

Änderung des COVInsAG

Aussetzung des Insolvenzantragsgrundes der Überschuldung bis zum 31. Dezember 2020 und Folgen der Aussetzung

Nun liegt der Formulierungsvorschlag der Bundesregierung für Anpassungen des COVInsAG vom März 2020 vor. Während ab dem 1. Oktober 2020 die Insolvenzantragspflicht aufgrund Zahlungsunfähigkeit wieder in Kraft tritt, soll danach allein die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags wegen Überschuldung nach Maßgabe des COVInsAG vom 1. Oktober 2020 bis zum 31. Dezember 2020 ausgesetzt werden.

Sollte der Formulierungsvorschlag Gesetz werden, so gilt:

Ab 1. Oktober 2020 muss der Vorstand oder Geschäftsführer einer zahlungsunfähigen Gesellschaft ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der **Zahlungsunfähigkeit** einen Eröffnungsantrag stellen, um persönliche oder strafrechtliche Verantwortung zu vermeiden. Daraus kann sich bereits heute Handlungsbedarf ergeben. Zum einen sollte der **Insolvenzantrag** vorbereitet und ggf. gestellt werden, falls eine Zahlungsunfähigkeit besteht – ggf. spätestens am 1. Oktober 2020. Zum anderen – falls eine Zahlungsunfähigkeit nicht besteht – aber Anhaltspunkte für eine Zahlungsunfähigkeit iSd. § 17 InsO gesehen werden könnten, bspw. weil es bereits zu Zahlungsstockungen gekommen ist oder kommt, sollte jetzt ggf. eine **Liquiditätsbilanz** und fortlaufend eine 13-Wochen-**Liquiditätsvorschau** vorbereitet werden, um die **Zahlungsunfähigkeit nachweislich**

auszuschließen und Rechtsklarheit für die Antragsverpflichteten und andere Beteiligte zu schaffen.

Die Aussetzung der Antragspflicht der Überschuldung iSd. § 19 InsO bis zum 31. Dezember 2020 ist weiterhin daran geknüpft, dass die **Überschuldung auf der Covid-19-Pandemie beruht**. Dies wird – wie bisher – **widerleglich vermutet**, wenn das Unternehmen **zum 31. Dezember 2019 zahlungsfähig** war. Kann die Geschäftsleitung diesen Nachweis erbringen, kann sie sich demnach auf die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht berufen. An die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung sind „höchste Anforderungen“ zu stellen, um die Geschäftsleiter zu schützen.

Als Folge der befristeten Aussetzung der Überschuldung **entfällt noch für eine kurze Zeit das Erfordernis einer positiven Fortbestehensprognose**, also einer mittelfristigen Finanz- und Liquiditätsplanung, die zeigt, dass die fälligen Verbindlichkeiten im laufenden und kommenden Jahr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfüllt werden können. Da die Corona-Krise weiter mit erheblichen Planungsunsicherheiten einhergeht, hätte das Erfordernis einer positiven Fortbestehensprognose ab 1. Oktober 2020 zu einem Blick in die Glaskugel gezwungen und im Lichte der Haftungsrisiken eventuell zu einer verfrühten Insolvenzantragsstellung. (Überschuldete) Krisen-Unternehmen sollten die

Zeit bis zum Jahresende aber nutzen, „sich unter Inanspruchnahme staatlicher Hilfsangebote und im Rahmen außergerichtlicher Verhandlungen zu sanieren und zu finanzieren“ (so die Gesetzesbegründung).

Wichtig ist schließlich, dass – soweit der Antragsgrund der Überschuldung nach Maßgabe des COVInsAG ausgesetzt ist und keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt – die bereits bekannten Folgen der Aussetzung in Form von **Priviligierungen bestimmter Handlungen** weiterhin greifen. Diese Folgen sollen weiterhin auch gelten, wenn die Unternehmen keiner Antragspflicht unterliegen sowie weder zahlungsunfähig noch überschuldet sind (vgl. § 2 Abs. 4 iVm. § 2 Abs. 2 COVInsAG n.F.). Auch bleiben die Sonderregelung für Kredite, die von der KfW und ihren Finanzierungspartnern oder anderen Institutionen im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme gewährt werden, weiterhin in Kraft, also die Haftungs- und Anfechtungsprivilegierung für Neukredite über den Aussetzungszeitraum hinaus (vgl. § 2 Abs. 4 iVm. § 2 Abs. 3 COVInsAG n.F.).

Das **Zusammenspiel**, einerseits der **Rechtsprechung zu Krisenfinanzierungen**, die für den Ausschluss der Sittenwidrigkeit ein schlüssiges Sanierungskonzept voraussetzt, und andererseits der **Haftungs- und Anfechtungsprivilegierungen**, die für zahlungsunfähige Unternehmen zukünftig nicht mehr greifen, wirft Fragen auf. Insoweit ist empfehlenswert, neben dem Liquiditätsstatus, zukünftig auch nach Möglichkeit zumindest ein **Sanierungskonzept im Sinne eines „Fahrplans durch die Krise“** vorzubereiten.

Folgen der Aussetzung für nicht zahlungsunfähige Unternehmen bis zum 31. Dezember 2020 (§ 2 Abs. 4 COVInsAG n.F.):

Haftungsprivileg für Geschäftsleiter

Soweit der Antragsgrund der Überschuldung ausgesetzt ist und keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, greifen nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 COVInsAG die sogenannten insolvenzrechtlichen Zahlungsverbote nicht, da **Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang** als mit der

Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar gelten. Zudem ist eine Haftung aus Delikt (§§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO) für etwaige Insolvenzverschleppung oder eine strafrechtliche Verfolgung gem. § 15a Abs. 4 oder 5 StGB ausgeschlossen. Aber es empfiehlt sich eine **rollierende Liquiditätsprognose**.

Anfechtungs- und Haftungsprivileg für Neukredite

Wird während des Aussetzungszeitraums ein neuer Kredit gewährt und besichert (unabhängig davon ob Geld- oder Warenkredit), wird durch § 2 Abs. 1 Nr. 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 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG an, dass die während des Aussetzungszeitraums erfolgende Rückzahlung solcher Kredite und die zu ihrer Absicherung eingeräumten Sicherheiten als **nicht gläubigerbenachteiligend** gelten und damit der Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO entzogen sind.

Soweit die Aussetzung greift, sind weiterhin Sanierungsgutachten (IDW S6) für Finanzierungen während des Aussetzungszeitraums entbehrlich. Aber **Achtung, Abgrenzungsschwierigkeiten**: Da die Rechtsprechung zur Krisenfinanzierung im Vorfeld der materiellen Insolvenz ansetzt und für zahlungsunfähige Unternehmen die Privilegien nicht gelten, empfiehlt es sich, neben einer rollierenden **13-Wochen-Liquiditätsprognose** nach Möglichkeit auch ein schlüssiges **Sanierungskonzept, zumindest im Sinne eines „Fahrplans durch die Krise“** zur Vermeidung des Anscheins der Eigennützigkeit vorzubereiten. 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. Verhandlung und Umsetzung der neuen **Finanzierungsstrukturen**, insb.

Mischfinanzierungen mit „altem und neuen Geld“, bleiben aber aufgrund der begrenzten Privilegierung nur für neue Kredite **herausfordernd**.

Gesellschafterprivileg

Soweit die Aussetzung greift, setzt sich auch das durch das COVInsAG eingeführte **Privileg für Gesellschafterdarlehen** fort: diese (nicht aber insoweit bestellte Sicherheiten) gelten als nicht gläubigerbenachteiligend, sind also nicht gem. § 135 InsO anfechtbar, und gelten als nicht nachrangig, so dass frisches Geld, das durch einen Gesellschafter im Aussetzungszeitraum zur Verfügung gestellt wird, gleichberechtigt am Insolvenzverfahren teilnimmt (auch hier reichen Prolongationen, Novationen oder andere Formen des Hin- und Herzählens nicht aus).

Deckungsprivileg

Auch der Ausschluss der Insolvenzanfechtung wegen kongruenter sowie bestimmter inkongruenter Deckungshandlungen gemäß §§ 129 ff. InsO bleibt bei Aussetzung weiter erhalten. Zahlt etwa das Unternehmen pünktlich seine Raten aufgrund einer Ratenzahlungsvereinbarung, sollen gutgläubig geleistete Zahlungen in einem späteren Insolvenzverfahren nicht durch Insolvenzanfechtung zurückgefordert werden können (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 COVInsAG).

KURZ ZUSAMMENGEFASST

Zahlungsunfähige Unternehmen müssen ab 1. Oktober 2020 wieder ohne schuldhaftes Zögern und spätestens innerhalb von drei Wochen Insolvenzantrag stellen. Falls Zweifel bestehen, sollte jetzt ein Liquiditätsstatus und fortlaufend für Unternehmen in der finanziellen Krise eine rollierende 13-Wochen-Liquiditätsprognose vorbereitet werden, um Rechtsklarheit zu schaffen.

Für nicht-zahlungsunfähige Unternehmen, also überschuldete Unternehmen, aber auch Unternehmen, die weder überschuldet noch zahlungsunfähig sind (!), schafft der Gesetzgeber während der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung bis Ende 2020 noch einmal befristete Stabilität:

- Geschäftsleiter müssen zur Vermeidung der Antragsstellung wegen Überschuldung keine positive Fortbestehensprognose stellen und insolvenzrechtlichen Zahlungsverbote gelten für sie trotz eventueller Überschuldung nicht.
- Kreditgeber können Unternehmen neue Kredite gewähren und sich Sicherheiten bestellen lassen, ohne insoweit Haftungs- oder

Anfechtungsrisiken fürchten zu müssen.

Insbesondere ist weiterhin grundsätzlich kein Sanierungsgutachten erforderlich.

- Gesellschafter können Gesellschafterdarlehen gewähren, ohne insoweit Anfechtungs- oder Subordinationsrisiken fürchten zu müssen.

Aber aufgepasst: Neben den bekannten Herausforderungen für gemischte Finanzierungsstrukturen („neues/altes Geld“) im Lichte begrenzter Privilegierung empfiehlt sich neben einer fortlaufenden Liquiditätsprognose nach Möglichkeit zumindest ein Sanierungskonzept iS. „Fahrplans durch die Krise“, da im Vorfeld einer etwaigen Zahlungsunfähigkeit (= Krise) Abgrenzungsfragen bleiben.

Ab 1. Januar 2021 werden – Stand heute – eine positive Fortbestehensprognose zur Vermeidung der Überschuldung wichtig sowie die Anforderungen an Krisenfinanzierungen wieder voll greifen, d.h. Unternehmen sollten die Zeit nutzen, um bis dahin zumindest Grundlagen für ein schlüssiges Sanierungs- bzw. Refinanzierungskonzept zu erarbeiten.

Unser Restrukturierungs- und Insolvenzrechtsteam



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



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



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



Peter Hoegen
Senior Counsel – Frankfurt
Bank- und Finanzrecht / Restrukturierung
Tel +49 69 2648 5905
peter.hoegen@allenovery.com



Dr. Christopher Kranz, LL.M.
Counsel – Frankfurt
Bank- und Finanzrecht / Restrukturierung
Tel +49 69 2648 5744
christopher.kranz@allenovery.com



Oliver Köhler
Associate – Frankfurt
Bank- und Finanzrecht / Restrukturierung
Tel +49 69 2648 5968
oliver.koehler@allenovery.com



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



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



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

Allen & Overy LLP www.allenovery.de

Unsere Büros in Deutschland: Düsseldorf: Dreischeibenhof 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.

© Allen & Overy LLP 2020. | EUO1-#2001243114