirkung einer so genannten Anspruchserhaltungsnorm sieht § 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 2 COVInsAG

99) Zur Ablehnung einer formelhaften Betrachtung der Höchstdauer vgl. BGH ZIP 2017, 809.

100) Dazu soeben die Erläuterungen zu § 2 Tz. III 4.2.5 im Anwendungsbereich von Cash Pools.

101) Vgl. dazu oben die Erläuterungen zu § 2 Tz. III 2.

102) Begr. COVInsAG, S. 28 (BT-Drucks. 19/18110).

103) Begr. COVInsAG, S. 2, 28 (BT-Drucks. 19/18110).

104) Dazu, dass diese Folge möglicherweise dennoch eintritt, vgl. unten § 2 Tz. 5.

105) Dazu oben § 2 Tz. III 3.

106) Begr. COVInsAG, S. 28 (BT-Drucks. 19/18110).

107) Zu einem Analogieausschluss für Ausnahmenormen vgl. zuletzt BGH v. 8. 1. 2019 – II ZR 364/18, ZIP 2019, 701 (m. Bespr. Natterer, S. 1796), dazu Stephan, GmbHR 2019, 528 u. Bungert/Evertz, EWiR 2019, 263.

vor, dass die Anwendbarkeit des § 130 InsO erhalten bleibt, wenn dem anderen Teil bekannt war, dass sie Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen des Schuldners nicht zur Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit geeignet gewesen sind. Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzeswortlaut von der Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit, die Gesetzesbegründung demgegenüber von der Beseitigung der Insolvenzreife spricht.<sup>108)</sup> Letzteres würde bedeuten, dass für die Frage des Anspruchserhalts nicht nur auf die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit, sondern auch auf die Beseitigung einer Überschuldung abzustellen ist. Die Auswirkungen dessen dürften aber gering sein, da bei unterstellter Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit auch eine Überschuldung entfällt. Das Anknüpfen an die Beseitigung der Insolvenzreife rechtfertigt es aber jedenfalls, bei der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit im Sinne der BGH-Rechtsprechung nicht eine stichtagsbezogene, sondern eine nachhaltige Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit zu verlangen,<sup>109)</sup> weshalb der Schuldner auch hier gehalten ist, einen – unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Rahmenbedingungen – plausibilisierbaren Liquiditätsplan vorzulegen.

Tatbestandlich setzt die Anspruchserhaltung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 Halbs. 2 COVInsAG dreierlei voraus, nämlich zunächst, dass der Schuldner erstens überhaupt Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen ernsthaft entfaltet und diese zweitens geeignet sind, die Insolvenzreife zu beseitigen. Für die Frage der Beurteilung dieser ersten beiden Tatbestandsmerkmale kann auf die überkommene Rechtsprechung<sup>110)</sup> zum Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung von Rechtshandlungen, die in Umsetzung von Sanierungskonzepten erfolgen, zurückgegriffen werden. Die Tatbestände sind absolut vergleichbar, da dort anerkannt ist, dass die Maßnahmen nicht offensichtlich ungeeignet sein dürfen, ernsthaft betrieben werden müssen und das Konzept bereits in seinen Anfängen in die Tat umgesetzt sein muss; dabei reichen jedoch Finanzierungsgespräche mit einzelnen Gläubigern, die es dem Schuldner mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ermöglichen, seine übrigen Gläubiger zu befriedigen, aus.<sup>111)</sup>

Als drittes Tatbestandsmerkmal für die Anspruchserhaltung ist sodann erforderlich, dass der andere Teil positive Kenntnis von dem Fehlen einer der beiden erstgenannten Voraussetzungen hat.<sup>112)</sup> Die Beweislast hierfür liegt bei demjenigen, der sich auf die Anfechtbarkeit beruft. Da es sich bei der positiven Kenntnis um eine innere Tatsache handelt, kann diese, wie auch sonst im Anfechtungsrecht üblich,<sup>113)</sup> durch den Rückgriff auf Indizien belegt werden.

#### 4.5 Anfechtungsfristen

Sind im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 COVInsAG die wesentlichen Anfechtungstatbestände nach dem Willen des Gesetzgebers<sup>114)</sup> auch sehr weitgehend ausgeschlossen, so stellt sich doch die Frage, wie im Falle einer nachfolgenden Insolvenz und der Feststellung, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Aussetzung der Antragspflichten oder des jeweiligen Privilegierungstatbestandes im Zeitpunkt der zu beurteilenden Rechtshandlung nicht (mehr) vorlagen, etwaige Anfechtungsfristen zu berechnen sind.

Da die Aussetzung der Antragspflicht nach § 1 Satz 1 COVInsAG nicht gilt, wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, kann diese Rückausnahme, d. h. die Rückkehr zur Antragspflicht, auch nach einer zunächst erfolgten Aussetzung eintreten.<sup>115)</sup> Die Voraussetzungen sind daher ständig zu überwachen. Fällt die Aussicht auf Beseitigung der Insolvenzreife nachträglich weg, leben die Antragspflichten unmittelbar wieder auf, und zwar ohne dass die dreiwöchige Höchstfrist des § 15a InsO erneut zu laufen begännen. Vielmehr ist in diesem Fall unverzüglich Insolvenzantrag zu stellen, § 15a Abs. 1 InsO. Die entsprechende Anwendung des § 249 Abs. 1 ZPO findet auf diesen Fall keine Anwendung, weil nicht die Unterbrechung endet, sondern der für die Inanspruchnahme der Unterbrechung erforderliche Tatbestand nicht länger erfüllt wird.

Kommt es zu einer Antragstellung während der zeitlichen Geltung des COVInsAG oder im Anschluss an eine von dem Schuldner genutzte Aussetzungsphase, stellt sich die Frage, ob die Anfechtungsfristen vom Zeitpunkt des Wegfalls der Aussetzung der Antragspflicht oder vom Zeitpunkt des Eintritts der suspendierten Antragspflicht zu berechnen sind. Letzteres ist in entsprechender Anwendung des § 139 Abs. 2 InsO der Fall.

Der BGH<sup>116)</sup> hat wiederholt klargestellt, dass es für die Berechnung der Anfechtungsfrist auf die Betrachtung des einheitlichen Insolvenztatbestandes ankommt. Liegt eine „einheitliche Insolvenz“ vor, so kommt es auf den ersten Insolvenzantrag an, unabhängig davon, ob das Verfahren auf diesen Antrag hin eröffnet worden oder dieser zwischenzeitlich abgewiesen oder zurückgenommen ist. Da an der einheitlichen Insolvenz im hier zu beurteilenden Fall keine Zweifel bestehen, weil das CorInsAG nicht den Insolvenzgrund beseitigt, sondern nur die Antragspflicht suspendiert, sind dieselben Grundsätze anzuwenden. Im Falle einer Folgeinsolvenz kommt es, und dies gebietet der Gläubigerschutz zwingend, für die Berechnung der Anfechtungsfristen daher auf den Zeitpunkt des Eintritts der suspendierten Antragspflicht an. Anders ist dies nur dann, wenn das einheitliche Insolvenzereignis dadurch unterbrochen wird, dass zwischenzeitlich die Insolvenzreife vollständig überwunden, also auch die vollständige Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO widerhergestellt wurde.

#### 5. Nicht geregelte Folge: deliktischer und strafrechtlicher Gläubigerschutz

Der Gesetzgeber stellt zwar deutlich heraus, dass Sinn und Zweck des Gesetzes nicht zuletzt auch darin bestehe, aussichtsreiche

108) Begr. COVInsAG, S. 28 (BT-Drucks. 19/18110).

109) Vgl. dazu ausführlich oben § 1 Tz. II 2.2.2.

110) BGH v. 4. 12. 1997 – IX ZR 47/97, ZIP 1998, 248, dazu EWiR 1998, 225 (Gerhardt); BGH v. 8. 12. 2011 – IX ZR 156/09, ZIP 2012, 137, dazu EWiR 2012, 147 (Freundenberg/Wolf).

111) BGH ZIP 2012, 137.

112) Begr. COVInsAG, S. 28 (BT-Drucks. 19/18110).

113) Vgl. dazu z. B. BGH v. 22. 6. 2017 – IX ZR 111/14, ZIP 2017, 1379, dazu EWiR 2017, 637 (Breitenströter-Brüggemann/Lau).

114) Begr. COVInsAG, S. 23 (BT-Drucks. 19/18110).

115) Vgl. oben § 1 Tz. II 2.2.2 sowie auch bereits § 1 Tz. II 2.3.1.

116) BGH v. 15. 11. 2007 – IX ZR 212/06, ZIP 2008, 235, dazu EWiR 2008, 629 (Freundenberg); BGH v. 18. 9. 2014 – IX ZA 9/14, ZVI 2015, 22.



Sanierungsbemühungen nicht dadurch zu vereiteln, dass Zahlungen an Lieferanten und Dienstleister infolge damit verbundener Haftungsrisiken ausblieben und in der Folge die weitere Belieferung eingestellt würde. Allerdings ist der im geltenden Recht umfassend ausdifferenzierte Gläubigerschutz<sup>117)</sup> damit nicht vollständig suspendiert. Vielmehr bestehen die Grenzen der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gem. § 826 BGB und des (Kredit- oder Eingehungs-)Betrugs sowie die daran anknüpfende Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 263, 265b StGB fort.<sup>118)</sup>

Das Haftungsrisiko für die Geschäftsführung aus dem Wandel an der Grenze zum Eingehungsbetrag ist daher in der COVInsAG-gestützten Sanierung nicht nur ebenso gegeben, wie in der „gewöhnlichen“ außergerichtlichen Sanierung, sondern geht noch darüber hinaus. Da nämlich bei dem Berufen auf die Suspendierung der Antragspflichten der materielle Insolvenzgrund feststeht, steht auch fest, dass bei Lieferanten und Dienstleistern abgerufene Leistungen prima vista nicht vergütet werden können. Die in der Eingehung einer vertraglichen Verpflichtung enthaltene konkludente Erklärung des Schuldners, zur Vertragserfüllung willens und auch in der Lage zu sein,<sup>119)</sup> stellt daher vom Ausgangspunkt her eine Täuschung i. S. d. § 263 StGB und damit eine Schutzgesetzverletzung i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB dar. Es obliegt dem Schuldner bzw. dem Organ, die in dem Eintritt der materiellen Insolvenzzeit liegende Vermutung einer konkludenten Täuschung zu widerlegen.

Die Frage ist, welche Anforderungen hieran zu stellen sind. Zunächst besteht kein Zweifel daran, dass Lieferanten, Dienstleister und sonstige Vertragspartner, deren Leistung in Anspruch genommen werden (sollen), über die Situation, dass sich das Unternehmen in der Phase suspendierter Antragspflichten und der Verhandlung von Finanzierungs- oder Sanierungsmaßnahmen befindet, aufzuklären sind. Eine solche Pflicht zur Offenbarung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft nimmt der BGH<sup>120)</sup> nämlich dann an, wenn die Durchführbarkeit des Vertrages bei Vorleistungspflicht des Vertragspartners z. B. durch die Überschuldung der Gesellschaft von vornherein schwerwiegend gefährdet ist.

Auch wenn der COVInsAG-Gesetzgeber mit § 1 Satz 3 COVInsAG die gesetzliche Vermutung begründet, dass die Zahlungsfähigkeit wiederhergestellt werden könne, so kann das für die Notwendigkeit der Anordnung einer Vermutung erkannte Prognoserisiko nicht in noch stärkerer Eingrenzung des Gläubigerschutzes auf die Lieferanten verlagert werden. Hier gilt der eingangs<sup>121)</sup> herausgestellte Grundsatz, dass die Verweisung nur eine entsprechende ist, welche gebotene Differenzierungen zu beachten hat. Die Lieferanten müssen vielmehr in die Lage versetzt werden, eine informierte und damit bewusste Entscheidung über die weitere Belieferung des schuldnerischen Unternehmens zu treffen.<sup>122)</sup> Mag damit auch einhergehen, dass einige, vielleicht auch die überwiegende Anzahl der Lieferanten, auf Vorkasse umstellt, so ist dies bei der Höhe der zu beantragenden Finanzhilfen und in den zu erstellenden Liquiditätsplanungen zu berücksichtigen. Denn nur, wenn unter den erschwerten Bedingungen einer Unternehmensfortführung in der Krise der regelmäßig erhöhte Liquiditätsbedarf ge-

deckt werden kann, haben die Sanierungsverhandlungen die für die Aussetzung der Antragspflichten nötige Aussicht auf Erfolg. Dies ist keine Besonderheit der COVInsAG-gestützten Sanierung, sondern er gilt in jeder Unternehmenssanierung, außerhalb wie innerhalb eines Insolvenzverfahrens.

Darüber hinaus hat der Schuldner den Fortgang der Finanzierungs- und Sanierungsbemühungen – nach allgemeinen Grundsätzen<sup>123)</sup> – stets aufmerksam und, der Situation angemessen, in engem Zeitraster zu beobachten. Stellt er dabei fest, dass ab einem gewissen Zeitpunkt keine überwiegend begründeten Finanzierungs- oder Sanierungsaussichten mehr bestehen, so ist er zur Annahme und zum Verbrauch von Vorleistungen seiner Lieferanten und Dienstleister nicht mehr berechtigt, kann er nicht sicherstellen, dass diese noch bezahlt werden.<sup>124)</sup>

In der Schwebephase der Sanierung unter dem Schutz des COVInsAG bestehen daher – zu Recht – keine Erleichterungen mit Blick auf den deliktischen und strafrechtlichen Gläubigerschutz.

#### IV. § 3 COVInsAG: Eröffnungsgrund bei Gläubigerinsolvenzanträgen

Nach der eindeutigen Formulierung des Gesetzes berührt die Regelung des § 1 nicht das Recht, einen Insolvenzantrag zu stellen. § 3 COVInsAG sieht aber eine dreimonatige Aussetzung des Gläubigerantragsrechts vor.

##### 1. Unberührtes Antragsrecht des Schuldners

Die plötzlichen wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie in Verbindung mit den fehlenden Prognosemöglichkeiten mögen einen hinreichenden Grund darstellen, die Antragspflicht auszusetzen. Wenn den Unternehmern indes die Liquidität ausgeht, also Zahlungsunfähigkeit eintritt, noch bevor ein Antrag auf staatliche Hilfe bearbeitet oder ein Notfallpaket valutiert ist, mag es sinnvoll und hilfreich sein, auf die im Insolvenzrecht bereitgestellten leistungswirtschaftlichen Maßnahmen zurückzugreifen und trotz der ausgesetzten Pflicht auf die (langfristige) Restrukturierung unter Inanspruchnahme des insolvenzrechtlichen Werkzeugkastens zu setzen. Aus der Aussetzung der Antragspflicht folgt daher richtigerweise keine Aussetzung

117) Ausführlich *Bitter*, ZInsO 2018, 625 ff.

118) *Bitter*, Blog GmbHR, Eintrag v. 17. 3. 2020 abrufbar unter <https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2020/03/17/corona-krise-aussetzung-der-insolvenz-antragspflicht-geplant>, zuletzt abgerufen am 24. 3. 2020.

119) BGH v. 25. 1. 1984 – VIII ZR 227/82, ZIP 1984, 439.

120) BGH v. 1. 7. 1991 – II ZR 180/90, ZIP 1991, 1140, dazu EWiR 1992, 161 (*Medicus*); BGH v. 27. 10. 1982 – VIII ZR 187/81, ZIP 1982, 1435; zuletzt in strafrechtlicher Hinsicht noch einmal BGH v. 4. 8. 2016 – 4 StR 523/15, ZIP 2017, 370.

121) Vgl. oben § 2 Tz. III 2.

122) Zu der rechtsökonomischen Richtigkeit der Statuierung von Offenbarungspflichten in Bezug auf ökonomisch unproduktive Informationen, wie sie auch hier in Rede steht, vgl. ausführlich *Hölzle*, Verstrickung durch Desinformation (habil. 2012), S. 91 ff., 254 ff.

123) BGH ZIP 2012, 1557; BGH ZIP 1995, 560.

124) Zwar liegt in solchen Fällen ein Betrug nur vor, wenn Ausnahmeweise eine auf besonderer Vertrauensbeziehung, die z. B. aus dauerhafter Lieferbeziehung herrühren kann, gründende Garantienpflicht zur Offenbarung angenommen werden kann, vgl. *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 641 f., jedoch dürfte beim Verbrauch von Waren oder der Entgegennahme von Dienstleistungen in Kenntnis der Insolvenzureife von einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung i. S. d. § 826 BGB auszugehen sein.

auch des Antragsrechts des Schuldners wegen eingetretener Zahlungsunfähigkeit.

## 2. Beschränktes Gläubigerantragsrecht

Anders als die Vorgängerregelungen und die Vorentwürfe sieht § 3 COVInsAG die Aussetzung des Insolvenzantragsrechts für Gläubiger, allerdings nur für einen Zeitraum von drei Monaten, vor. Ein Gläubigerantrag ist in diesem Zeitraum unzulässig. § 3 COVInsAG suspendiert insoweit die Antragsberechtigung des Gläubigers i. S. v. § 13 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 InsO. Die Gesetzesbegründung führt dazu aus, die Aussetzung solle verhindern, dass Insolvenzverfahren eingeleitet werden, bevor staatliche Maßnahmen erhalten werden, die die Insolvenzeröffnungsgründe zu beseitigen geeignet sind.<sup>125)</sup> Dass insoweit ein Zeitraum von drei Monaten als ausreichend erachtet wird und damit eine augenfällige zeitliche Diskrepanz zwischen der Aussetzung der Antragspflicht und des Antragsrechts der Gläubiger herbeigeführt wird, erscheint fragwürdig.

Insoweit stellt sich insbesondere die Frage, wie mit Gläubigeranträgen nach Ablauf der Drei-Monats-Frist umzugehen ist. Unter Berücksichtigung der vom COVInsAG unberührten besonderen Zulässigkeitsvoraussetzung des § 14 Abs. 1 Satz 1 InsO dürfte ein Gläubigerantrag während der Geltung des COVInsAG auch im Übrigen in vielen Fällen unzulässig sein. Für einen Gläubigerantrag ist nach § 14 Abs. 1 Satz 1 InsO nämlich stets ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erforderlich.<sup>126)</sup> Dieses wird zwar im Normalfall bei Vorliegen der übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen regelhaft bejaht.<sup>127)</sup> Das rechtliche Interesse wird aber dann als Zulässigkeitskriterium bedeutsam, wenn Umstände vorliegen, die ernsthafte Zweifel an dem schutzwürdigen Anlie-

gen des antragstellenden Gläubigers aufkommen lassen.<sup>128)</sup> Vor dem Hintergrund der im finalen Entwurf vorgesehenen grundsätzlichen Aussetzung der Antragspflicht gem. § 1 COVInsAG dürfte nicht bereits die Aussetzung genügen, um diese Zweifel anzunehmen. Dagegen spricht auch die abschließende Regelung der allgemeinen Aussetzungsfolgen in § 2 COVInsAG, die gerade nicht die generelle Aussetzung des Gläubigerantragsrechts enthalten. Zweifel an dem schutzwürdigen Interesse des antragstellenden Gläubigers dürften aber auch nach Ablauf der drei Monate jedenfalls dann bestehen, wenn die Insolvenzreife erkennbar auf der Pandemie beruht und absehbar ist, dass sich die Insolvenzreife nach Ablauf der Aussetzungsfrist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wird beseitigen lassen. Liegen diese Voraussetzungen vor, dürfte das bisher angenommene Regel-Ausnahme-Verhältnis umgedreht werden. Für einen abweichenden Ausnahmefall müsste der Gläubiger darlegen, warum ein besonderes Interesse daran besteht, dass das Unternehmen die Krise nicht insbesondere unter Inanspruchnahme der Notfallmaßnahmen zu überstehen sucht, sondern von dieser Möglichkeit, die der Gesetzgeber im gesamtwirtschaftlichen Interesse beschlossen hat, ausgeschlossen bleiben soll. Mit Ausnahme von Missbrauchsfällen wird das kaum je begründbar sein.

125) Begr. COVInsAG, S. 29 (BT-Drucks. 19/18110).

126) Vgl. zu diesem Erfordernis insb. *Baur*, JZ 1951, 209; *Unger*, KTS 1962, 205, 209 ff.; vgl. auch BGH ZIP 2011, 1161, dazu EWiR 2011, 467 (*Frind*).

127) MünchKomm-Vuia, InsO, 4. Aufl., 2019, § 14 Rz. 19.

128) BGH ZIP 2006, 1452 = NZI 2006, 588, 589 f., dazu EWiR 2006, 595 (*Frind*); s. auch *Jaeger/Gerberdt*, InsO, 2004, § 14 Rz. 2, 15; *Uhlenbruck/Wegener*, InsO, 15. Aufl., 2019, § 14 Rz. 68.

Christoph Thole<sup>\*)</sup>

## Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVID-19-Insolvenz-Aussetzungsgesetz und ihre weiteren Folgen

*Am 25. 3. 2020 hat der Deutsche Bundestag das „Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVInsAG)“ beschlossen. Es soll mit der Aussetzung der Antragspflicht und flankierenden Regelungen dazu dienen, die mit der Pandemie verbundenen wirtschaftlichen Auswirkungen für Unternehmen und deren Vertragspartner und Kreditgeber abzufedern und den betroffenen Unternehmen und ihren Organen Luft zu verschaffen, indem Antragspflichten ausgesetzt und Haftungsrisiken reduziert werden. Das Gesetz bildet den Art. 1 eines umfangreichen Paketgesetzes „zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“. Der folgende Beitrag befasst sich vorrangig mit den insolvenzrechtlichen Neuregelungen, die im COVInsAG zusammengestellt sind. Eingegangen wird am Rande auch auf die Implikationen des in Art. 5 des Gesamtgesetzes eingeführten, in Art. 240 EGBGB platzierten Moratoriums, das insbesondere bestimmte Leistungsverweigerungsrechte („Corona-Einrede“) vorsieht.*

### I. Einführung

Das COVInsAG beruht im Wesentlichen auf drei Säulen. Es enthält eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (§ 1 COVInsAG), ferner Regelungen zur Abmilderung der Haftungsrisiken für Geschäftsleiter der betroffenen Unternehmen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG) sowie darüber hinaus Vorschriften zur Einschränkung der Haftungs- und Anfechtungsgefahren für Kreditgeber und Gläubiger (§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4, § 2 Abs. 2 COVInsAG). Das Gesetz tritt nach Art. 6 Abs. 1 des

*\*) Dr. iur., Dipl.-Kfm., Universitätsprofessor, Direktor des Instituts für Verfahrensrecht und Insolvenzrecht und des Instituts für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht der Universität zu Köln. Die Drucklegung erfolgte am 25. 3. 2020 unmittelbar nach der 3. Lesung des Gesetzentwurfs im Deutschen Bundestag; der Beitrag beruht auf der Entwurfsfassung v. 24. 3. 2020 (BT-Drucks. 19/18110) in der leicht geänderten Fassung der Beschlussempfehlung und des Berichts des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (BT-Drucks. 19/18123). Die für den 27. 3. 2020 erwartete Zustimmung des Bundesrats stand bei Drucklegung noch aus.*