

Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie

Fragenkatalog zu den Auswirkungen der Neuregelungen (Stand: 30. März 2020)

A. Ausgangslage

Anlässlich der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus (*COVID-19-Pandemie*) hat der Gesetzgeber bestimmte Bereiche des Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrechts vorübergehend modifiziert.

Wesentliche Änderungen ergeben sich insbesondere für das Insolvenzrecht (*COVID-19-Aussetzungsgesetz – COVInsAG*). Das COVInsAG soll Gesellschaften, die nur aufgrund der COVID-19-Pandemie in eine Krise geraten sind, die effektive Inanspruchnahme von staatlichen Hilfsmaßnahmen ermöglichen, indem wesentliche insolvenzrechtliche Regelungen vorübergehend ausgesetzt werden:

- Zunächst wird die Pflicht der Geschäftsleitung einer betroffenen Gesellschaft zur Stellung eines Insolvenzantrags im Zeitraum vom 1. März 2020 bis zum 30. September 2020 (*Aussetzungszeitraum*) unter bestimmten Voraussetzungen ausgesetzt, so dass für die Geschäftsleitung in diesem Fall eine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung nicht mehr entsteht.
- Außerdem wird das für die Geschäftsleitung bei bestehender Insolvenzreife geltende gesetzliche Zahlungsverbot im Aussetzungszeitraum gelockert. Die Geschäftsleitung erhält damit einen größeren Spielraum, Zahlungen im normalen Geschäftsgang zu leisten, ohne eine spätere persönliche Rückzahlungspflicht befürchten zu müssen.
- Darüber hinaus sieht das COVInsAG Erleichterungen für Finanzierungsmaßnahmen vor. Die Vergabe und Besicherung von Sanierungskrediten im Aussetzungszeitraum wird privilegiert, indem solche Kredite und Sicherheiten grundsätzlich weder als gläubigerbenachteiligend noch als sittenwidrig angesehen werden. Ferner entfällt der insolvenzrechtliche Nachrang von Gesellschafterdarlehen, die im Aussetzungszeitraum gewährt werden. Hierdurch sollen insolvenzrechtliche Anfechtungsrisiken minimiert und Anreize geschaffen werden, den betroffenen Gesellschaften zusätzliches Kapital zur Verfügung zu stellen.
- Auch die operativen Geschäftspartner der betroffenen Gesellschaften (z. B. Dienstleister oder Lieferanten) werden durch das COVInsAG bessergestellt, indem bestehende Anfechtungsrisiken weitgehend ausgeräumt werden.
- Schließlich werden die betroffenen Gesellschaften für einen Zeitraum von drei (3) Monaten vor Gläubigerinsolvenzanträgen geschützt.

Von entscheidender Bedeutung ist, dass der Gesetzgeber ausdrücklich nur diejenigen Gesellschaften privilegieren möchte, deren Krise ausschließlich auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen ist. Außerdem werden nur solche Gesellschaften geschützt, bei denen Aussichten auf

eine Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit gegeben sind. Hieraus folgt, dass Gesellschaften, die sich entweder bereits vor Ausbruch der COVID-19-Pandemie in einer Krise befanden oder die keine Aussichten auf Gewährung der benötigten Überbrückungskredite zur Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit haben, nach der (bisher) geltenden Rechtslage zu behandeln sind.

Die aus unserer Sicht wichtigsten Auswirkungen des COVInsAG sowie der wesentlichen sonstigen zivilrechtlichen Änderungen des Gesetzgebers auf den Rechts- und Geschäftsverkehr haben wir in dem nachstehenden Fragenkatalog zusammengefasst.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass dieser Fragenkatalog keine Rechtsberatung darstellt und eine individuelle Beratung hierdurch nicht ersetzt werden kann. Eine Haftung für die Richtigkeit der Ausführungen wird ausdrücklich nicht übernommen.

B. Fragen zu insolvenzrechtlichen Themen

I. Insolvenzantrag

1. Besteht weiterhin die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages für zahlungsunfähige und überschuldete Gesellschaften?

Grundsätzlich ist die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags für zahlungsunfähige und überschuldete Gesellschaften ausgesetzt.

Dies gilt allerdings nicht, wenn (i) die Insolvenzreife der betroffenen Gesellschaft nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) beruht oder (ii) keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.

2. In welchem Zeitraum ist die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt?

Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gilt zunächst für den Zeitraum zwischen dem 1. März 2020 und dem 30. September 2020 (*Aussetzungszeitraum*). Der Aussetzungszeitraum kann durch das Bundesjustizministerium im Wege einer Rechtsverordnung bis zum 31. März 2021 verlängert werden.

3. Unter welchen Voraussetzungen liegt dennoch eine Insolvenzantragspflicht vor?

Wenn die bestehende Insolvenzreife (i) nicht durch die Auswirkungen der Covid-19-Pandemie verursacht wurde *oder* (ii) wenn keine Aussichten auf Wiederherstellung einer Zahlungsfähigkeit der betroffene Gesellschaft bestehen, gelten die Insolvenzantragspflichten wie bisher.

In diesen Fällen ist also weiterhin unverzüglich, spätestens aber innerhalb von drei (3) Wochen ab Eintritt der Insolvenzreife, ein Insolvenzantrag zu stellen.

4. Trägt die Geschäftsleitung die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen für die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht vorliegen?

Die Geschäftsleitung hat darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die betroffene Gesellschaft zum 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig war.

Gelingt ihr dies, wird gesetzlich vermutet, dass (i) die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht *und* (ii) Aussichten darauf bestehen, dass eine bestehende Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft beseitigt werden kann.

Praxistipp: Um in den Genuss dieser gesetzlichen Vermutung zu kommen, sollte die Geschäftsleitung der betroffenen Gesellschaft einen Finanzstatus zum Stichtag 31. Dezember 2019 gemäß den Vorgaben des IDW S11 erstellen und damit dokumentieren, dass die Gesellschaft am 31. Dezember 2019 in der Lage war, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen.

5. Kann die gesetzliche Vermutung widerlegt werden?

Ja. Die Gegenpartei (z. B. ein späterer Insolvenzverwalter) kann gegen die gesetzliche Vermutung den Beweis des Gegenteils führen.

Im vorliegenden Fall müsste die Gegenpartei somit behaupten und beweisen, dass die im Aussetzungszeitraum bestehende oder eingetretene Insolvenzreife trotz einer zum 31. Dezember 2019 bestehenden Zahlungsfähigkeit (i) nicht auf den Folgen der Ausbreitung der COVID-19-Pandemie beruht *oder* (ii) keine Aussicht darauf besteht, dass eine aktuell bestehende Zahlungsunfähigkeit beseitigt werden kann.

6. Wie kann einer erfolgreichen Widerlegung der gesetzlichen Vermutung vorgebeugt werden?

Um einer späteren Widerlegung der gesetzlichen Vermutung vorzubeugen, ist den Geschäftsleitern der betroffenen Gesellschaft zu empfehlen, (i) die Kausalität zwischen der COVID-19-Pandemie und der nach dem 31. Dezember 2019 eingetretenen Insolvenzreife (d. h. Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung) zu dokumentieren und (ii) darzulegen, dass Aussichten für eine nachhaltige Beseitigung einer ggfs. bereits vorhandenen oder im Aussetzungszeitraum eintretenden Zahlungsunfähigkeit bestehen.

Praxistipp: Für beide Aspekte sollte eine den Anforderungen des IDW S 11 entsprechende Liquiditätsplanung erstellt werden, die jeweils einen Zeitraum bis zum Ende des nächsten Geschäftsjahres abbildet:

- Die erste Liquiditätsplanung sollte den wahrscheinlichen Geschäftsverlauf der betroffenen Gesellschaft *ohne* Berücksichtigung der Folgen der COVID-19-Pandemie abbilden. Sofern sich aus dieser Liquiditätsplanung ergibt, dass die Gesellschaft über einen Zeitraum bis zum Ende des nächsten Geschäftsjahres mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durchfinanziert gewesen wäre, liegt der für die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht erforderliche Kausalzusammenhang höchstwahrscheinlich vor.

- Sofern die Gesellschaft bereits zahlungsunfähig ist oder im Aussetzungszeitraum zahlungsunfähig zu werden droht, sollte die zweite Liquiditätsplanung den wahrscheinlichen Geschäftsverlauf unter Berücksichtigung (i) der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie und (ii) der im Aussetzungszeitraum zu erwartenden Liquiditätszuflüsse einschließlich der aufgrund der COVID-19-Pandemie beschlossenen staatlichen Fördermaßnahmen wie z. B. Kurzarbeitergeld, Steuerstundungen oder KfW-Darlehen darstellen. Falls die Gesellschaft auf Basis dieser Liquiditätsplanung bis zum Ende des nächsten Geschäftsjahres ihre fälligen bzw. fällig werdenden Verbindlichkeiten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfüllen kann, dürfte die für die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht erforderliche Aussicht auf Beseitigung der bestehenden oder im Aussetzungszeitraum eintretenden Zahlungsunfähigkeit vorliegen.

7. Ist die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages dauerhaft ausgesetzt, wenn die Gesellschaft zwar momentan nicht zahlungsunfähig ist, dies aber im Aussetzungszeitraum zu werden droht, ohne dass Aussichten auf eine Beseitigung der zukünftig eintretenden Zahlungsunfähigkeit bestehen?

Nach dem Gesetzeswortlaut setzt die Aussetzung der Antragspflicht lediglich die Aussicht zur Beseitigung einer *bestehenden* Zahlungsunfähigkeit voraus. Folglich muss in dieser Fallkonstellation jedenfalls so lange kein Insolvenzantrag gestellt werden, wie die betroffene Gesellschaft zahlungsfähig und die COVID-19-Pandemie ursächlich für eine etwaig bestehende Überschuldung ist.

Allerdings kann die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht auch während des Aussetzungszeitraums jederzeit enden, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig wird und keine Aussichten auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bestehen. Ab diesem Zeitpunkt muss der Insolvenzantrag unverzüglich gestellt werden. Auch alle weiteren Privilegien des COVInsAG verlieren dann ihre Wirkung.

Praxistipp: Wenn sich abzeichnet, dass eine momentan noch vorhandene Liquidität in den kommenden Wochen derart abschmelzen wird, dass fällige Verbindlichkeiten nicht mehr bedient werden können, sollten die Aussichten für eine Beseitigung der zu erwartenden Zahlungsunfähigkeit bereits jetzt geprüft werden. Die Geschäftsleitung sollte in diesem Fall unverzüglich damit beginnen, sich um Überbrückungskredite, Stundungsvereinbarungen und sonstige Liquiditätshilfen zu bemühen.

8. Bis wann muss eine bestehende Zahlungsunfähigkeit beseitigt werden, damit die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt wird?

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, einen konkreten Zeitpunkt zu nennen, bis zu dem eine bestehende Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft beseitigt werden muss, damit die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt wird.

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll den betroffenen Gesellschaften und ihren organschaftlichen Vertretern die erforderliche Zeit gegeben werden, um die notwendigen Maßnahmen zur Beseitigung der Insolvenzreife zu ergreifen, insbesondere um staatliche Hilfen in Anspruch zu nehmen oder Finanzierungs- oder Sanierungsarrangements mit Gläubigern und/oder Kapitalgebern zu verhandeln und zu vereinbaren.

Dies setzt aus unserer Sicht zwingend voraus, dass die Geschäftsleitung unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern) damit beginnt, sich um die Liquiditätszuflüsse zu bemühen, die für die Beseitigung der bestehenden Zahlungsunfähigkeit benötigt werden. Sobald für die Geschäftsleitung absehbar wird, dass die beantragten staatlichen Hilfen und/oder sonstigen Finanzierungshilfen Dritter entweder nicht bewilligt oder nicht ausreichend sein werden, um die bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, ist unverzüglich ein Insolvenzantrag zu stellen.

Praxistipp: Die Geschäftsleitung sollte die Verhandlungen mit Dritten um Finanzierungshilfen sowie die Beantragung der staatlichen Fördermaßnahmen umfassend dokumentieren und darlegen, dass und warum ihre Erwartungen auf realistischen Annahmen beruhen.

9. Kann im Falle der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht auch ein Gläubiger einen Insolvenzantrag stellen?

Ja. Allerdings können Insolvenzanträge von Gläubigern, die in der Zeit vom 28. März 2020 und dem 28. Juni 2020 gestellt werden, nur dann zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führen, wenn der Eröffnungsgrund (d. h. die Insolvenzreife) bereits am 1. März 2020 vorlag. Das Bundesjustizministerium kann den genannten Zeitraum im Wege einer Rechtsverordnung bis höchstens zum 31. März 2021 verlängern.

Insolvenzanträge von Gläubigern, die nach dem 28. Juni 2020 gestellt werden, sind weiterhin zulässig, selbst wenn die betroffene Gesellschaft ihrerseits (noch immer) von der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags befreit ist.

10. Kann trotz Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ein Eigenantrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt werden?

Ja, weil lediglich die Pflicht, nicht aber auch das Recht zur Stellung eines Insolvenzantrags ausgesetzt wird. Da es sich bei einer Insolvenzantragstellung ohne bestehende gesetzliche Antragspflicht um ein gesellschaftsrechtliches Grundlagengeschäft handelt, kann es für die Geschäftsleitung in diesem Fall aber ratsam sein, vor der Stellung des Insolvenzantrags die Zustimmung der Gesellschafter einzuholen (idealerweise im Wege eines schriftlichen Gesellschafterbeschlusses).

11. Wann macht ein Insolvenzverfahren auch im Aussetzungszeitraum Sinn?

Auch im Aussetzungszeitraum kann ein Insolvenzverfahren z. B. dann sinnvoll sein, wenn die eine Gesellschaft faktisch zahlungsunfähig wird und Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet werden, welche die Handlungs- oder Zahlungsfähigkeit der Geschäftsleitung gefährden.

Zudem bietet ein Insolvenzverfahren für die betroffene Gesellschaft die Möglichkeit, ihr Unternehmen durch die in der Insolvenzordnung vorgesehenen vorteilhaften Regelungen zu sanieren (z. B. durch (i) vereinfachte Kündigung von unwirtschaftlichen Verträgen, (ii) Erleichterung des Personalabbaus sowie (iii) Befreiung von Altverbindlichkeiten, etwa im Wege eines Insolvenzplans).

Im Übrigen kann sich im Einzelfall aus der Business Judgement Rule gemäß §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 1 AktG auch im Aussetzungszeitraum eine Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ergeben, wenn die Sanierungschancen der Gesellschaft im Insolvenzverfahren günstiger sind.

II. Zahlungsverbot

1. Gelten die im Stadium der Insolvenzreife gemäß §§ 64 S. 1 GmbHG, 130a Abs. 1 S. 1 HGB und 92 Abs. 2 S. 1 AktG bestehenden Zahlungsverbote auch weiterhin?

Grundsätzlich ja. Jedoch sind Zahlungen, die „*im ordnungsgemäßen Geschäftsgang*“ der betroffenen Gesellschaft erfolgen, zulässig, sofern die Voraussetzungen für eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht zum Zahlungszeitpunkt vorliegen.

Liegen die Voraussetzungen für eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht hingegen nicht vor, haben die Geschäftsleiter der Gesellschaft die bisherigen Beschränkungen der §§ 64 S. 1 GmbHG, 130a Abs. 1 S. 1 HGB und 92 Abs. 2 S. 1 AktG vollumfänglich zu beachten.

Bei einem Verstoß gegen die genannten Vorschriften können der Geschäftsleiter der Gesellschaft persönlich auf Rückzahlung der pflichtwidrig geleisteten Zahlungen zur Insolvenzmasse haften.

2. Welche im Stadium der Insolvenzreife getätigten Zahlungen begründen kein Haftungsrisiko für die Geschäftsleitung, wenn die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt ist?

Grundsätzlich besteht keine Ersatzpflicht des Geschäftsleiters, wenn Zahlungen „*mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*“ vereinbar sind (vgl. §§ 64 S. 2 GmbHG, 130a Abs. 1 S. 2 HGB und 92 Abs. 2 S. 2 AktG). Es gelten insoweit die allgemeinen Grundsätze wie bisher.

Darüber hinaus sieht das COVInsAG bei Aussetzung der Insolvenzantragspflicht Haftungserleichterungen für die Geschäftsleitung vor. Danach gelten Zahlungen, die im „*ordnungsgemäßen Geschäftsgang*“ der betroffenen Gesellschaft erfolgen, stets als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar. Dies sind insbesondere solche Zahlungen, die der „*Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen*“.

Im Umkehrschluss unterliegen Zahlungen, die nicht der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, weiterhin dem Zahlungsverbot. Hierunter können im Zweifel z. B. Gewinnausschüttungen, Tantiemen, Boni, schenkweise Zuwendungen, sowie die Zahlung von überhöhten Preisen oder Gehältern fallen.

Praxistipp: Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht sowie die Vereinbarkeit der einzelnen Zahlungen mit den o. g. Vorgaben sollten sorgfältig geprüft und im Einzelnen dokumentiert werden.

3. Ist die Abführung von Sozialabgaben im Stadium der Insolvenzreife als zulässige Zahlung im ordnungsgemäßen Geschäftsgang der betroffenen Gesellschaft anzusehen, wenn die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt ist?

Die Nichtabführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ist strafbar gemäß § 266a StGB, so dass deren Abführung allein aus diesem Grund auch bei bestehender Insolvenzreife gemäß §§ 64 Satz 2 GmbHG, 130a Abs. 1 S. 2 HGB und 92 Abs. 2 S. 2 AktG zulässig und zur Vermeidung einer persönlichen Strafbarkeit auch geboten ist.

Nach der bis zum Inkrafttreten des COVInsAG geltenden Rechtslage führt die Abführung von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung im Stadium der Insolvenzreife regelmäßig zu einer Haftung der Geschäftsleitung gemäß §§ 64 S. 1 GmbHG, 130a Abs. 1 S. 1 HGB oder 92 Abs. 2 S. 1 AktG. Aktuell ist noch unklar, ob sich dies aufgrund der Neuregelung im COVInsAG geändert hat und somit die Zahlung von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung als „*Zahlung im ordnungsgemäßen Geschäftsgang*“ zulässig ist, weil diese z. B. der „*Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes*“ dient.

Praxistipp: Im Bedarfsfall empfiehlt es sich, bezüglich der Sozialversicherungsbeiträge Stundungsanträge zu stellen, weil anlässlich der COVID-19-Pandemie mit einer hohen Bereitschaft der zuständigen Behörden zur Bewilligung der entsprechenden Anträge (auch auf freiwilliger Basis) gerechnet werden kann. Der GKV Spitzenverband etwa hat allen gesetzlichen Krankenkassen empfohlen, die Stundung der Sozialversicherungsbeiträge vorübergehend zu erleichtern.

4. Ist die Erfüllung von Steuerverbindlichkeiten im Stadium der Insolvenzreife als zulässige Zahlung im ordnungsgemäßen Geschäftsgang der betroffenen Gesellschaft anzusehen, wenn die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt ist?

Ja. Die steuerrechtlichen Vorschriften sowohl zur persönlichen Haftung von Organträgern für Steuerschulden (§§ 34, 69 AO) als auch zu den Steuerstraftaten (§§ 369 ff. AO) wurden durch das COVInsAG nicht modifiziert. Die Zahlung der fälligen Steuerverbindlichkeiten im Stadium der Insolvenzreife ist somit zulässig und auch erforderlich, weil andernfalls eine persönliche Inanspruchnahme der Geschäftsleitung für die nicht abgeführten Steuerverbindlichkeiten droht (vgl. § 69 AO).

Das Bundesministerium für Finanzen hat die Finanzbehörden jedoch mit Schreiben vom 19. März 2020 angewiesen, bei der Bewilligung von Stundungsanträgen von nachweislich unmittelbar und nicht unerheblich von der COVID-19-Pandemie betroffenen Steuerpflichtigen keine strengen Anforderungen zu stellen. Dies betrifft sämtliche im Auftrag des Bundes verwaltete Steuern (z. B. Umsatz- Körperschafts- oder Einkommensteuer), die aktuell bereits fällig sind oder bis zum 31. Dezember 2020 fällig werden.

Praxistipp: Zur Vermeidung von Haftungsrisiken sollten bis zur Entscheidung über die jeweiligen Stundungsanträge alle fälligen Steuerverbindlichkeiten zum jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt bezahlt werden.

C. Fragen zu strafrechtlichen Themen

I. Bestehen trotz Aussetzung der Insolvenzantragspflicht strafrechtliche Risiken nach §§ 283 ff. StGB?

Ja. Die Straftatbestände des Bankrotts (im besonders schweren Fall), der Gläubigerbegünstigung und der Schuldnerbegünstigung gemäß §§ 283, 283a, 283c und 283d StGB knüpfen an das Vorliegen eines Insolvenzgrundes an (d. h. an Überschuldung, drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit) und nicht an die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags. Bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes können diese Straftaten also verwirklicht werden, auch wenn die Geschäftsleitung aufgrund der Regelungen im COVInsAG derzeit keinen Insolvenzantrag stellen muss.

II. Kann sich die Geschäftsleitung trotz Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Eingungsbetrugs gemäß § 263 StGB strafbar machen?

Ja. Auch bei einer Aussetzung der Insolvenzantragspflicht besteht das Risiko für die Geschäftsleitung, sich wegen eines (versuchten oder vollendeten) Betrugs gemäß § 263 StGB strafbar zu machen.

Dies würde z. B. dann gelten, wenn die Geschäftsleitung einen Vertrag für die betroffene Gesellschaft abschließt und den Vertragspartner dabei nicht über eine fehlende Fähigkeit zur Vertragserfüllung aufklärt. In einem solchen Fall würde sich die Geschäftsleitung darüber hinaus auch persönlich gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB in Höhe des verursachten Schadens haftbar machen.

III. Kann sich die Geschäftsleitung trotz Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Insolvenzverschleppung strafbar machen?

Nein. Liegen die Voraussetzungen für die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVInsAG vor, ist eine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 InsO) ausgeschlossen.

D. Fragen zu Finanzierungsthemen

I. Können Rückzahlungen auf Kredite, die im Aussetzungszeitraum gewährt werden, in einem Folgeinsolvenzverfahren der betroffenen Gesellschaft angefochten werden?

Gibt ein Dritter (d. h. ein Nichtgesellschafter) im Aussetzungszeitraum einen neuen Kredit an eine Gesellschaft und muss über das Vermögen der Gesellschaft zu einem späteren Zeitpunkt das Insolvenzverfahren eröffnet werden, so gelten nach dem COVInsAG sowohl (i) für die Rückgewähr des gewährten Neukredits als auch (ii) für etwaige zur Absicherung des Neukredits bestellten Sicherheiten günstigere Bedingungen, sofern die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ausgesetzt ist:

- Die bis zum 30. September 2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten Neukredits ist nach dem COVInsAG nicht gläubigerbenachteiligend und somit in

einem späteren Insolvenzverfahren der jeweiligen Gesellschaft auch nicht anfechtbar. Gleiches gilt für die im Aussetzungszeitraum für den Neukredit bestellten Sicherheiten.

- Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Gesellschaft im Aussetzungszeitraum tatsächlich neue Liquidität zugeführt wird. Rückzahlungen auf bereits bestehende Kredite, auch wenn sie durch Prolongation oder Novation in ein neues Kreditverhältnis überführt werden, sind hingegen nicht privilegiert. Auch eine Nachbesicherung von bereits bestehenden Alt-krediten unterfällt nicht dem Schutz des COVInsAG.

Praxistipps: Ein Risiko der Anfechtbarkeit besteht insofern, als sich im Nachgang herausstellen kann, dass die Voraussetzungen für die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nicht vorliegen. Für einen Finanzierer ist das Vorliegen dieser Voraussetzungen unter Umständen noch schwieriger zu beurteilen als für die Geschäftsleitung. Auch wenn zugunsten des Darlehensgebers ebenfalls die Vermutungsregelung für das Vorliegen der Aussetzungsvoraussetzungen gilt, sofern die Gesellschaft am 31. Dezember 2019 zahlungsfähig war, sollten Finanzierer das Vorliegen der Voraussetzungen für die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht sorgfältig prüfen (z. B. durch die Vorlage von Sanierungsgutachten bzw. Liquiditätsplanungen), um das Anfechtungsrisiko so weit wie möglich auszuschließen.

II. Werden auch Gesellschafterdarlehen, die im Aussetzungszeitraum gewährt werden, in einem Folgeinsolvenzverfahren der betroffenen Gesellschaft privilegiert?

Grundsätzlich ja. Gibt ein Gesellschafter im Aussetzungszeitraum ein neues Gesellschafterdarlehen an eine Gesellschaft und muss über deren Vermögen zu einem späteren Zeitpunkt ein Insolvenzverfahren eröffnet werden, so gelten nach dem COVInsAG sowohl für das Gesellschafterdarlehen selbst als auch für die Rückgewähr des Gesellschafterdarlehens günstigere Bedingungen als nach bisheriger Rechtslage, sofern die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ausgesetzt ist:

- Eine bis zum 30. September 2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Gesellschafterdarlehens ist nach dem COVInsAG nicht gläubigerbenachteiligend und somit in einem späteren Insolvenzverfahren der betroffenen Gesellschaft nicht anfechtbar. Gleiches gilt für Zahlungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen neuen Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen. Die Besicherung der im Aussetzungszeitraum gewährten Gesellschafterdarlehen erfährt nach dem COVInsAG hingegen keinen Anfechtungsschutz.
- Darüber hinaus sind Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, die im Aussetzungszeitraum neu gewährt werden, in einem bis zum 30. September 2023 beantragten Insolvenzverfahren der betroffenen Gesellschaft nicht nachrangig, sondern Insolvenzforderungen im Rang des § 38 InsO.
- Voraussetzung für die o. g. Privilegierungen ist allerdings, dass der jeweiligen Gesellschaft durch das Gesellschafterdarlehen tatsächlich neue Liquidität zugeführt wird. Rückzahlungen auf bereits bestehende Gesellschafterdarlehen, auch wenn sie durch Prolongation oder Novation in ein neues Gesellschafterdarlehen überführt werden, sind hingegen nicht privilegiert.

III. Besteht die Gefahr, dass Kreditgewährungen als Beitrag zur Insolvenzverschleppung sittenwidrig sind?

Nein. Kreditgewährungen und Besicherungen im Aussetzungszeitraum gelten nicht als sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung, sofern die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages für den Darlehensnehmer ausgesetzt ist.

E. Fragen zu den Auswirkungen auf den allgemeinen Geschäftsverkehr

I. Müssen Mieten weiterhin bezahlt werden?

Ja, die Mieten sind weiterhin fällig und geschuldet.

Ab dem 1. April 2020 hat der Vermieter gemäß Artikel 240 § 2 EGBGB lediglich kein Kündigungsrecht für Mietrückstände, die bis zum 30. Juni 2020 auflaufen, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie beruht und der Mieter dies glaubhaft macht. Das Recht zur Kündigung wegen der in diesem Zeitraum nicht gezahlten Mieten besteht erst wieder ab dem 1. Juli 2022.

Wenn eine Gesellschaft also in den kommenden Monaten die notwendigen Mittel für die Zahlung der Mieten nicht aufbringen kann, hat sie nach Ablauf des 30. Juni 2020 zwei (2) Jahre Zeit, den Mietrückstand auszugleichen, ohne eine darauf gestützte Kündigung befürchten zu müssen. Für Mietrückstände, die ab dem 1. Juli 2020 entstehen, gelten die allgemeinen Regelungen zum Kündigungsrecht. Das Bundesministerium der Justiz kann auch diesen Zeitpunkt durch Rechtsverordnung bis längstens zum 30. September 2020 hinausschieben.

Der Vermieter kann trotz der Kündigungsbeschränkung (i) Verzugszinsen für rückständige Mietforderungen verlangen, (ii) offene Miet- und Verzugszinsforderungen im Klagewege geltend machen, sowie (iii) nach erfolgreicher Titulierung seiner Ansprüche die Einzelzwangsvollstreckung betreiben. Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, dass der Vermieter eine erhaltene Mietkaution oder ggfs. bestehende Mietavale in Anspruch nehmen kann und wird.

Praxistipp: Trotz der Neuregelung des Art. 240 § 2 EGBGB sind Mietverbindlichkeiten in einer Liquiditätsplanung des Mieters zu berücksichtigen, weil es sich trotz des vorübergehenden Kündigungsausschlusses um fällige Forderungen handelt.

II. Darf ein Gläubiger einer insolvenzreifen Gesellschaft im Aussetzungszeitraum noch Leistungen entgegennehmen oder besteht die Gefahr einer Rückgewährpflicht aufgrund einer Anfechtung?

Liegen die Voraussetzungen für die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVInSAG bei dem Vertragspartner des Gläubigers vor, sind Rechtshandlungen, die einem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, die dieser zu der Zeit und in der Art beanspruchen konnte, in einem späteren Insolvenzverfahren nicht anfechtbar.

Nicht anfechtbar sind auch (i) Leistungen an Erfüllung statt oder erfüllungshalber, (ii) Zahlungen durch einen Dritten, (iii) die Bestellung einer anderen als der vereinbarten Sicherheit, wenn diese

nicht werthaltiger ist, sowie (iv) die Verkürzung von Zahlungszielen oder (v) die Gewährung von Zahlungserleichterungen.

Das Anfechtungsrecht findet weiterhin Anwendung, wenn dem anderen Teil (positiv) bekannt war, dass die Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen der Gesellschaft nicht zur Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit geeignet gewesen sind.

III. Wann können für den Geschäftsleiter einer Gesellschaft, die mit einer sich in der Krise befindlichen anderen Gesellschaft kontrahiert, Haftungsrisiken nach § 43 Abs. 2 GmbHG entstehen?

Ein Risiko für jeden Geschäftsleiter kann darin bestehen, dass er an eine mutmaßlich in der Krise befindliche Gesellschaft Leistungen auf Kredit (z. B. Waren oder Dienstleistungen) erbringt, ohne Sicherheiten zu verlangen. So kann er sich ggf. gegenüber seiner Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG schadenersatzpflichtig machen, wenn diese später mit ihrer Forderung ausfällt. Der Geschäftsleiter sollte daher die Leistungen der Gesellschaft an mutmaßlich in der Krise befindliche Unternehmen nur gegen Vorkasse oder Sicherheitenbestellung erbringen oder sich die unbesicherte Vorleistung mit Gesellschafterbeschluss genehmigen lassen.

IV. Ist eine Gesellschaft durch die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht vor Klagen und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen geschützt?

Nein. Solange kein Insolvenzantrag gestellt wird, kann auch kein Gericht einstweilige Maßnahmen zur Einstellung von Zwangsvollstreckungen anordnen. Laufende Gerichtsverfahren werden nicht unterbrochen.

Praxistipp: Falls die Gesellschaft in existenzbedrohender Weise mit Klagen und/oder Vollstreckungsmaßnahmen ihrer Gläubiger konfrontiert ist oder dies befürchtet, empfehlen wir, die Stellung eines Insolvenzantrages – gegebenenfalls im Wege einer (vorläufigen) Eigenverwaltung gemäß § 270a bzw. eines Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO – zu prüfen.
