

Aus erster Hand

Hannover. Am 04.05.2020 veranstaltete das Institut für Insolvenzrecht e. V. das Webinar »Die Corona-Krise und das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – Analyse für die Praxis« mit dem Referenten Prof. Dr. Georg Bitter (Universität Mannheim); die Moderation übernahm RA Prof. Dr. Volker Römermann. Bitter gab zahlreiche Handreichungen zum Verständnis und zur Anwendung des COVInsAG, zeigte aber auch einige offene Fragen und Kontroversen auf.

Text: Rechtsanwalt Wolfgang Zenker, Berlin

In seiner Begrüßung und Einführung stellte Römermann klar, dass das COVInsAG trotz des verheißungsvollen Namens – leider – nicht die Insolvenzen aussetzen könne, sondern lediglich die Insolvenzantragspflicht, und wies darauf hin, dass mit Bitter ein Insider referiere, der bei der Konzeption des COVInsAG Souffleur für das BMJV gewesen sei. Bitter erläuterte, dass er insbesondere für die Formulierungen zur Behandlung von Neukrediten (mit-)verantwortlich sei. Zu der Tagung in Düsseldorf am 13.03.2020 (vgl. Solmecke, INDat Report 03_2020, S. 34) sei der als Referent vorgesehene MinRat Alexander Bornemann nicht angereist, da er an Gesetzgebungsvorschlägen arbeiten musste – Bitter und einige Mitreferenten hätten Bornemann dabei Unterstützung angeboten, und so habe er innerhalb jeweils sehr kurzer Zeitfenster die Gelegenheit erhalten, Anregungen zu äußern und Formulierungsvorschläge zu unterbreiten. Gerade mit diesem Blick hinter die Kulissen und in Kenntnis des immensen Zeitdrucks, unter dem das COVInsAG entstanden sei, plädierte Bitter eindringlich dafür, es als ein Eilgesetz zu betrachten und nicht jedes Wort auf die Goldwaage zu legen, sondern die Regelungen mehr noch als sonst von ihrem Sinn und Zweck her zu interpretieren.

Nach dieser Vorbemerkung befasste sich Bitter eingehend mit der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (§ 1 Sätze 1 bis 3 COVInsAG). Hier sei es zur Vermeidung absehbarer Eigenanträge dringend erforderlich gewesen, einen Vertrauenstatbestand zu schaffen, sodass das BMJV am 16.03.2020 in einer Pressemitteilung angekündigt habe, dass die Insolvenzantragspflicht bei pandemiebedingter Insolvenz und bestehenden Sanierungsaussichten ausgesetzt werden solle. Damit und mit dem Verweis auf die Regelungsvorbilder anlässlich von Hochwasserkatastrophen habe man sich jedoch zugleich festgelegt und etwa einer von Bitter favorisierten generellen Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bei nicht schon vorher bestehender Insolvenz verschlossen. Die Gesetz gewordene Fassung stelle einen Kompromiss dar: Die Aussetzung der Antragspflicht (Satz 1) sei die Grundlage und die Regel. Satz 2 sehe eine eng formulierte Ausnahme vor, deren Voraussetzungen von dem zu beweisen seien, der sich auf die Antragspflicht berufe. Und Satz 3 schließlich erhöhe zusätzlich die Anforderungen an Darlegung und Beweis der Ausnahmevoraussetzungen, wenn der Geschäftsführer

zeige, dass am 31.12.2019 noch keine Zahlungsunfähigkeit vorgelegen habe. Diese Regelung in Form einer gesetzlichen Vermutung sei nicht (mit Blick auf die ohnehin bestehende Beweislastverteilung) sinnlos, sondern habe – wie auch aus den Materialien hervorgehe – die Funktion, die Position der Geschäftsleitung zu stärken, um ihr so Rechtssicherheit zu verschaffen.

Nach der Erläuterung des Tatbestands von § 1 COVInsAG und seiner Struktur befasste sich Bitter mit zwei Auslegungsfragen: Zunächst setzte er sich mit der Auffassung Römermanns (NJW 2020, 1108 f.) auseinander, der darin eine Distanzierung des Gesetzgebers vom Eröffnungsgrund der Überschuldung sieht, dass für Satz 3 lediglich erforderlich sei, dass die Schuldnerin am 31.12.2019 nicht *zahlungsunfähig* war – eine Überschuldung sei hier »schlicht irrelevant«. Bitter stellte klar – und Römermann stimmte dem zu –, dass diese Irrelevanz sich nur auf den Tatbestand des Satzes 3 beziehe, der erfüllt sei, dass aber dann, wenn die Gesellschaft nachweislich 2019 bereits überschuldet war, die Insolvenzreife ersichtlich nicht auf der Pandemie beruhe, sodass trotz »höchster Anforderungen« die Ausnahme nach Satz 2 vorliege und die Antragspflicht nicht ausgesetzt sei. Das solle auch gelten, wenn die Gesellschaft erst im Januar oder Februar 2020 insolvenzreif geworden, aber jede Fernwirkung der zu dieser Zeit nahezu allein in Asien die Wirtschaft beeinträchtigenden Pandemie auf Zuliefer- oder Absatzketten der Gesellschaft ausgeschlossen sei.

COVInsAG: Aussichten abhängig von zivilrechtlichen Vorfragen

Bei den Aussichten zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit, deren nachgewiesenes Fehlen nach § 1 Satz 2 COVInsAG die Aussetzung entfallen lasse, müsse es sich um konkrete und zeitlich fixierbare Aussichten handeln; die Beweislastverteilung, verstärkt noch durch Satz 3, helfe hier jedoch. Als zeitliche Dimension für die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit sei wohl auf das Ende des Aussetzungszeitraums abzustellen. Ein zusätzliches Problem sah Bitter in der Abhängigkeit der Zukunftsaussichten von der Beurteilung zivilrechtlicher Vorfragen. So bestehe große Ungewissheit, wie weit das Betriebsrisiko und damit die Lohn-

zahlungspflicht bei zwangsweiser Betriebsschließung reiche (vgl. Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1116), ob sich Mieter von Gewerberaum bei Verbot des Geschäftsbetriebs auf einen Mangel oder Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen könnten und in welchem Umfang Versicherungen pandemiebedingte Schäden kompensieren müssten. Das von Bitter ebenfalls genannte Moratorium nach Art. 240 § 1 EGBGB hingegen spielt hier wohl so lange keine Rolle, wie es nicht nach Art. 240 § 4 Abs. 2 EGBGB über den Aussetzungszeitraum hinaus verlängert wird. Diese rechtlichen Ungewissheiten, so Bitter, könnten einem Geschäftsführer im Rahmen des § 1 Satz 3 COVInsAG zugutekommen, da er



Prof. Dr. Georg Bitter

bei den Aussichten auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit wohl jeweils eine für die Gesellschaft günstige, vertretbare Rechtsansicht zugrunde legen dürfe. Dies zog Römermann aus der Sicht eines anwaltlichen Beraters in Zweifel, da die Rechtsprechung dazu neige, ihre (spätere) Antwort auf umstrittene Rechtsfragen zu verabsolutieren und als vorhersehbar zu behandeln. Römermann fragte außerdem nach, ob Geschäftsführer die Aussichten nur einmal oder laufend prüfen müssen; Bitter hält eine laufende Prüfung für erforderlich – zerschlugen sich die Besserungsaussichten endgültig, entfalle die Aussetzung.

Die Nachfrage von Co-Moderator RA Jens Wilhelm V, ob der Gesetzgeber dem Insolvenzrecht nicht vertraue, wenn er die Antragspflicht aussetze, aber die Zwangsvollstreckung und die Strafbarkeit wegen Eingehungsbetrugs unangetastet lasse, nahm Bitter zum Anlass zu betonen, dass gerade der beruhigende Umstand, dass man sich nicht im rechtlichen Niemandsland befinde, sondern ein Rückfallnetz habe, die Aussetzung der

Antragspflicht erst erlaube. Eigentlich gesunde Unternehmen, deren Zukunftsaussichten (nur) angesichts der aktuellen Situation unsicher seien, gehörten nicht zwangsweise ins Insolvenzverfahren. Unberührt bleibe, dass ihnen der Weg ins Insolvenzverfahren offenstehe und dass er ggf. unvermeidbar sei.

Relativ knapp erläuterte Bitter § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG, der die Haftung für Zahlungen trotz Insolvenzreife nicht aussetze, sondern das Privileg etwa des § 64 Satz 2 GmbHG lediglich für Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang (auch im Rahmen einer Neuausrichtung) erweitere. Es handele sich um eine konsistente und systemgerechte Regelung, die keine große Neuerung bringe. Zwar lege die Rechtsprechung § 64 Satz 2 GmbHG bei Insolvenzverschleppung sehr restriktiv aus; diese Situation liege aber nicht vor – während der Aussetzung der Antragspflicht müsse wie im 3-Wochen-Zeitraum des § 15a InsO und im Eröffnungsverfahren ein großzügigerer Maßstab gelten.

Ausführlicher ging Bitter auf die Regelungen zur Förderung von Neukrediten im Aussetzungszeitraum (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 COVInsAG) ein, an deren Formulierung er – wie eingangs erwähnt – (zusammen mit RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein) maßgeblich mitgewirkt habe. Dabei sei allerdings der Zeitdruck – für ihn wie für das BMJV – hoch gewesen und habe man schon frühzeitig angesichts der Abstimmung etwa mit anderen Ministerien nichts mehr am Normtext ändern können, sodass er ihn nicht für rundum geglückt halte und man nicht auf ihm beharren, sondern der teleologischen Auslegung weiten Raum geben solle. Regelungsziel sei es gewesen, denjenigen, die zur Unterstützung von Unternehmen in der Krise bereit seien, Rechtssicherheit zu geben und sie vor Haftung (Nr. 3) und späterer Anfechtung (Nr. 2) zu schützen, obwohl u. U. kein belastbares Sanierungskonzept existiere.

Die größten Schwierigkeiten seien dadurch entstanden, dass der Anknüpfungspunkt der Anfechtung nicht die Kreditvergabe, sondern – jenseits der wenige Probleme aufwerfenden Besicherung – die spätere *Rückzahlung* sei, weshalb eine Schonfrist auch nach dem Aussetzungszeitraum aufgenommen worden sei. Außerdem schließe der Gesetzeswortlaut im Wege einer unwiderleglichen Vermutung generell die Gläubigerbenachteiligung und damit die Anfechtung aus und lasse so keinen Spielraum, um etwa eine dem Gläubiger bei der Rückzahlung gewährte Vorzugsbehandlung oder die Kenntnis von einer *neuen* Krise zu berücksichtigen. Man habe nur an die Folgen der aktuellen Krise und insbesondere an § 133 InsO gedacht. Römermann warf ein, dass nicht gewollte Konsequenzen bzw. Missbrauch ja erst nach dem Aussetzungszeitraum drohen, sodass der Gesetzgeber dies noch korrigieren könne. Dies dürfte mit Blick auf den gebotenen

Schutz des Vertrauens von Neukreditgebern zweifelhaft sein; dennoch stimmte Bitter dem zu, hegte aber Zweifel, ob dafür gesetzgeberische Kapazitäten zur Verfügung stehen. Bitter stellte mögliche Einschränkungen der Rechtsfolge dar – etwa durch Übertragung der Anforderungen aus § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG an die Rückzahlung (so Thole, ZIP 2020, 650, 656) oder durch Rückgriff darauf, dass das Privileg nur vor den durch die aktuelle Krise und ihre Kenntnis ausgelösten Unsicherheiten und nicht spätere, fraudulöse Kreditrückführungen schützen sollte (so Bitter, ZIP 2020, 685, 693 ff.). Mit Blick auf den klaren, bei Kreditgebern Vertrauen in eine spätere Vorzugsbehandlung erweckenden Wortlaut, die sonst kaum gebotene Erweiterung um eine Schonfrist, die Regelung des § 2 Abs. 3 COVInsAG und das Fehlen eindeutiger Indikationen in den Gesetzesmaterialien erscheint es demgegenüber wohl als vorzugswürdig, die weite, gar überschießende Rechtsfolgenanordnung wenigstens grundsätzlich hinzunehmen und auch bei inkongruenten Deckungen und in einer neuen Unternehmenskrise von der Unanfechtbarkeit auszugehen (vgl. Gehrlein, DB 2020, 713, 721 f.). Einzüräumen ist allerdings, dass so (vor allem bei drohendem Auslaufen der Schonfrist) Moral-Hazard-Probleme entstehen können.

Begriff »neuer Kredit« ist weit zu verstehen

Zum »neuen Kredit« i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG erläuterte Bitter, dass der Begriff weit zu verstehen sei und auch Warenkredite, Vorschüsse sowie Anzahlungen erfasse; als Parallele könne weitgehend die Reichweite von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO dienen, jedoch ohne eine Mindestdauer der Kreditierung. Neu sei der Kredit nur, wenn ein neues Insolvenzrisiko übernommen werde – dies könne insbesondere auch nicht durch Einschaltung Dritter umgangen werden. Ein Grenzfall, den Bitter aber – zweifelhaft – tendenziell einbeziehen will, sei die erstmalige Stundung einer Forderung aus einem Austauschgeschäft (näher Bitter, ZIP 2020, 685, 696; a. A. Thole, ZIP 2020, 650, 655).

Mit Blick auf die Zeit – das inhaltsreiche und gehaltvolle Webinar ging in die Verlängerung – beschränkte sich Bitter zu Gesellschafterdarlehen auf wenige Anmerkungen: Neue Gesellschafterdarlehen seien – anders als Drittdarlehen – nicht hinsichtlich der Besicherung privilegiert, ohne dass dem eine Bestätigung der Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit der anfänglichen Besicherung von Gesellschafterdarlehen (BGHZ 221, 100 = NJW 2019, 1289 Rz. 40 ff.) zu entnehmen sei. Im Übrigen schließe die Privilegie-

rung aber neben der Anfechtung der Rückzahlung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auch die Anfechtung nach §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO aus und führe dazu, dass in bis zum 30.09.2023 beantragten Verfahren Gesellschafterdarlehen nicht nachrangig seien und § 44a InsO nicht gelte. Nach dem Wortlaut erfasse die Rechtsfolge von § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG auch § 134 InsO und privilegiere damit ggf. die Rückführung einer einem qualifizierten Rangrücktritt unterliegenden Forderung – jedenfalls dann, wenn dies in Kenntnis der Nichtschuld erfolge, sodass auch ein Bereicherungsausgleich ausscheide (§ 814 BGB). Dies könne nach Ansicht von Bitter nicht hingenommen werden – die Überschuldung dürfe durch qualifizierten Rangrücktritt nur dann ausgeschlossen sein, wenn eine gegen den Rangrücktritt verstoßende Rückzahlung nicht sanktionslos möglich ist. Hier sei, wenn es nicht zu einer gesetzgeberischen Korrektur komme, das Privileg des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG teleologisch zu reduzieren.

Bei § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG habe Prof. Dr. Christoph Thole (Universität zu Köln) größeren Einfluss auf die Ausgestaltung gehabt. Diese Regelung solle Rechtshandlungen erfassen, die außerhalb neuer Kredite lägen, und hier dem materiell insolventen Schuldner einen wirtschaftlichen Bewegungsspielraum erhalten. Wichtig sei die Beschränkung auf Rechtshandlungen im Aussetzungszeitraum und auf kongruente Deckungen mit den einzelnen Erweiterungen in Satz 2. Außerdem greife der Anfechtungsausschluss nicht, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass die Sanierungsbemühungen des Schuldners ungeeignet waren – Unsicherheit reiche nicht. Nicht beabsichtigt gewesen sei es jedoch, die schlichte Bedienung von Altforderungen zu privilegieren, ohne dass der Gläubiger einen Beitrag zur Überwindung der Krise des Schuldners leiste – auch etwa durch Fortsetzung der Belieferung. Der Tatbestand lasse sich insoweit restriktiv auslegen oder teleologisch reduzieren (ähnlich Thole, ZIP 2020, 650, 657). Bitter kann sich hierfür auf die Entwurfsbegründung (BT-Drs. 19/18110) stützen, die den Zusammenhang mit einer sonst drohenden Beendigung der Vertragsbeziehung herstellt; dagegen spricht jedoch bis zu einem gewissen Grad, dass die weitere Vertragsbeziehung typischerweise schon über § 142 InsO bzw. § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG ausreichend geschützt sein dürfte. Mit einem Schlusswort von Römermann, der (hochverdienten) virtuellen Applaus für Bitter vernahm, endete das Webinar. <<

Die Präsentation zum Vortrag ist abrufbar unter:
www.jura.uni-mannheim.de/media/Lehrstuehle/jura/Bitter/Dateien/Vortraege/8/ifi-Webinar_Corona_2020-05-04__003_.pdf.