

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **Förderung von Neukrediten durch Gesellschafter und Dritte nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3 COVInsAG**

BB-Tagung zum COVInsAG und zur  
EU-Restrukturierungsrichtlinie  
am 17. Juni 2020

## **Gliederung**

- A. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (§ 1 COVInsAG)
- B. Förderung von Neukrediten im Aussetzungszeitraum (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3 COVInsAG)
  - I. Hintergrund der Regelung
  - II. Ausschluss der Insolvenzanfechtung für neue Kredite (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1 COVInsAG)
  - III. Gesellschafterdarlehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 2 + 3 COVInsAG)
  - IV. Klarstellung zur fehlenden Sittenwidrigkeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG)
  - V. Ausdehnung auf nicht insolvente Unternehmen (§ 2 Abs. 2 COVInsAG)
- C. Fazit

## Wortlaut des § 1 COVInsAG – Aussetzung der Antragspflicht

<sup>1</sup>Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a der Insolvenzordnung und nach § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist bis zum 30. September 2020 ausgesetzt. <sup>2</sup>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. <sup>3</sup>War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig, wird vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. <sup>4</sup>Ist der Schuldner eine natürliche Person, so ist § 290 Absatz 1 Nummer 4 der Insolvenzordnung mit der Maßgabe anzuwenden, dass auf die Verzögerung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Zeitraum zwischen dem 1. März 2020 und dem 30. September 2020 keine Versagung der Restschuldbefreiung gestützt werden kann. <sup>5</sup>Die Sätze 2 und 3 gelten entsprechend.

## I. Entstehung des COVInsAG

- Vorbild: Sonderrecht aus Anlass mehrerer Naturkatastrophen (insbesondere Hochwasser)
- Aber: weitergehende Regel durch gesetzliche Vermutung(en)
  - Fassung des Gesetzes deutlich weitergehend als die Ankündigung des BMJV per Presseerklärung vom 16.3.2020 (*Bitter*, ZIP 2020, 685, 687 f.)
  - Kritik an dem ursprünglichen engen Konzept u.a. von *Bitter + Madaus*
    - ⇒ <https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2020/03/17>
    - ⇒ <https://stephanmadaus.de/2020/03/17>

## II. Drei-Stufen-Konzept des § 1 COVInsAG

- Grundsatz: Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (Satz 1)
- Ausnahmen (Satz 2):
  - ⇒ Insolvenzreife beruht nicht auf der COVID-19-Pandemie oder
  - ⇒ fehlende Aussichten zur Beseitigung vorhandener Zahlungsunfähigkeit
  - ⇒ Beweislast bei dem, der die Aussetzung der Antragspflicht bestreitet
    - Gläubiger von Ansprüchen aus Insolvenzverschleppungshaftung (§ 823 Abs. 2 BGB, § 15a InsO)
    - Insolvenzverwalter bei Ansprüchen aus § 64 Satz 1 GmbHG
- Erhöhung der Anforderungen an den Gegenbeweis (Satz 3)
  - ⇒ Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig

## Wortlaut des § 2 COVInsAG – Folgen der Aussetzung

(1) Soweit nach § 1 die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ausgesetzt ist,

...

2. gilt die bis zum 30. September 2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits sowie die im Aussetzungszeitraum erfolgte Bestellung von Sicherheiten zur Absicherung solcher Kredite als nicht gläubigerbenachteiligend; dies gilt auch für die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen und Zahlungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, nicht aber deren Besicherung; § 39 Absatz 1 Nummer 5 und § 44a der Insolvenzordnung finden insoweit in Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners, die bis zum 30. September 2023 beantragt wurden, keine Anwendung;

3. sind Kreditgewährungen und Besicherungen im Aussetzungszeitraum nicht als sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung anzusehen;

### I. Hintergrund der Regelung

#### 1. Forderungen aus der Sanierungspraxis

- Pressemitteilung von TMA Deutschland v. 13.3.2020: Erleichterung der Bereitstellung von Fremdkapital + Aufhebung des Nachrangs für Gesellschafterdarlehen

#### 2. Probleme des Sanierungsprivilegs in § 39 IV 2 InsO

- Anteilserwerb erforderlich; keine allgemeine Förderung von Sanierungsdarlehen durch Altgesellschafter
- Endpunkt des Privilegs („nachhaltige Sanierung“) unklar
- Sanierungszweck: Sanierungswille + objektive Sanierungsfähigkeit  
⇒ dokumentiertes, substanzhaltiges + überprüftes Sanierungskonzept

#### 3. Gefahr der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO

- Anforderungen der Rechtsprechung: Ernsthafter Sanierungsversuch auf der Basis eines in sich schlüssigen Konzepts
  - BGH v. 4.12.1997 – IX ZR 47/97, NJW 1998, 1561, 1563 f. = ZIP 1998, 248, 251 (juris-Rz. 28) m.w.N.
  - BGH v. 8.12.2011 – IX ZR 156/09, ZIP 2012, 137 = MDR 2012, 251 (Rz. 14)
  - Konkretisierung der Anforderungen in BGH v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 = ZIP 2016, 1235
- Parallele zum Sanierungsprivileg des § 39 IV 2 InsO  
Scholz/Bitter, GmbHG, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rz. 131

### 4. Gefahr einer drittschädigenden Kreditgewährung (§§ 138, 826 BGB)

- Täuschung Dritter über die Kreditwürdigkeit bei Mitwirkung (der Bank) an der Insolvenzverschleppung = Verlängerung des Todeskampfes
  - grundlegend BGH v. 9.7.1953 – IV ZR 242/52, BGHZ 10, 228
  - BGH v. 12.4.2016 – XI ZR 305/14, BGHZ 210, 30 = ZIP 2016, 1058 (Rz. 39)
    - ⇒ Begründung des COVInsAG (BT-Drucks. 19/18110, S. 24)
  - *Engert*, Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung, 2005, S. 49 ff., 146 ff., 157 ff.; *Vuia*, Die Verantwortlichkeit von Banken in der Krise von Unternehmen, 2005, S. 262 ff.; *Urlaub/Kamp*, ZIP 2014, 1465 ff. m.w.N.; nach dem COVInsAG *Morgen/Schinkel*, ZIP 2020, 660 ff. m.w.N. zu Überbrückungsdarlehen
- Parallele zu § 133 InsO / zum Sanierungsprivileg des § 39 IV 2 InsO

### II. Ausschluss der Insolvenzanfechtung für neue Kredite (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1 COVInsAG)

#### 1. Voraussetzungen

- Antragspflicht (§ 15a InsO) muss nach § 1 COVInsAG ausgesetzt sein
  - ❖ guter Glaube des Kreditgebers reicht nicht (*Brünkmans*, ZInsO 2020, 797, 804, streitig)
  - ❖ Erweiterung auf nicht insolvente Unternehmen nach § 2 Abs. 2 COVInsAG
    - ⇒ Folien 21 ff.
- Gewährung eines neuen Kredits im Aussetzungszeitraum bis 30.9.2020
  - ❖ Begriff der „Gewährung“ ⇒ Folie 16
- Sicherung eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits bis 30.9.2020 (nur bei Nichtgesellschafter, s.u. Folie 18)

### 2. Gewährung eines neuen Darlehens

#### a) Weite Auslegung des Kreditbegriffs

- jegliche Geld- und Warenkredite sind erfasst + andere Formen der Leistungserbringung auf Ziel
- auch Vorschüsse und Anzahlungen auf von der Gesellschaft zu erbringende Leistungen
- Frage: Mindestdauer der Kreditierung?
  - bei Warenkredit Orientierung an BGH v. 11.7.2019 – IX ZR 210/18, ZIP 2019, 1675 (drei Monate) m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2019, 617?
  - Mindestdauer (auch) bei Geldkredit, Vorschüssen + Anzahlungen?
  - m.E. keine Mindestdauer zu fordern; Förderung aller Sanierungsbeiträge; Kredit als Privilegierungstatbestand
  - a.A. für Gesellschafterdarlehen *Bormann/Backes*, GmbHR 2020, 513, 517

### 2. Gewährung eines neuen Darlehens

#### b) Die Neuheit des Kredits

- Es müssen effektiv neue Mittel zufließen: Novation, Prolongation, Umschuldung *auch unter Einschluss Dritter* genügen nicht.
- Der Kreditgeber muss „unterm Strich“ ein zusätzliches Insolvenzrisiko im Verhältnis zur Gesellschaft eingegangen sein (beim Nichtgesellschafter abgesehen von der Besicherung).
- Beispiel: Erweiterung eines Kontokorrentkredits
- Problemfall: Erstmalige Stundung einer Forderung aus einem Austauschgeschäft (vgl. *Bitter*, ZIP 2020, 685, 696)

### 3. Rechtsfolge

- unwiderlegliche Vermutung fehlender Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO bei Rückführung des Kredits bis zum 30.9.2023

### 4. Einschränkung der Rechtsfolge streitig

- Problem: Die weit greifende Rechtsfolge (Ausschluss jeglicher Insolvenzanfechtung) privilegiert auch Verhaltensweisen, die mit der Corona-Krise und den dadurch ausgelösten Unsicherheiten nichts zu tun haben.
- *Thole*, ZIP 2020, 650, 656: Zur Vermeidung von Missbräuchen sind die Einschränkungen des § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG hinsichtlich der erforderlichen Kongruenz (einschließlich der dortigen Erweiterungen) auf § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG zu übertragen.

- *Bitter*, ZIP 2020, 685, 691 ff.: teleologische Reduktion des § 2 Abs. 2 Nr. 2 COVInsAG in Anlehnung an § 2 Abs. 2 Nr. 3 COVInsAG
  - Telos der Sonderregel: Schaffung von Rechtssicherheit für Kreditgewährungen angesichts der *derzeit* unsicheren Lage
  - Gleichbehandlung der Kreditrückführung mit der Besicherung, die notwendig im Aussetzungszeitraum erfolgen muss
  - Gleichbehandlung der Kredite in Nr. 2 und Nr. 3; dort wird notwendig an die Kreditgewährung angeknüpft
- *Bornemann*, jurisPR-InsR 9/2020 Anm. 1 unter Ziff. III. 5. c) aa): Der Schutzzweck des COVInsAG erfordert keine Privilegierung von Rechtshandlungen, die aus Gründen als gläubigerbenachteiligend anzusehen sind, die mit den jetzt zu bewältigenden Unsicherheiten nichts zu tun haben.

- *Gehrlein*, DB 2020, 713, 721: Unanfechtbarkeit nach allen Tatbeständen
  - Fiktion fehlender Gläubigerbenachteiligung wie in § 28e SGB IV
  - keine einschränkende Auslegung
    - nicht nur Kredite im ordnungsgemäßen Geschäftsgang
    - Anfechtungsfreiheit nicht auf kongruente Erstattungen und Sicherungen beschränkt (Unterschied zu § 2 Nr. 4 COVInsAG)
    - Anfechtungsfreiheit auch bei einer nicht coronabedingten Insolvenz infolge Aussetzung der Antragspflicht bis 30.9.2020 muss Krise zunächst überwunden und später Insolvenz eingetreten sein
    - spätere Insolvenz wird unwiderlegbar mit Corona-Pandemie verknüpft

### III. Gesellschafterdarlehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 2 + 3 COVInsAG)

#### 1. Ausschluss der Anfechtbarkeit einer Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO

- Gleichstellung mit Drittkrediten in § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG
- „neuer“ Kredit bis 30.9.2020 gewährt und bis 30.9.2023 erstattet
- Problem: Begriff der „Gewährung“ des Darlehens ⇨ Darlehensvertrag (schuldrechtliches Geschäft) oder/und Auszahlung (Vollzug)?
  - Grundsatz: Auszahlung im Aussetzungszeitraum  
*Brünkmans*, ZInsO 2020, 797, 804, 806
  - Ausnahmen bei komplexen (Joint Venture-)Strukturen?  
*Bormann/Backes*, GmbHR 2020, 513, 516



### 2. Ausschluss auch der §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO

- Argumente:
  - Gesellschaftersicherheit für Drittdarlehen ist eine wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung
  - Privilegierung auch bei § 44a InsO (unten Ziff. 4.)
- Abschluss des Kredit-/Sicherungsvertrags und/oder Bestellung der Sicherheit durch den Gesellschafter und/oder Auszahlung der Gelder durch den Dritten im Aussetzungszeitraum erforderlich?
- Reicht bei einer Grundschuldsicherung die unwiderrufliche Beantragung der Eintragung?
  - dafür *Bormann/Backes*, GmbHR 2020, 513, 516

### 3. Keine Anwendung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (Nachrang) bei Gesellschafterdarlehen

- Kredit muss „neu“ und bis zum 30.9.2020 gegeben sein

### 4. Unanwendbarkeit des § 44a InsO bei Gesellschaftersicherheit für Drittdarlehen

- Folge: Darlehensgeber ist nicht auf die vorrangige Inanspruchnahme des Gesellschafters verwiesen, sondern kann die Forderung sofort voll anmelden

### 5. Besicherung eines Gesellschafterdarlehens bleibt anfechtbar (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO)

- Aber: Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO kann fehlen (*Mylich*, ZIP 2020, 1097 ff.)

### 6. Problem: Ausschluss auch aller nicht zum Gesellschafterdarlehensrecht gehörenden Anfechtungstatbestände bei der Rückführung von Gesellschafterdarlehen?

Beispiel: Rückführung im Aussetzungszeitraum trotz eines sog. qualifizierten Rangrücktritts i.S.v. BGHZ 204, 231?

- dazu allgemein Scholz/*Bitter*, GmbHG, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rz. 92 ff.
- speziell zum COVInsAG *Mock*, NZI 2020, 405 (m.E. nur partiell überzeugend)

Frage: Ausschluss auch der Anfechtung nach § 134 InsO?

- allgemeines Problem der Reichweite des § 2 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1 COVInsAG (= gesetzlicher Ausschluss der Gläubigerbenachteiligung)  
⇒ Folien 13 ff.
- Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB bleibt jedenfalls erhalten, aber nur vorbehaltlich des § 814 BGB

### IV. Klarstellung zur fehlenden Sittenwidrigkeit

#### (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG)

- Die Gefahr einer Haftung *des Kreditgebers* aus § 826 BGB wegen drittschädigender Kreditgewährung soll reduziert werden
  - a.A. *Römermann*, NJW 2020, 1108, 1111: Die Norm betreffe die Haftung der *Geschäftsführer* wegen Insolvenzverschleppung
- Klarstellung, dass die Kreditgewährung in der aktuell unsicheren Lage (= unklare Zukunftsaussichten der Unternehmen) kein Beitrag (des Kreditgebers) zur sittenwidrigen Insolvenzverschleppung ist
  - Sittenwidrigkeit aus anderen Gründen bleibt unberührt
- Dauer der Kreditgewährung hier unerheblich = Geltung auch für langfristige Kredite, die über den 30.9.2023 hinausreichen

### V. Ausdehnung auf nicht insolvente Unternehmen (§ 2 Abs. 2 COVInsAG)

Wortlaut: „Absatz 1 Nummer 2, 3 und 4 gilt auch für Unternehmen, die keiner Antragspflicht unterliegen, sowie für Schuldner, die weder zahlungsunfähig noch überschuldet sind.“

Begründung: „**Die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie treffen Unternehmen ... unabhängig von ihrer Rechtsform.** Auch nicht antragspflichtige Unternehmen ... sollen unter den vorgesehenen Erleichterungen weitere Finanzierungen erhalten können ... Zudem wird es aber auch eine **Vielzahl von Schuldnern** geben, **die durch die COVID-19-Pandemie in ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, ohne bereits insolvent zu sein.** Damit diesen Schuldnern bereits vor der Insolvenzreife weitere Finanzierungen zur Verfügung gestellt werden, ihre Vertragspartner weiter mit ihnen kontrahieren und Unsicherheiten vermieden werden, gelten für diese ebenfalls die an die Aussetzung anknüpfenden Regelungen des Absatzes 1 Nummer 2, 3 und 4.“

- Frage: Einschränkung der durch § 2 Abs. 2 COVInsAG gewährten Privilegien auf Unternehmen, die von der Pandemie betroffen sind und/oder sich zumindest in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinden?
- Antwort: Die Begründung des Gesetzes beschreibt m.E. zwar das Motiv des Gesetzgebers, führt aber nicht zu einer Einschränkung des Tatbestandes (über eine teleologische Reduktion)
  - Folge: Geltung der Privilegien auch bei eindeutig nicht insolventen Unternehmen sowie bei Neugründungen  
*ebenso Bormann/Backes, GmbHR 2020, 513, 514; Brünkmans, ZInsO 2020, 797, 806; ähnlich Lütcke/Holzmann/Swierczok, BB 2020, 898, 902*
  - Argumente: b.w.

- Argumente:
  - Die Betroffenheit von der Pandemie lässt sich angesichts ihrer globalen Auswirkungen ohnehin nicht rechtssicher feststellen.
  - Eine zukünftige pandemiebedingte Insolvenzgefahr lässt sich für kein Unternehmen gänzlich ausschließen.
  - Die Kreditgewährung in der derzeitigen Corona-Krise soll allgemein gefördert werden.
  - Keine Wiederbelebung des Krisenmerkmals aus dem Eigenkapitalersatzrecht.

- I. Für Kredite von Nichtgesellschaftern enthält das COVInsAG lediglich die Klarstellung, dass die Kreditgewährung in der derzeitigen Situation der Unsicherheit über die Zukunftsaussichten eines Unternehmens weder gläubigerbenachteiligend noch sittenwidrig ist. Ein aus anderen Gründen sittenwidriges/fraudulöses Verhalten soll nicht privilegiert werden.
- II. Für Gesellschafterdarlehen enthält das COVInsAG eine maßvolle Ergänzung des Sanierungsprivilegs aus § 39 IV 2 InsO: Auch (unbesicherte) Darlehen von Altgesellschaftern werden von den Rechtsfolgen des Gesellschafterdarlehensrechts ausgenommen; zudem wird der Endpunkt des Privilegs auf den 30.9.2023 fixiert.
- III. Die Privilegien gelten auch für im Aussetzungszeitraum gewährte neue Kredite an nicht insolvente bzw. neu gegründete Unternehmen.

- *Bitter*, Corona und die Folgen nach dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG), ZIP 2020, 685
- *Bormann/Backes*, Gesellschafterdarlehen in Zeiten von COVID-19, GmbHR 2020, 513
- *Bornemann*, Insolvenzzrechtliche Aspekte des Maßnahmenpakets zur Stabilisierung der Wirtschaft, jurisPR-InsR 9/2020 Anm. 1
- *Born*, Auswirkungen des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes auf die Organhaftung im Zusammenhang mit der materiellen Insolvenz, NZG 2020, 521
- *Brünkmans*, Anforderungen an eine Sanierung nach dem COVInsAG ZInsO 2020, 797
- *Gehrlein*, Rechtliche Stabilisierung von Unternehmen durch Anpassung insolvenzrechtlicher Vorschriften in Zeiten der Corona-Pandemie, DB 2020, 713
- *Hölzle/Schulenberg*, Das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG – Kommentar, ZIP 2020, 633
- *Lütcke/Holzmann/Swierczok*, Das COVID-19-Insolvenz-Aussetzungsgesetz (COVInsAG), BB 2020, 898

- *Mock*, Gesellschafterdarlehen in Zeiten von Corona, NZG 2020, 505
- *Mock*, Schrankenlose Rückgewähr von Corona-Gesellschafterdarlehen bei Insolvenzreife?, NZI 2020, 405
- *Morgen/Schinkel*, Überbrückungskredite in Zeiten der COVID-19-Pandemie, ZIP 2020, 660
- *Mylich*, Gläubigerbenachteiligung, Bargeschäftsprivileg und § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG bei Bestellung, Austausch und Verwertung von Kreditsicherheiten, ZIP 2020, 1097
- *Römermann*, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVInsAG und ihre Folgen, NJW 2020, 1108
- *Thole*, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz und ihre weiteren Folgen, ZIP 2020, 650

© 2020  
Prof. Dr. Georg Bitter  
Universität Mannheim  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht  
Schloss, Westflügel W 241/242  
68131 Mannheim  
[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)



Zentrum für Insolvenz und Sanierung  
an der Universität Mannheim e.V.  
[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)