

# COVInsAG – Der Teufel im Detail

Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht als Haftungsfall für Geschäftsleiter und Berater

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht Marcello Di Stefano, Erfurt

## I Einführung

Mit dem rückwirkend am 01.03.2020 in Kraft getretenen „Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG)“ hat der Bundesgesetzgeber auf die im Zusammenhang mit den Auswirkungen der Corona-Pandemie zu erwartende Insolvenzwelle reagiert und die Insolvenzantragspflicht vorübergehend ausgesetzt. Auch wenn eine derartige Maßnahme zur Vermeidung einer unkontrollierten Flut von kurzfristigen Insolvenzanträgen wohl erforderlich war, liegt es auf der Hand, dass die Problematik in den meisten Fällen nur auf das Ende des Aussetzungszeitraums verschoben wurde. Das Ziel des Gesetzes, „die Fortführung von Unternehmen zu ermöglichen und zu erleichtern, die infolge der COVID-19-Pandemie insolvent geworden sind oder wirtschaftliche Schwierigkeiten haben“<sup>1</sup>, erscheint, angesichts der weitgehend auf Stundungen und Krediten beruhenden staatlichen Hilfen, mit der letztlich allein auf Zeitgewinn ausgelegten Aussetzung von Ordnungsvorschriften kaum erreichbar. Im Zentrum des Interesses einer sachgerechten Wirtschafts- und Ordnungspolitik muss die nachhaltige Sanierung von Betrieben und die Rettung von Arbeitsplätzen stehen; dem werden die Regelungen des COVInsAG nicht gerecht.

Nicht außer Kraft gesetzt wurden die Insolvenzgründe selbst, welche ohnehin nur ein Indikator dafür sind, dass ein Unternehmen am Markt nicht mehr bestehen kann. Ist es zahlungsunfähig oder überschuldet, ist es nach wie vor materiell insolvenzreif und nur noch durch eine erfolgreiche Sanierung zu retten. Für die Umsetzung der naheliegenden Erkenntnis, dass es sinnvoll gewesen wäre, jedenfalls überlebensfähige Krisenunternehmen frühzeitig in eine geordnete Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zu führen und dies durch geeignete Maßnahmen (etwa die Verlängerung des Insolvenzgeldzeitraumes auf sechs Monate und die Aussetzung des § 55 Abs. 4 InsO, wonach Umsatzsteuern aus dem vorläufigen Insolvenzverfahren Masseverbindlichkeiten darstellen) zu fördern, haben offenbar der Weitblick oder die Zeit<sup>2</sup> gefehlt, möglicherweise aber auch der politische Mut.

Geschäftsleiter und deren Berater, die sich angesichts der auf den ersten Blick großzügig und einfach anmutenden Regelungen des COVInsAG in Sicherheit wiegen, leben in dieser Gemengelage aller-

dings höchst gefährlich. Wie nachfolgend noch näher zu beleuchten sein wird, gilt die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht für viele Unternehmen bei genauer Betrachtung nämlich gar nicht. Gerade auch (aber nicht nur) vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH<sup>3</sup> und der Obergerichte<sup>4</sup> zur Beraterhaftung für Insolvenzverschleppungsschäden, ist dieses Thema auch für den anwaltlichen Berater brisant.

Ebenfalls noch in Kraft sind im Übrigen weitere für die Geschäftsleitung und deren Berater gefährliche und haftungsträchtige (§ 823 Abs. 2 BGB) einschlägige Straftatbestände. Hier sind insbesondere zu nennen der Eingehungsbetrug gem. § 263 StGB, das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen der Arbeitnehmer gem. § 266 a StGB und die Untreue gem. § 266 StGB. Die sich hieraus ergebenden Risiken für Geschäftsleiter und Berater liegen auf der Hand.

## II Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

### 1 Aussetzung zunächst bis 30. September 2020

In § 1 COVInsAG ist geregelt, dass die straf- und haftungsbewehrte Insolvenzantragspflicht gem. § 15 a InsO (und diejenige gem. § 42 Abs. 2 BGB für Vereine) bei Vorliegen sowohl des Insolvenzgrundes der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) als auch des der Überschuldung (§ 19 InsO) bis zum 30. September 2020 grundsätzlich ausgesetzt ist; § 4 COVInsAG beinhaltet eine Verordnungsermächtigung zur Verlängerung des Aussetzungszeitraums durch das Bundesjustizministerium bis zum 31.03.2021.

### 2 Ausnahmen von der Aussetzung – § 1 S. 2 COVInsAG

Die Aussetzung der Antragspflicht gilt aber dann nicht, wenn

- a) die Insolvenzreife (also Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) nicht auf auf den Folgen der COVID-19-Pandemie beruhen
- oder**
- b) keine Aussichten auf die Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit bestehen.

Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH dann gegeben, wenn nicht mindestens 90 % der fälligen Verbindlichkeiten binnen drei Wochen aus den liquiden Mitteln beglichen werden können<sup>5</sup>.

1 S. Begründung des Entwurfs, BT 19/18110 S. 3

2 Bitter in ZIP 2020, 685: „Eilgesetz“

3 BGH v. 26. Januar 2017 – IX ZR 285/14, WM 2017, 383

4 OLG Frankfurt v. 17. Januar 2018 – 4 U 4/17, DB 2018, 373-380 und v. 29. März 2019 – 8 U 218/17, ZIP 2019, 1178-1182

5 BGH v. 19. Dezember 2017 – II ZR 88/1, WM 2018, 277

Gem. § 19 InsO ist der Insolvenzgrund der Überschuldung erfüllt, wenn nach Ansatz von tatsächlichen Werten die Verbindlichkeiten das Vermögen übersteigen und keine positive Fortbestehensprognose<sup>6</sup> gestellt werden kann

### 3 Widerlegliche gesetzliche Vermutung – § 1 S. 3 COVInsAG

Sofern am 31.12.2019 keine Zahlungsunfähigkeit gegeben war, besteht die gesetzliche Vermutung, dass

- a) die Insolvenzreife (also sowohl Zahlungsunfähigkeit als auch Überschuldung) auf der COVID-19-Pandemie beruhen **und**
- b) Aussichten auf die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bestehen.

Es handelt sich hierbei um eine widerlegliche Vermutung<sup>7</sup>, woraus sich (trotz im Gesetzgebungsverfahren angenommener „höchster Anforderungen“ an die Widerlegung<sup>8</sup>) erhebliche Haftungsgefahren ergeben. Auch wenn daraus eine Beweislastumkehr zu Gunsten des betroffenen Unternehmers erfolgt (wobei die Beweislast für das Vorliegen der Ausnahmetatbestände per se nicht beim Unternehmen liegt), ist es daher dennoch dringend anzuraten, die Liquiditäts- und Vermögenssituation des Unternehmens sauber und vollständig zu dokumentieren. Denn gelingt es dem Insolvenzverwalter (oder dem Staatsanwalt) später die Vermutung zu widerlegen, trifft der gesamte für die Verletzung der Insolvenzantragspflicht vorgesehene Sanktions- und Haftungskanon die Geschäftsleitung mit voller Wucht. Dem sollte durch Sicherung der Beweislage vorgebeugt und hierbei bedacht werden, dass in einem späteren Insolvenzverfahren der Insolvenzverwalter im Besitz aller Geschäftsunterlagen ist, und in der Regel nicht der Geschäftsleiter.

### 4 Vermutungswiderlegung bei Nichtberuhen auf Pandemie

Hinsichtlich der Vermutung, dass die Insolvenzreife auf der Pandemie beruht, kann wohl davon ausgegangen werden, dass die Mitkausalität anderer Ursachen unerheblich ist und auch der Nachweis einer hypothetischen Reserveursache später von einem Insolvenzverwalter kaum geführt werden kann. Die Vermutung ist also nur dann widerlegt, wenn zweifelsfrei feststeht, dass die Pandemie überhaupt keine<sup>9</sup>, oder eine nur absolut untergeordnete<sup>10</sup> Rolle gespielt hat. Die Vermutung dürfte jedenfalls immer dann widerlegt sein, wenn die Insolvenzreife bereits eindeutig vor der Corona-Pandemie bestanden hat, da dann eine Kausalität von vorneherein nicht gegeben sein kann. In diesem Zusammenhang ist das der Vermutung zugrunde gelegte Datum 31.12.2019 allerdings trügerisch und gefährlich, weil die Auswirkungen der Pandemie in Deutschland erst später begonnen haben. Wenngleich der erste Corona-Patient in Deutschland bereits am 27. Januar 2020 registriert wurde<sup>11</sup>, ist davon auszugehen, dass die Pandemie sich auf die Betriebe in Deutschland erst mit einiger zeitlicher Verzögerung ausgewirkt hat; bei von der Unterbrechung von Lieferketten wegen der bereits fortgeschrittenen Epidemie in Asien Betroffenen mag etwas anderes gelten<sup>12</sup>.

Es drängt sich in diesem Kontext in der Beratungspraxis auf, den Zeitpunkt des Inkrafttretens des COVInsAG, also den 1. März 2020, als maßgeblichen Zeitpunkt für den Pandemiebeginn im Sinne dieses Gesetzes heranzuziehen<sup>13</sup>. Sofern zu diesem Zeitpunkt keine Zahlungsunfähigkeit bestand, kann die gesetzliche Vermutung des Beruhens auf der Pandemie kaum widerlegt werden, bestand sie dann schon, dürfte die Vermutung im Regelfall widerlegt sein.

Nach alledem ist zur Absicherung der Geschäftsleiter eine korrekte Dokumentation der Liquidität des Unternehmens zu schaffen. Hierfür reicht es aber (wie die gesetzliche Vermutung nahelegen könnte) nicht aus, allein einen „sauberen“ Liquiditätsstatus per 31.12.2019 zu erstellen. Wäre das Unternehmen beispielsweise nicht am 31.12.2019, jedoch am 31.01.2020 zahlungsunfähig gewesen, wäre die gesetzliche Vermutung trotz gelungenen Nachweises per 31.12.2019 fast sicher widerlegt. Sicherer und daher zu empfehlen ist es also, neben einem Liquiditätsstatus per 31.12.2019, einen weiteren per 29.02.2020 ordnungsgemäß<sup>14</sup> aufzustellen. Sollte der Status zu diesem Zeitpunkt eine Zahlungsunfähigkeit ausweisen, ist höchste Vorsicht geboten, da damit zu rechnen ist, dass die gesetzliche Vermutung im Rahmen einer späteren Überprüfung widerlegt werden kann, was wiederum bedeutet, dass der Ausnahmetatbestand gegeben und die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht in diesem Fall keine Anwendung findet.

### 5 Vermutungswiderlegung bei fehlenden Aussichten auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

Im Hinblick auf den Ausnahmetatbestand der fehlenden Aussicht auf Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit ist natürlich ebenfalls auf den Liquiditätsstatus per 31.12.2019 abzustellen, um den Nachweis für das Vorliegen der Voraussetzungen für die gesetzliche Vermutung führen zu können. Es kommt dann darauf an, ob die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bis (zunächst) zum 30.09.2020 gar nicht in Betracht kommt<sup>15</sup>. Das dürfte öfter der Fall sein, als es auf den ersten Blick den Anschein haben mag.

Es ist hier zu empfehlen, eine sachgerechte und belastbare Liquiditätsplanung zu erstellen und diese laufend der Geschäftsentwicklung anzupassen. Sobald sich aus dieser eine Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bis zum 30.09.2020 nicht mehr ergibt, muss von der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung und dem Bestehen der Insolvenzantragspflicht ausgegangen werden.

### 6 Problemfeld Überschuldung

Auch wenn das COVInsAG auf den ersten Blick vor allem auf die Zahlungsunfähigkeit abstellt, ist dennoch nicht zu verkennen, dass eine unabhängig von der Pandemie eingetretene Überschuldung ebenfalls die Aussetzung der Antragspflicht hindert. Somit kommt es auch hier darauf an, ob die Überschuldung bereits vor dem Beginn des Aussetzungszeitraums 01.03.2020 bestand. War dies nachweislich der Fall, ist ebenfalls von einer Widerlegung der gesetzlichen Vermutung auszugehen.

6 S. hierzu Uhlenbruck InsO, 15. Aufl., § 19 Rn 46

7 S. Begründung des Entwurfs, BT 19/18110 S. 22

8 S. Begründung des Entwurfs, BT 19/18110 S. 22

9 Thole, ZIP 2020, 650, 652 f.

10 Bitter, ZIP 2020, 685, 688; Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633, 637

11 S. Chronik unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/chronik-coronavirus.html>

12 S. Bitter ZIP 2020, 685, 689

13 Vgl. auch Bitter, ZIP 2020, 685, 689

14 S. hierzu BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, WM 2018, 277

15 S. Thole ZIP 2020, 650, 653

Tritt hingegen die Überschuldung (ggf. aufgrund des Wegfalls einer positiven Fortbestehensprognose) erst während der Aussetzung ein, bleibt es bei der Aussetzung, auch wenn sich (anders als bei der Zahlungsunfähigkeit) ergibt, dass eine Beseitigung der Überschuldung nicht in Aussicht steht<sup>16</sup>.

Hier empfiehlt es sich, ebenfalls per 29.02.2020 und auf Basis des zu diesem Zeitpunkt gegebenen Kenntnisstandes (Insolvenzverschleppung setzt Verschulden voraus) eine Zwischenbilanz zu erstellen; sofern sich aus dieser ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag ergibt, ist ein Überschuldungsstatus zu erstellen. Sofern sich hier rechnerisch wiederum eine Überschuldung ergibt, ist zu prüfen ob sich zu diesem Zeitpunkt noch eine positive Fortbestehensprognose ergibt, das heißt hinreichende liquide Mittel für die Fortführung des Geschäftsbetriebes bis zum Ende des folgenden Geschäftsjahres voraussichtlich vorhanden sind<sup>17</sup>. Ist das nicht der Fall, hindert die dann eingetretene Überschuldung die Aussetzung der Antragspflicht.

### III Folgen der Aussetzung – § 2 COVInsAG

Nur dann, wenn die Aussetzung gem. § 1 COVInsAG tatsächlich greift, ergeben sich hieraus folgende Privilegierungen:

#### 1 Beschränkung der Organhaftung – § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG

Zahlungen, die trotz Insolvenzzreife im ordnungsgemäßen Geschäftsgang getätigt werden, führen nicht zur Haftung gem. § 64 S. 1 GmbHG oder gem. dessen Schwestervorschriften.

#### 2 Erschwerte Anfechtung bei neuen Krediten, insbesondere auch Gesellschafterdarlehen – § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG

Die Rückzahlung bis zum 30.09.2023 oder die Besicherung von im Aussetzungszeitraum gewährten Darlehen Dritter gilt als nicht gläubigerbenachteiligend und ist daher grundsätzlich nicht anfechtbar gem. §§ 129 ff. InsO. Bei Gesellschafterdarlehen gilt das nicht für die Besicherung. Gesellschafterdarlehen sind bei Insolvenzverfahren, die bis zum 30.09.2023 beantragt werden nicht als nachrangig im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 zu qualifizieren.

#### 3 Ausschluss der Kreditgeberhaftung gem. § 826 BGB – § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG

Die Kreditgewährung und -besicherung gilt im Aussetzungszeitraum nicht als sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung.

#### 4 Anfechtungsfreistellung – § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG

Kongruente Rechtshandlungen, die im Aussetzungszeitraum vorgenommen wurden, sind vor der Anfechtung gem. §§ 129 ff. InsO geschützt, es sei denn der Anfechtungsgegner wusste, dass die Finanzierungs- und Sanierungsbemühungen des Insolvenzschuldners nicht zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit geeignet waren<sup>18</sup>.

#### 5 Anwendungserweiterung – § 2 Abs. 2 COVInsAG

Die Erleichterungen gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 COVInsAG gelten auch für Unternehmen, die keiner Antragspflicht unterliegen bzw. nicht insolvenzreif sind<sup>19</sup>.

Umgekehrt gilt, dass wenn die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht doch nicht greift, was nach dem Vorhergesagten in vielen Fällen zutreffen wird, auch die mit der Aussetzung verknüpften Privilegierungen nicht wirken und die Geschäftsleiter zivil- und strafrechtlich in der vollen persönlichen Haftung stehen. Und deren Berater womöglich gleich mit.

### IV Fazit

Geschäftsleiter und deren Berater sollten im Zusammenhang mit dem COVInsAG folgendes beachten:

Es darf im konkreten Fall nicht vorschnell von der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ausgegangen werden.

Sowohl die Liquiditätslage als auch die bilanzielle Situation des betroffenen Unternehmens sollten per 31.12.2019 und per 29.02.2020 genau sowie vollständig untersucht, erfasst und dokumentiert werden. Außerdem sollte eine genaue und sachgerechte Liquiditätsplanung zunächst bis zum 30.09.2020 erstellt und laufend aktualisiert werden.

Ergibt sich zu einem der oben genannten Zeitpunkte die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Unternehmens, oder ergibt sich aus der Liquiditätsplanung keine Aufhebung einer ab dem 01.03.2020 eingetretenen Zahlungsunfähigkeit bis zum 30.09.2020, ist vom Fortbestehen der Insolvenzantragspflicht auszugehen. Bei Bestehen der Insolvenzantragspflicht ist dieser nachzukommen. Ergeben die Feststellungen hingegen die Aussetzung der Antragspflicht, sichert deren Dokumentation die Beweislage für den Fall der späteren Überprüfung durch Dritte.

Selbst dann, wenn die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt ist, sind aber mögliche Haftungsszenarien im Zusammenhang mit der Verletzung von einschlägigen Strafvorschriften im Auge zu behalten.

<sup>16</sup> Thole ZIP 2020, 650, 655

<sup>17</sup> S. hierzu Uhlenbruck InsO, 15. Aufl., § 19 Rn 46

<sup>18</sup> Kritisch hierzu: Thole, ZIP 2020, 650, 657

<sup>19</sup> Kritisch hierzu: Thole, ZIP 2020, 650, 658