

## Das COVInsAG – ein Überblick

Zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie haben der Staat und insbesondere der Bund zahlreiche finanzielle und rechtliche Unterstützungsmaßnahmen ergriffen. Darunter fällt auch das seit 01. März 2020 bis mindestens 30. September 2020 geltende COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz, kurz COVInsAG. Das unter Hochdruck entstandene Bundesgesetz vom 27. März 2020 sieht vorübergehend gravierende Modifikationen im Bereich des deutschen Insolvenzrechts vor. Die Politik möchte den Unternehmen mit der Aussetzung der Antragspflicht Zeit für die Sanierung verschaffen und einen möglicherweise unkontrollierbaren Flächenbrand („Domino-Effekt“) verhindern. Das COVInsAG geht über das bekannte Herzstück der ausgesetzten Antragspflicht deutlich hinaus und hat zahlreiche dogmatische Fragen aufgeworfen. Der nachstehende Beitrag stellt die wichtigsten Neuerungen dar, die das COVInsAG regelt.

### I. Einleitung

Das „Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ vom 27. März 2020 (BGBl. 2020 I, 569) enthält in Art. 1 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). Das COVInsAG ist nach Art. 6 S. 1 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie am 01. März 2020 rückwirkend in Kraft getreten.

Durch § 4 COVInsAG wird für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) die Möglichkeit geschaffen, diese Aussetzung durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates bis höchstens 31. März 2021 zu verlängern, wenn dies geboten erscheint. Es ist offen, ob das BMJV die Gesetzesanwendung auf den Zeitraum 01. Oktober 2020 bis 31. März 2021 ausdehnen wird.

### II. Die vier Abschnitte des COVInsAG

§§ 1 und 2 COVInsAG enthalten Bestimmungen zu den Voraussetzungen für eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) und den Folgen einer solchen Aussetzung. § 3 COVInsAG sieht eine Suspendierung des Rechts von Gläubigern zur Stellung eines Insolvenzantrags (vgl. § 14 InsO) vor. Gemäß § 4 COVInsAG kann die Laufzeit bestimmter Regelungen des COVInsAG bei Bedarf verlängert werden.

### III. Die Regelungen des COVInsAG

#### 1. § 1 COVInsAG – Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

##### a) § 1 S. 1 COVInsAG – Vollumfänglicher Ausschluss der Insolvenzantragspflicht

Das namensgebende Herzstück des Gesetzes steht an oberster Stelle in § 1 S. 1 COVInsAG: die Aussetzung der Pflicht zur Insolvenzantragstellung nach § 15a InsO und § 42 II BGB. Sachlich sind die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und die Überschuldung (§ 19 InsO) erfasst. Anders als im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens

diskutiert, enthält § 1 Satz 1 COVInsAG grundsätzlich kein abgestuftes Konzept. Das COVInsAG führt nur zu einer Aussetzung der Antragspflicht, schränkt jedoch das Recht der Schuldner nicht ein, Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen.

##### b) § 1 S. 2 COVInsAG – Ausnahmen von der Suspendierung der Antragspflicht

Die Aussetzung greift gem. § 1 S. 2 COVInsAG – positiv formuliert – tatbestandlich nur ein, wenn die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie beruht und Aussicht besteht, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. An das Vorliegen eines Ausnahmegrundes ist zugunsten des Antragspflichtigen bei teleologischer Auslegung ein strenger Darlegungs- und Beweismaßstab anzulegen.

##### aa) „Beruhen“-Zusammenhang von Insolvenzreife und Seuche

Weder die Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 19/181110) noch die Gesetzesbegründung (BGBl. I 2020, 569) konkretisieren >

den Begriff des „Beruhens“. Ihnen lässt sich nur entnehmen, dass zumindest eine Kausalität im Sinne der *conditio sine qua non*-Formel erforderlich ist. Die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie müssen maßgeblich für den Eintritt der Insolvenzreife sein. Die Judikative wird den Rahmen des COVInsAG auch insofern mit Leben zu füllen und den sich abzeichnenden Streit im Schrifttum über die Auslegung des Wortes „beruht“ den jeweiligen Umständen entsprechend zu entscheiden haben. Die Insolvenzreife dürfte nicht nur dann auf der COVID-19-Pandemie beruhen, wenn der betroffene Unternehmensträger durch öffentlich-rechtlich angeordnete Schließungen oder den Abbruch von Lieferverhältnissen direkte Umsatzeinbußen erleidet, sondern bereits dann, wenn mittelbare Einflüsse der COVID-19-Pandemie für sich genommen oder in einer Gesamtschau maßgeblich zur Insolvenzreife führen. Für die Rechtsanwender liegt hierin ein wesentlicher Unsicherheitsfaktor, der zu besonnener, wohlberatener und gut dokumentierter Vorgehensweise Anlass geben sollte.

#### **bb) Aussichten auf Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit**

Abgesehen von der Absichtung und Gewichtung von Verursachungsbeiträgen muss ein Unternehmen zugleich Aussichten auf eine Beseitigung der bei ihm bestehenden Zahlungsunfähigkeit haben. Bemerkenswerterweise stellt das COVInsAG im Rahmen der „Prognoseprüfung“ lediglich auf die Behebung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit ab. Zur Überschuldung schweigt das Gesetz.

Hierbei wird man keine überzogenen Anforderungen zu stellen haben. Bei einer großzügigen Auslegung dürfte die Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit bereits dann zu erwarten sein, wenn sie aus *ex-ante* Sicht eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht offensichtlich aussichtslos ist. Im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung ist zweifelhaft, ob eine überwiegende Wahrscheinlichkeit (also über 50 %), wie sie bei der Fortbestehensprognose gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 InsO üblicherweise verlangt wird, zu fordern ist. Bei teleologischer Auslegung wird man dies verneinen können.

#### **c) § 1 S. 3 COVInsAG – Praxisfreundliche Vermutungsregelung**

Gem. § 1 S. 3 COVInsAG wird, wenn der

Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig war, zusätzlich zu dem allgemeinen Beweisgrundsatz des zivilrechtlichen Günstigkeitsprinzips vermutet, dass (i) die Insolvenzreife des Unternehmens auf der COVID-19-Pandemie beruht und dass (ii) Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens zu beseitigen. Die Vermutung ist widerleglich.

Aus Sicht der Praxis stellt sich die Frage der Darlegungs- und Beweislast. Die Frage wird etwa bei Scheitern der Sanierungsbemühungen virulent, wenn Insolvenzverwalter und Gläubiger die Geschäftsleitung der Insolvenzverschleppung bezichtigen. Der Gesetzgeber möchte im Grundsatz die Geschäftsleiter mit der gesetzlichen Vermutung von etwaigen Nachweis- und Prognoseschwierigkeiten entlasten. Gleichwohl ist die Geschäftsleitung in der Pflicht, die Zahlungsfähigkeit zum 31. Dezember 2019 darzulegen.

Die Geschäftsleitung sollte vorsorglich den kausalen Konnex zwischen Pandemie und Insolvenzreife zu Beweis Zwecken vorhalten. Jene Dokumentation sollte auch die aufgrund der pandemiebedingten Insolvenzreife ergriffenen Sanierungsmaßnahmen der Geschäftsleitung belegen. Die Organe dürften gut beraten sein, sich per 31. Dezember 2019 von externen (Steuer-)Beratern eine positive Fortbestehensprognose attestieren zu lassen.

#### **d) § 1 S. 4 COVInsAG – Privatin solvenz**

Gemäß § 1 S. 4 COVInsAG wird § 290 I Nr. 4 InsO dahingehend eingeschränkt, dass auf eine Verzögerung der Insolvenzeröffnung im Zeitraum vom 01. März 2020 bis zum 30. September 2020 eine Versagung der Rechtschuldbefreiung nicht gestützt werden kann.

### **2. § 2 COVInsAG – Weitere Folgen der Aussetzung**

Weitere Folgen, die mit einer Aussetzung der Insolvenzantragspflicht verbunden sind, finden sich in § 2 Abs. 1 Nr. 1–4 COVInsAG. Angesichts des hohen Zeitdrucks verwundert es nicht, dass nicht jede erdenkliche Implikation der Aussetzung normiert werden konnte. So sind für die Praxis zahlreiche Fragen offen geblieben.

Hierzu zählen strafrechtliche Fragen wie die, ob Unternehmer ihre Insolvenzreife gegenüber Geschäftspartnern offenlegen müssen, um sich nicht

wegen Eingehungsbetrugs gemäß § 263 StGB, wegen mangelnder Leistungsfähigkeit, strafbar zu machen. Die strafrechtliche Sanktion aufgrund der Insolvenzstraftaten nach §§ 283 ff. StGB dürften ebenfalls nicht ausgesetzt worden sein. Sanktionen im Gewerberecht oder im Berufsrecht sind ausgeschlossen, soweit sie an die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und die daraus abgeleitete Unzuverlässigkeit oder auch allgemein an einen „Vermögensverfall“ anknüpfen.

Nicht vom COVInsAG adressierte Folgen der Insolvenzreife betreffen ferner den Ausschluss bei Ausschreibungsverfahren, Ausscheidens- oder Ausschlussklauseln in Gesellschaftsverträgen, Lösungsklauseln in Dauerschuldverhältnissen sowie deliktische Schadensersatzansprüche wegen Betrug und Untreue.

#### **a) § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG – Privilegierte Zahlungen**

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, „als mit der Sorgfalt eines ordnungsgemäßen und gewissenhaften Geschäftsführers [...] vereinbar“.

Die Geschäftsführer und Vorstände, die unter dem Damoklesschwert der persönlichen Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG und § 92 Abs. 2 S. 1 AktG agieren, werden nach der gesetzgeberischen Konzeption unter bestimmten Bedingungen entlastet.

Wenn (i) die Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG ausgesetzt ist, (ii) die Zahlungen im Aussetzungszeitraum vorgenommen werden und (iii) diese im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen und diesem dienlich sind, werden die Zahlungen als privilegiert eingestuft und als mit der Sorgfalt des „ordentlichen Geschäftsmanns“ vereinbar behandelt im Sinne einer gesetzlich angeordneten Fiktion.

Hinsichtlich der ersten Voraussetzung, also des Konnex zum ordnungsgemäßen Geschäftsgang des Unternehmens, liefert der Gesetzgeber drei nicht abschließend zu verstehende („insbesondere“) Fallgruppen: (i) Aufrechterhaltung oder (ii) Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs oder (iii) Umsetzung eines Sanierungskonzepts.

Man wird alle Auszahlungen als „dienstlich“ ansehen können, bei denen die Geschäftsleiter ex-ante aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsmanns davon ausgehen dürfen, dass die Auszahlungen für die Aufrechterhaltung, Wiederaufnahme oder Sanierung der Unternehmung nicht von vornherein keinen Erfolg versprechen. Die Auslegung sollte kohärent erfolgen zur o.g. Auslegung hinsichtlich der Prognose, ob die Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit zu erwarten oder jedenfalls nicht ausgeschlossen ist.

#### **b) § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG – Reduktion von Anfechtungsrisiken bei „frischem Geld“ im Aussetzungszeitraum**

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG gilt eine bis 30. September 2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits sowie die im Aussetzungszeitraum erfolgte Bestellung von Sicherheiten zur Absicherung eines solchen Kredits als nicht gläubigerbenachteiligend.

In solchen Fällen fehlt es nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG am Merkmal einer Gläubigerbenachteiligung im Rahmen des § 129 Abs. 1 InsO. Folglich wird eine Insolvenzanfechtung ausscheiden, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der als Fiktion ausgestalteten Rechtsfolge erfüllt sind.

Den Materialien zum COVInsAG lässt sich entnehmen, dass „Kredit“ denkbar weit auszulegen ist. Nach dem Wortlaut werden nur „neue“ Kredite privilegiert. Bei einer bloßen Novation oder Prolongation und wirtschaftlich vergleichbaren Sachverhalten (z. B. Stundung), die etwa auf ein Hin- und Herzahlen hinauslaufen, kommt der Anfechtungsausschluss dagegen nicht zur Anwendung.

Ebenfalls als nicht gläubigerbenachteiligend fingiert das Gesetz die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen und Zahlungen auf Forderungen aus Gesellschafterdarlehen, Zahlungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen. Hierdurch sollen auch die Gesellschafter motiviert werden, dem Unternehmen „frisches Geld“ zur Verfügung zu stellen.

Weiterhin nicht privilegiert ist die Besicherung von Gesellschafterdarlehen oder gleichgestellten Forderungen.

Kreditgeber sind gut beraten, den Zeitpunkt der Finanzierungen im Aussetzungszeitraum und deren Besicherung hinreichend zu dokumentieren. Mittelbar spielt auch eine Rolle, ob die Voraussetzungen für eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

tatsächlich vorliegen und dies lässt sich wiederum durch einen entsprechend einzuholenden Prüfbericht belegen.

#### **c) § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG – Stark eingeschränkte Haftungsrisiken bei Neukrediten**

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG sind Kreditgewährungen und Besicherungen im Aussetzungszeitraum nicht als sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung anzusehen. Auf diese Weise werden Risiken wegen der Nichtigkeit der Kreditgewährung und Bestellung von Sicherheiten nach § 138 BGB, Schadensersatz wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB und Anstiftung oder Beihilfe zur Insolvenzverschleppung nach § 15a InsO i.V.m. § 27 StGB signifikant reduziert. Der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG ist weit gefasst, so dass auch Novationen und Prolongationen dem Privileg unterliegen dürften.

#### **d) § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG –**

**Reduzierte Insolvenzanfechtungsrisiken**  
§ 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG erweitert den Schutzbereich privilegierter, kongruenter Zahlungen über die in § 2 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 COVInsAG erfassten „neuen Kredite“ und Sicherheiten hinaus. Es werden nämlich auch weitere im Aussetzungszeitraum vorgenommene Rechtshandlungen, die nicht in einer Kreditgewährung gemäß Nr. 2 bestehen, anfechtungsrechtlich privilegiert.

Anders als bei den in § 2 Abs. 1 Nr. 1–3 COVInsAG geregelten Folgen bedient sich § 2 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 Hs. 1 COVInsAG keiner gesetzlichen Fiktion, sondern schließt den Anfechtungstatbestand des § 130 InsO aus, indem er kongruente Deckungshandlungen in einem späteren Insolvenzverfahren für nicht anfechtbar erklärt, während § 2 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 Hs. 2 COVInsAG eine Rückausnahme enthält, sofern dem „anderen Teil bekannt war, dass die Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen des Schuldners nicht zur Beseitigung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit geeignet gewesen sind“. Notwendig für die Rückausnahme ist positive Kenntnis des „anderen Teils“, der also Insolvenzgläubiger im Sinne des § 130 InsO gewesen sein muss.

Allerdings gilt dies nur für die vereinbarungsgemäße, anfängliche Besicherung von Darlehen, während es für die nachträgliche Besicherung zunächst ungesichert gewährter Geld- oder Warenkredite weder nach Nr. 2 noch nach Nr. 4 eine Privilegierung gibt, die

vielmehr als inkongruente Sicherung in einem Folgeinsolvenzverfahren nach allgemeinen Voraussetzungen anfechtbar ist.

#### **e) § 2 Abs. 2 COVInsAG – Kriselnde Unternehmen**

Zahlreiche Schuldner sind durch die COVID-19-Pandemie in ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, ohne bereits den Status der Insolvenzreife erlangt zu haben. Damit jenen Schuldnern bereits vor der Insolvenzreife weitere Liquidität zur Verfügung gestellt werden kann und ihre Vertragspartner weiter mit ihnen kontrahieren und Unwägbarkeiten vermieden werden, gelten für diese Schuldner die an die Aussetzung anknüpfenden Regelungen des § 2 Abs. 1 Nr. 2, 3 und 4 COVInsAG gleichermaßen. Nicht anwendbar ist somit § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG. Eine drohende Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO beim Schuldner ist keine Voraussetzung. Die privilegierende Verweisung kommt vielmehr allen Unternehmensträgern zugute.

#### **f) § 2 Abs. 3 COVInsAG – Staatliche Finanzierungen**

Gemäß § 2 Abs. 3 COVInsAG gelten die zeitlichen Beschränkungen der § 2 Abs. 3 Nr. 2 und 3 COVInsAG nicht für Finanzierungen, die im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme gewährt werden. Das bedeutet insbesondere, dass auch Kreditvergaben nach Auslaufen des Aussetzungszeitraums erfasst werden und sich der Schutz auf Rückzahlungszeiträume nach dem 30. Februar 2023 erstreckt.

### **3. § 3 COVInsAG – Eröffnungsgrund bei Gläubigerinsolvenzanträgen**

Gemäß § 3 COVInsAG ist das Recht von Gläubigerinsolvenzanträgen eingeschränkt. Hiernach setzt ein zwischen dem 28. März 2020 und dem 28. Juni 2020 gestellter Gläubigerantrag voraus, dass der Eröffnungsgrund, also Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gemäß §§ 17, 19 InsO, bereits am 01. März 2020 vorlag.

Die Regelung steht im Kontext mit der zeitlichen Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gemäß § 1 COVInsAG und hat den Schutz kriselnder Schuldner im Blick, denen eine Sanierung mittels Hilfs- und Stabilisierungsmaßnahmen oder sonstiger Finanzierungsmaßnahmen ermöglicht werden soll.



**Dr. Konrad Erzberger**  
Rechtsanwalt