

# ALLEN & OVERY

31. März 2020

## Covid-19-Pandemie: Vorübergehende Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

### Von der Ankündigung zum Gesetz

In ungewöhnlicher Geschwindigkeit hat das erst am 16 März 2020 angekündigte Gesetzesvorhaben der Bundesregierung, für die von Covid-19 betroffenen Unternehmen die Insolvenzantragspflicht bis zum 30. September 2020 zeitweilig auszusetzen, alle gesetzgeberischen Hürden genommen. Bereits am 27. März 2020 wurde das Covid-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – **COVInsAG** – als Teil des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (dort Artikel 1) im Bundesgesetzblatt verkündet. Das COVInsAG trat damit rückwirkend zum 1. März 2020 in Kraft.

Einen generellen Überblick über das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht finden Sie in unserem separaten Bulletin "[Zugang zu Fremd- und Eigenkapital in der Corona-Krise](#)". Informationen zur parallel durch die Bundesregierung auf den Weg gebrachten Errichtung des Wirtschaftsstabilisierungsfonds, also der Unterstützung größerer Unternehmen durch Garantien und Rekapitalisierungsmaßnahmen, haben wir für Sie in unserem Bulletin "[Rettungsschirm für betroffene Unternehmen ist aufgespannt](#)" zusammengefasst.

### Zusammenfassung

Das COVInsAG suspendiert – unter gewissen, sogleich zu erläuternden Voraussetzungen – zunächst die Insolvenzantragspflichten für betroffene Unternehmen bis zum Ablauf des **30. September 2020**. In diesem Zeitraum werden im Interesse der Unternehmensleiter auch die insolvenzrechtlichen Zahlungsverbote insbesondere der §§ 64 Satz 2 GmbHG und § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG außer Kraft gesetzt. Auch Gläubiger des Unternehmens können für drei Monate nach dem Tag der Verkündung des Gesetzes keinen Insolvenzantrag stellen. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (**BMJV**) ist ermächtigt, die Befristung beider Regelungen bis zum **31. März 2021** zu verlängern.

Zur Erleichterung der Finanzierung von Unternehmen, die durch die Covid-19-Pandemie betroffen sind, werden spezielle Regelungen zu Gunsten von Kreditinstituten und Gesellschaftern eingeführt, die es derartigen Kreditgebern erlauben sollen, trotz der Krise rechtssicher neue Darlehen während des Zeitraums, für den die Insolvenzantragsfrist ausgesetzt ist, auszureichen. Flankierend werden bestimmte Regelungen des Insolvenzanfechtungsrechts gelockert, um betroffenen Unternehmen auch sonst die Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr zu erleichtern.

## Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ist gemäß § 1 COVInsAG bis zum **30. September 2020** ausgesetzt, wobei das BMJV unter bestimmten Voraussetzungen ermächtigt wird, diese Frist bis zum 31. März 2021 zu verlängern. Dies gilt nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus (Covid-19-Pandemie) beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. War das betroffene Unternehmen am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig, wird vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.

§ 1 COVInsAG suspendiert daher die Insolvenzantragspflicht für Geschäftsleiter von Gesellschaften jeglicher Rechtsform, die anderenfalls gemäß § 15a InsO verpflichtet gewesen wären, einen Insolvenzantrag wegen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu stellen. Zum Schutz eingetragener Vereine und von Stiftungen dehnt § 1 COVInsAG die Aussetzung der Antragspflichten auch auf Vorstände eingetragener Vereine und Stiftungen aus. Dies soll bereits rückwirkend ab dem 1. März 2020 gelten.

Jedoch kann sich nur derjenige Geschäftsleiter auf die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht berufen, dem es gelingt zwei Voraussetzungen kumulativ nachzuweisen: die Insolvenzreife muss einerseits auf den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie beruhen und es müssen andererseits Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Da der Nachweis beider Voraussetzungen offensichtlich mit Schwierigkeiten behaftet sein wird, führt der Gesetzgeber zu Gunsten der Geschäftsleiter zusätzlich eine gesetzliche Vermutung ein, wonach das Vorliegen beider Voraussetzungen vermutet wird, wenn das betroffene Unternehmen am 31. Dezember 2019 zahlungsfähig war. Kann die Geschäftsleitung also nachweisen, dass das Unternehmen zum Jahresende 2019 zahlungsfähig war, kann sie sich demnach auf die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht berufen. Die gesetzliche Vermutung ist allerdings widerleglich ausgestaltet, so dass die Insolvenzantragspflicht dann nicht suspendiert ist, wenn kein Zweifel daran bestehen kann, dass die Covid-19-Pandemie nicht ursächlich für die Insolvenzreife war (also ein Insolvenzgrund bereits vor und unabhängig von der Covid-19-Pandemie vorgelegen hat) oder die Beseitigung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit ausgeschlossen ist (etwa, weil Refinanzierungsverhandlungen endgültig gescheitert sind). Laut Gesetzesbegründung sind an die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung jedoch „höchste Anforderungen“ zu stellen, um dem haftungsentlastenden Zweck des Gesetzes Geltung zu verschaffen und die Geschäftsleiter zu schützen.

## Weitere Rechtsfolgen der Aussetzung

An die Aussetzung der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags gemäß § 1 COVInsAG knüpft der Gesetzentwurf eine Reihe weiterer signifikanter Folgen.

Entfällt die Insolvenzantragspflicht, haftet der Geschäftsleiter den Gläubigern des Unternehmens nicht auf Schadenersatz nach den deliktsrechtlichen Regeln der §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO für einen eventuell bei ihnen eintretenden Insolvenzverschleppungsschaden. Auch Entfallen für den Geschäftsleiter insoweit die strafrechtlichen Sanktionen für einen Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht, die in § 15a Absatz 4 und Absatz 5 InsO vorgesehen sind.

Nach § 2 Absatz 1 Nummer 1 COVInsAG gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang des Unternehmens erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters insbesondere im Sinne der §§ 64 Satz 2 GmbHG und § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG vereinbar. Durch diese Regelungen werden Haftungsrisiken der Geschäftsleiter deutlich gemindert, die anderenfalls dadurch bestehen würden, dass zwar die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt wird aber die sogenannten insolvenzrechtlichen Zahlungsverbote, die nur eng begrenzte Ausnahmen kennen, weiterhin ihre Geltung beanspruchen.

## **Kreditgewährung in der Krise signifikant modifiziert**

Das COVInsAG greift darüber hinaus für den Aussetzungszeitraum der Insolvenzantragspflicht nachhaltig in den Bestand der gesetzlichen Regeln und ihrer gerichtlichen Interpretation zur Kreditgewährung in der Krise ein.

Wird während des Aussetzungszeitraums der Insolvenzantragspflicht ein neuer Kredit gewährt und besichert (unabhängig davon ob Geld- oder Warenkredit), wird durch § 2 Absatz 1 Nummer 3 COVInsAG klargestellt, dass diese Kreditgewährung und die Bestellung von Sicherheiten nicht sittenwidrig sind, so dass Kreditgeber insoweit gegenüber der üblichen Rechtslage für Finanzierungen in der Krise ein Haftungsprivileg genießen. Darüber hinaus ordnet § 2 Absatz 1 Nummer 2 COVInsAG an, dass die bis zum 30. September 2023 erfolgende Rückzahlung solcher Kredite und die zu ihrer Absicherung während des Aussetzungszeitraums eingeräumten Sicherheiten als nicht gläubigerbenachteiligend gelten. Durch die Regelungen der § 2 Absatz 1 Nummer 3 und Nummer 2 COVInsAG sollen Risiken - insbesondere von Kreditinstituten - nach §§ 138, 826 BGB und aufgrund des Insolvenzanfechtungsrechts nach §§ 129 ff InsO ausgeschlossen werden. Vor allem Kreditinstitute sollen sich in der künftigen Insolvenz eines Unternehmens, die nach Erlöschen der Suspendierung der Insolvenzantragspflichten (spätestens nach dem 31. März 2021) eintreten kann, nicht dem Vorwurf ausgesetzt sehen, sie hätten dem Unternehmen in der Krise Kredit gewährt, ohne sich hinreichend davon zu überzeugen, dass das Unternehmen sanierungsfähig und sanierungswürdig ist. Dies könnte bedeuten, dass insbesondere Sanierungsgutachten nach dem Standard IDW S6 für neue Kredite für die Zeit bis zum 30. September 2020 entbehrlich werden. Hinsichtlich der Anforderungen an den neu gewährten Kredit differenziert das Gesetz zwischen dem Anfechtungs- und dem Haftungsprivileg: Während das Anfechtungsprivileg nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG nur für neue Kredite gilt, also z.B. nicht für Prolongationen, Novationen oder andere Formen des Hin- und Herzählens, können sich Finanzierer auch auf das Haftungsprivileg nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG berufen, wenn bspw. im Rahmen einer Prolongation oder auch Stundung kein neues Geld fließt. Für Kredite, die von der Kreditanstalt für Wiederaufbau und ihren Finanzierungspartnern oder von anderen Institutionen im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme anlässlich der Covid-19-Pandemie gewährt werden, gelten § 2 Absatz 1 Nummer 3 und Nummer 2 COVInsAG darüber hinaus auch dann, wenn der Kredit nach dem Ende des Aussetzungszeitraums gewährt oder besichert wird, und unbefristet für deren Rückgewähr (vgl. § 2 Absatz 3 COVInsAG); diese längere Laufzeit mag zusätzlichen Gestaltungsspielraum für neue Finanzierungsstrukturen eröffnen.

Neue Wege beschreitet der Gesetzgeber auch in § 2 Absatz 1 Nummer 2 COVInsAG im Hinblick auf die Finanzierung des Unternehmens durch Gesellschafterkredite im Aussetzungszeitraum, die von Gesetzes wegen durch § 39 Absatz 1 Nummer 5 InsO als nachrangig eingestuft werden und daher in einer Insolvenz des Unternehmens typischerweise vollständig ausfallen. Frisches Geld, das durch einen Gesellschafter im Aussetzungszeitraum zur Verfügung gestellt wird, soll gleichberechtigt am Insolvenzverfahren teilnehmen. Auch für Gesellschafterdarlehen reichen aber Prolongationen, Novationen oder andere Formen des Hin- und Herzählens nicht aus, um sich auf § 2 Absatz 1 Nummer 2 COVInsAG berufen zu dürfen. Einen Unterschied zur Finanzierung durch Bankkredite behält der Gesetzgeber aber bei: Werden dem Gesellschafter Sicherheiten bestellt, sollen diese weiterhin auf ihre Sittenwidrigkeit geprüft und nach § 135 Absatz 1 Nummer 1 InsO angefochten werden können.

Wäre ein Unternehmen trotz der Covid-19-Pandemie nicht insolvenzantragspflichtig und käme es für die Geschäftsleiter dieses Unternehmens mithin nicht darauf an, ob die Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG ausgesetzt ist, erstreckt der Entwurf die vorstehenden Privilegien für Kreditfinanzierungen durch § 2 Absatz 2 COVInsAG auch auf Finanzierungen für Unternehmen, die entweder keiner Antragspflicht unterliegen oder Unternehmen, die weder zahlungsunfähig noch überschuldet sind. Kreditinstitute und Gesellschafter müssen

sich damit nicht erst über die Insolvenzantragspflichtigkeit oder Insolvenzreife eines Unternehmens vergewissern, bevor sie sich auf die Privilegierungen der § 2 Absatz 1 Nummer 2 und Nummer 3 COVInsAG berufen können.

## **Weitere Erleichterungen im Insolvenzanfechtungsrecht**

Um den in der Krise befangenen Unternehmen auch im Übrigen die Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr zu erleichtern, werden die Möglichkeiten zur Insolvenzanfechtung wegen kongruenter sowie bestimmter inkongruenter Deckungshandlungen gemäß §§ 129 ff. InsO modifiziert.

Zahlt etwa das Unternehmen pünktlich seine Raten aufgrund einer Ratenzahlungsvereinbarung, sollen diese Zahlungen in einem späteren Insolvenzverfahren nicht durch Insolvenzanfechtung zurückgefordert werden können, es sei denn, der Gläubiger habe positiv gewusst, dass die Sanierungsbemühungen des an ihn zahlenden Unternehmens gescheitert sind (§ 2 Absatz 1 Nummer 4 Satz 1 COVInsAG). Gleiches soll gelten, wenn der Gläubiger Zahlungen oder Sicherungen (etwa von Dritten) erhält, die im Insolvenzanfechtungsrecht sonst als inkongruent eingestuft werden würden. Ohne § 2 Absatz 1 Nummer 4 Satz 2 COVInsAG könnten derartige Zahlungen anfechtbar sein und wäre damit die Teilnahme eines Unternehmens am allgemeinen Wirtschaftsverkehr in der Krise nachhaltig erschwert, da seine Vertragspartner geneigt sein könnten, die wirtschaftlichen Beziehungen zu diesem Unternehmen aufgrund von künftigen Insolvenzanfechtungsrisiken schnellstmöglich zu beenden.

Die Regelungen des § 2 Absatz 1 Nummer 4 COVInsAG gelten auch für Unternehmen, die keiner Antragspflicht unterliegen sowie für Schuldner, die weder zahlungsunfähig noch überschuldet sind.

## **Suspendierung von Gläubigerinsolvenzanträgen für drei Monate**

Das Recht der Gläubiger, unter bestimmten Voraussetzungen einen Insolvenzantrag über das Vermögen ihres Schuldners zu stellen, ist für drei Monate suspendiert, soweit nicht der Eröffnungsgrund bereits am 1. März 2020 vorlag. Die Drei-Monats-Frist des § 3 COVInsAG beginnt am Tag nach der Verkündung des COVInsAG im Bundesgesetzblatt. Das BMJV kann die Geltung auch dieser Regelung – unter bestimmten Voraussetzungen – bis zum 31. März 2021 verlängern.

## **Ausblick**

Mit Inkrafttreten des Corona-Insolvenz-Aussetzungsgesetzes werden wesentliche insolvenzrechtliche Erleichterungen zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie umgesetzt.

Neben der Diskussion darüber, ob die Insolvenzantragspflicht für ein Unternehmen im Einzelfall tatsächlich suspendiert ist, wird es aber eine zentrale Auslegungsfrage sein, welche Sorgfaltsanforderungen an Geschäftsleiter (etwa hinsichtlich Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang) trotz dieser Erleichterungen zu stellen sind. Aus Sicht finanzierungswilliger Kreditinstitute wird im Kern die Frage zu beantworten sein, unter welchen Voraussetzungen sie neuen Kredit gewähren, selbst wenn ein klassisches IDW S6-Sanierungsgutachten einstweilen (jedenfalls bis Ende September 2020) entbehrlich sein könnte.

Die Zeit der Stabilisierung ist dringend für die Entwicklung eines Sanierungskonzepts zu nutzen: Mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (bspw. weil die staatlichen Hilfen nicht (rechtzeitig) kommt) verschärft sich die Lage, da die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (und die damit einhergehenden Privilegierungen) endet, wenn keine Aussichten mehr bestehen, die eingetretene Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.

Perspektivisch wird die positive Fortbestehensprognose ab dem 01.10.2020 wieder gestellt werden müssen. Eine zumindest zeitweilige Aussetzung des Überschuldungstatbestands iSd. § 19 InsO, wie während der Finanzkrise 2008/2009, hat der Gesetzgeber (bisher) nicht umgesetzt.

# Unser Restrukturierungs- und Insolvenzrechtsteam



**Peter Hoegen**  
Partner – Frankfurt  
Bank- und Finanzrecht / Restrukturierung  
Tel +49 69 2648 5905  
peter.hoegen@allenoverly.com



**Dr. Sven Prüfer**  
Partner – Frankfurt  
Corporate / Restrukturierung  
Tel +49 69 2648 5381  
sven.pruefer@allenoverly.com



**Dr. Franz Bernhard Herding**  
Partner – Frankfurt  
Bank- und Finanzrecht / Restrukturierung  
Tel +49 69 2648 5712  
franz-bernhard.herding@allenoverly.com



**Dr. Walter Uebelhoer**  
Partner – München  
Bank- und Finanzrecht / Restrukturierung  
Tel +49 89 71043 3113  
walter.uebelhoer@allenoverly.com



**Dr. Christopher Kranz, LL.M.**  
Senior Associate – Frankfurt  
Restrukturierung / Insolvenzrecht  
Tel +49 69 2648 5744  
christopher.kranz@allenoverly.com



**Oliver Köhler**  
Associate – Frankfurt  
Restrukturierung / Insolvenzrecht  
Tel +49 69 2648 5968  
oliver.koehler@allenoverly.com



**Moritz Probst**  
Associate – Frankfurt  
Bank- und Finanzrecht / Restrukturierung  
Tel +49 69 2648 5522  
moritz.probst@allenoverly.com



**Wencke Rusbüldt**  
Associate – Frankfurt  
Corporate / Restrukturierung  
Tel +49 69 2648 5484  
wencke.rusbuedt@allenoverly.com



**Dr. Joerg Weber**  
Associate – München  
Bank- und Finanzrecht / Restrukturierung  
Tel +49 89 71043 3957  
joerg.weber@allenoverly.com

Allen & Overy LLP [www.allenoverly.de](http://www.allenoverly.de)

Unsere Büros in Deutschland: Düsseldorf: Dreischeibenhaus 1, 40211 Düsseldorf | Tel +49 211 2806 7000 | Fax +49 211 2806 7800, Frankfurt: Bockenheimer Landstr. 2, 60306 Frankfurt am Main | Tel +49 69 2648 5000 | Fax +49 69 2648 5800, Hamburg: Kehrwieder 12, 20457 Hamburg | Tel +49 40 82 221 20 | Fax +49 40 82 221 2200, München: Maximilianstraße 35, 80539 München | Tel +49 89 71043 3000 | Fax +49 89 71043 3800

"Allen & Overy" bezieht sich auf Allen & Overy LLP bzw. ihre verbundenen Unternehmen. Die Allen & Overy LLP ist eine in England und Wales unter der Nummer OC306763 eingetragene Limited Liability Partnership englischen Rechts. Die Allen & Overy (Holdings) Limited ist eine in England und Wales unter der Nummer 07462870 eingetragene Limited Company englischen Rechts. Die Allen & Overy LLP und die Allen & Overy (Holdings) Limited sind von der Solicitors Regulation Authority of England and Wales zugelassen und unterstehen deren Aufsicht.

Jeder Hinweis auf "Partner" bezieht sich auf die Gesellschafter der Allen & Overy LLP oder die Directors der Allen & Overy (Holdings) Limited bzw. deren jeweilige Mitarbeiter oder Berater, deren Status und Qualifikationen denen eines Gesellschafters oder Directors entsprechen. Eine Liste der Gesellschafter der Allen & Overy LLP und der übrigen als Partner bezeichneten Personen sowie eine Liste der Directors der Allen & Overy (Holdings) Limited können am jeweiligen Sitz der Gesellschaft, One Bishops Square, London E1 6AD, Vereinigtes Königreich, eingesehen werden.

Die Allen & Overy LLP oder ein Mitglied des Allen & Overy-Verbundes unterhalten Büros in: Abu Dhabi, Amsterdam, Antwerpen, Bangkok, Barcelona, Belfast, Bratislava, Brüssel, Budapest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hanoi, Ho-Chi-Minh-Stadt, Hongkong, Istanbul, Jakarta (assoziiertes Büro), Johannesburg, London, Luxemburg, Madrid, Mailand, Moskau, München, New York, Paris, Peking, Perth, Prag, Rangun, Rom, São Paulo, Schanghai, Seoul, Singapur, Sydney, Tokio, Warschau, Washington D.C.

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und die in ihr enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.