

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

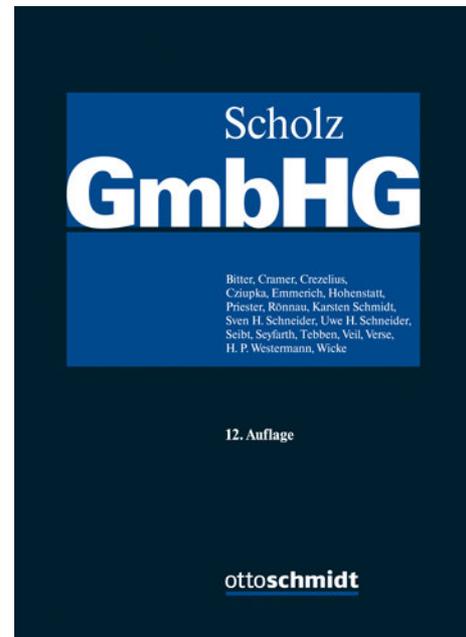
Suspendierung der Insolvenzantragspflicht und Folgen für die Finanzierung von Unternehmen

Fachtagung „Aktuelle Rechtsfragen im Kreditgeschäft 2020 –
Fokus Sanierung“, Sparkassenakademie Baden-Württemberg
20. Oktober 2020

Gliederung

- A. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (§ 1 COVInsAG)
- B. Förderung von Neukrediten im Aussetzungszeitraum
(§ 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3 COVInsAG)
- C. Fazit

Auf den nachfolgenden Folien wird Bezug genommen auf die Kommentierung von *Bitter* im Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 GmbHG (Insolvenzgründe und Insolvenzverfahren), § 64 und Anhang zu § 64 GmbHG (Gesellschafterdarlehen). Diese Kommentierung ist überwiegend bereits online verfügbar (über den Verlag Dr. Otto Schmidt, aber auch über juris oder owlit). Die Kommentierung des § 64 GmbHG folgt in Kürze. Die Printversion erscheint im November 2020.



A. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (§ 1 COVInsAG)

I. Rechtliche Grundlagen

1. Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleiter (§ 15a InsO)

- Voraussetzung: Eintritt der Insolvenzreife infolge Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO)

2. Verbot der Insolvenzverschleppung ab Insolvenzreife

- maßgeblich ist der objektive Eintritt der Insolvenzreife (streitig); die fehlende Erkennbarkeit ist nur eine Frage des gesondert zu prüfenden Verschuldens
- Antrag unverzüglich, spätestens innerhalb von 3 Wochen
 - ❖ geplante Verlängerung auf 6 Wochen für § 19 InsO (SanInsFoG)
- keine Fristverlängerung selbst unter außergewöhnlichen Umständen wie der Corona-Krise

Wortlaut des § 1 [Abs. 1] COVInsAG – Aussetzung der Antragspflicht

¹Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a der Insolvenzordnung und nach § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist bis zum 30. September 2020 ausgesetzt. ²Dies 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. ³War 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. ⁴Ist 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. ⁵Die Sätze 2 und 3 gelten entsprechend.

Änderung des § 1 COVInsAG durch Gesetz v. 25.9.2020 (BGBl. I 2020, 2016)

- Der bisherige § 1 wird Absatz 1
- Einfügung eines neuen Absatzes 2:

(2) Vom 1. Oktober 2020 bis zum 31. Dezember 2020 ist allein die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags wegen Überschuldung nach Maßgabe des Absatzes 1 ausgesetzt.

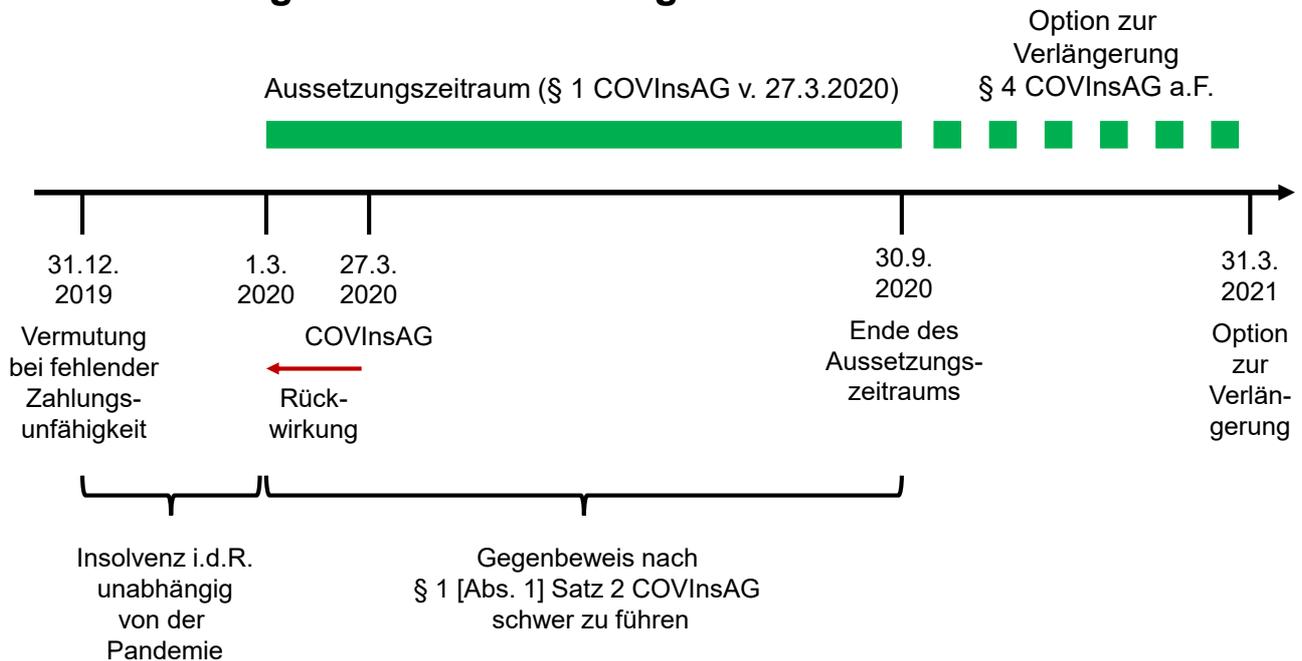
II. Entstehung des COVInsAG

- 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>
- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, § 64 Rn. 492 f. = *Bitter*, GmbHR 2020, 797 (Rn. 10 f.)

III. 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
- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, § 64 Rn. 489 ff. = *Bitter*, GmbHR 2020, 797, Rn. 7 ff.

IV. Bedeutung der Überschuldung



IV. Bedeutung der Überschuldung

- Problem: Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit Ende 2019
 - ⇒ Frage: Greift die Vermutung des Satzes 3 ein, dass die Insolvenzreife auf der Pandemie beruht?
- *Römermann*, NJW 2020, 1108, 1109: Überschuldung schlicht irrelevant / Distanzierung des Gesetzgebers von diesem Eröffnungsgrund
- *Bitter*, ZIP 2020, 685, 688 f.: Gegenbeweis des Satzes 2 ist geführt, wenn die Insolvenzreife (auch eine Überschuldung) Ende 2019 bestand, i.d.R. auch bei einer Insolvenzreife im Januar/Februar 2020
 - ⇒ Ausnahme: Auswirkungen der in Asien bereits früher beginnenden Pandemie auf ein deutsches Unternehmen bereits im Januar/Februar 2020
- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, § 64 Rn. 494 ff. = *Bitter*, GmbHR 2020, 797, Rn. 12 ff.

V. Aussichten zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

- = es mussten konkrete Aussichten bestehen, die zeitlich fixierbar sind
- Begriff der Aussichten erfordert im Grundsatz konkrete Tatsachen:
öffentliche Unterstützung, Aufhebung betriebsbehindernder Anordnungen, erfolgversprechende Produktionsumstellung
- aber auch hier Beachtung von Satz 3: weitgehende Vermutung
⇒ „höchste Anforderungen“ an den Gegenbeweis nach Satz 2
- zeitliche Dimension streitig: b.w.
- ❖ Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, § 64 Rn. 498 ff. = Bitter, GmbHR 2020, 797, Rn. 16 ff.

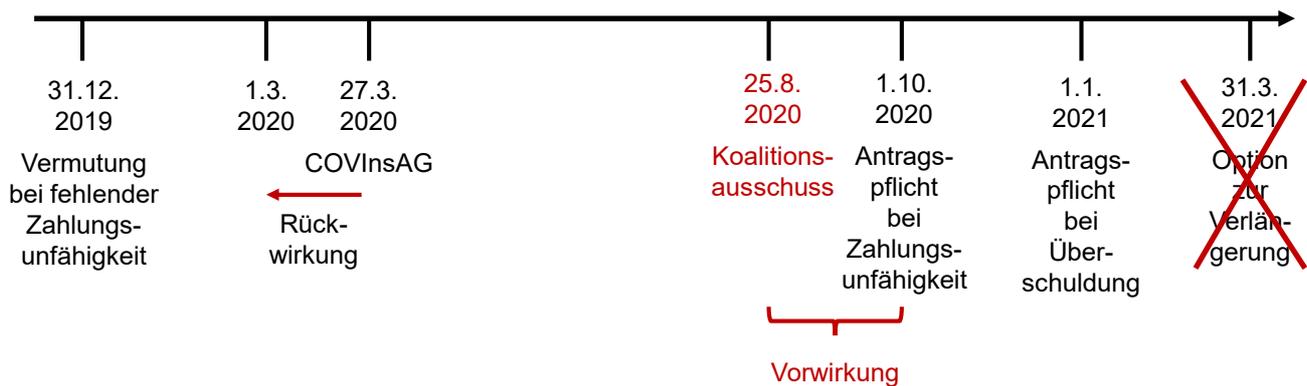
V. Aussichten zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

- zeitliche Dimension früher streitig: Behebung der Zahlungsunfähigkeit
 - ⇒ in Anlehnung an § 3 COVInsAG binnen drei Monaten (*Gehrlein*) oder
 - ⇒ bis zum Ende des Aussetzungszeitraums am 30.9.2020 bzw. bei Verlängerung bis 31.3.2021 (u.a. *Thole, Römermann, Bitter*)
- spätere Fixierung der Aussichten auf den 30.9.2020
 - ⇒ Beschlüsse des Koalitionsausschusses vom 25.8.2020
 - ⇒ <https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2020/08/28>
 - ⇒ Publikation einer „Formulierungshilfe der Bundesregierung“ durch das BMJV am 2.9.2020 ⇒ Gesetzentwurf v. 8.9.2020 (BT-Drucks. 19/22178)
 - ⇒ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz v. 16.9.2020 (BT-Drucks. 19/22593)

V. Aussichten zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

Aussetzung der Antragspflicht wegen Überschuldung

Aussetzung der Antragspflicht wegen Zahlungsunfähigkeit



VI. Zusätzliche Drei-Wochen-Frist ab 1.10.2020?

- Frage: Muss mit dem erneuten Inkrafttreten der Insolvenzantragspflicht wegen Zahlungsunfähigkeit zum 1.10.2020 der Antrag sofort gestellt werden oder beginnt am 1.10.2020 eine zusätzliche Drei-Wochen-Frist nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO?
 - ⇒ oft Antragspflicht vor dem 1.10.2020 wegen Umstellung der Aussichten zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit auf den 30.9.2020 ⇒ Folie 12
 - ⇒ i.Ü. streitig, ob die Drei-Wochen-Frist des § 15a InsO zur Drei-Wochen-Frist i.S.v BGHZ 163, 134 hinzukommt oder sie mit dieser identisch ist (Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 25)
 - ⇒ Zahlungsunfähigkeit i.S.v. BGHZ 163, 134 sollte sicherheitshalber auf den 1.10.2020 geprüft werden
 - ⇒ <https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2020/08/28>

VII. Unberührte Regelungen

- Verbot des Eingehungsbetrugs (§ 263 StGB)
 - ⇒ Fortführung unter Verschweigen der eigenen Insolvenzreife nicht erlaubt
- Bankrottatbestände (§§ 283 ff. StGB)
- Untreue (§ 266 StGB), insbes. bei Auszahlungen trotz Unterbilanz
- Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB)
- Nichtabführen von Steuern (§§ 34, 69 AO)
- Anzeige eines Verlustes des hälftigen Stammkapitals (§ 49 III GmbHG)
- Fazit: COVInsAG ist kein Freibrief für gläubigerschädigendes Handeln

- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, § 64 Rn. 485 f. = *Bitter*, GmbHR 2020, 797, Rn. 3 f.

- 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 Teilsatz 1 COVInsAG)
 - III. Gesellschafterdarlehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Teilsatz 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 § 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

- Anteilswerb 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-Rn. 28) m.w.N.
 - BGH v. 8.12.2011 – IX ZR 156/09, ZIP 2012, 137 = MDR 2012, 251 (Rn. 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, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 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 (Rn. 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
- ❖ Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 545 ff. = Bitter, GmbHR 2020, 861, Rn. 6 ff.

II. Ausschluss der Insolvenzanfechtung für neue Kredite (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Teilsatz 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 40 ff.
- Gewährung eines neuen Kredits im Aussetzungszeitraum
 - ❖ Begriffe: „Kredit“ – „neu“ – „Gewährung“ ⇒ Folien 22 ff.
- Sicherung eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits (nicht bei Gesellschafter ⇒ Folien 30 f.)

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 (str.); Förderung aller Sanierungsbeiträge; Kredit als Privilegierungstatbestand
- ❖ *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 558 = *Bitter*, GmbHR 2020, 861, Rn. 19

2. Gewährung eines neuen Darlehens

b) Gewährung des Kredits im Aussetzungszeitraum

- Grundsatz: Auszahlung im Aussetzungszeitraum
Brünkmans, ZInsO 2020, 797, 804, 806
- Ausnahmen bei komplexen (Joint Venture-)Strukturen?
dafür *Bormann/Backes, GmbHR 2020, 513, 516*; m.E. zweifelhaft
- bei vor dem Aussetzungszeitraum geschlossenem Darlehensvertrag
Privilegierung bei Verzicht des Kreditgebers auf ein Kündigungsrecht
- „Bestellung einer Sicherheit“ = dinglicher Vollzug erforderlich
 - bei Grundpfandrecht: Rechtsgedanke der §§ 878, 892 II BGB
- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 559 ff. = *Bitter*, GmbHR 2020, 861, Rn. 20 ff.

2. Gewährung eines neuen Darlehens

c) Die Neuheit des Kredits

- Es müssen effektiv neue Mittel zufließen: Novation, Prolongation, Umschuldung *auch unter Einschluss Dritter* genügen nicht (str.).
 - Aber: Privilegierung der Prolongation privilegierter Kredite
- 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)
- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 566 ff. = *Bitter*, GmbHR 2020, 861, Rn. 27 ff.

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

5. Übertragung des Gesellschaftsanteils oder der Forderung

- Anfechtungsprivileg des § 2 I Nr. 2 COVInsAG gilt bei Abtretung fort
 - gilt auch für eine privilegierte Besicherung beim Übergang zwischen zwei Nichtgesellschaftern
- grundsätzliche „Mitnahme“ des Privilegs bei einer Abtretung an Gesellschafter oder beim Beteiligungserwerb eines Drittkreditgebers
 - Ausdehnung auf die Anfechtung nach § 135 I Nr. 2 InsO
 - Ausschluss auch der §§ 39 I Nr. 5, 44a InsO
 - Problemfall: Erwerb besicherter Darlehen durch Gesellschafter ⇨ Folie 31
- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 573 ff. = *Bitter*, GmbHR 2020, 861, Rn. 34 ff.

III. Gesellschafterdarlehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Ts. 2 + 3 COVInsAG)**1. Ausschluss der Anfechtbarkeit einer Rückgewähr von
Gesellschafterdarlehen (auch) nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO**

- Gleichstellung mit Drittkrediten in § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG
- Kredit muss „neu“ und bis zum 30.9.2020 (bzw. – bei fehlender Zahlungsunfähigkeit – bis zum 31.12.2020) gewährt und bis 30.9.2023 erstattet sein
- Begriffe: „Kredit“ – „neu“ – „Gewährung“ ⇨ Folien 22 ff.

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

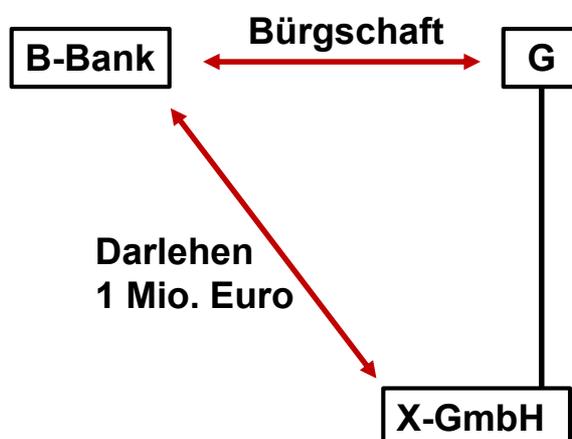
- Kredit muss „neu“ und bis zum 30.9.2020 (bzw. – bei fehlender Zahlungsunfähigkeit – bis zum 31.12.2020) gewährt sein

**3. Besicherung eines Gesellschafterdarlehens bleibt anfechtbar
(§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO)**

- Streitfrage zur Anfechtbarkeit anfänglicher Sicherheiten irrelevant
 - keine Bestätigung der BGH-Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit anfänglicher Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen
- Aber: Unanfechtbarkeit nach allgemeinen Regeln bleibt erhalten
 - Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO kann fehlen, wenn die Sicherheit nicht aus dem Vermögen der Gesellschaft stammt
 - ❖ *Mylich*, ZIP 2020, 1097 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 184a, 589; *Bitter*, GmbHR 2020, 861, 871, Rn. 50
 - ❖ Unanfechtbarkeit ggf. auch bei nachträglichem Austausch der Sicherheit

- Problem: Anteilserwerb/Abtretung bei besicherten Forderungen
 - Allgemeine Frage der Anfechtbarkeit gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO beim späteren Erwerb des Anteils und/oder der Forderung
 - Gesellschafter geht im Umfang der Sicherheit kein Insolvenzrisiko ein
 - Fehlende Gläubigerbenachteiligung i.S.v § 129 InsO durch den sich außerhalb der Gesellschaftersphäre vollziehenden Erwerb
 - Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 185 ff.
 - Spezielle Frage nach dem Sinn und Zweck der Ausnahme vom Privileg des § 2 Abs. 1 Nr. 2 Teilsatz 2 COVInsAG
 - Reservierung des Gesellschaftsvermögens für Kreditbesicherung Dritter?
 - Erhöhung des „Preises“ für die Privilegierung von Gesellschaftern?
- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 587 ff. = *Bitter*, GmbHR 2020, 861, Rn. 48 ff.

4. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen



4. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen

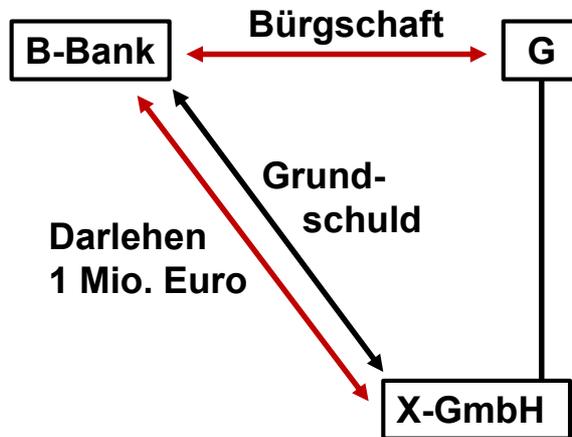
a) Suspendierung des § 44a InsO

- Folge: Darlehensgeber ist nicht auf die vorrangige Inanspruchnahme des Gesellschafters verwiesen, sondern kann die Forderung sofort voll anmelden
- Das Ausfallprinzip (§ 52 InsO) gilt bei § 44a InsO schon nach allgemeinen Regeln nicht (str.).
- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 594 ff. = *Bitter*, GmbHR 2020, 861, Rn. 55 ff.

b) Keine Anfechtung nach §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO

- Argumente:
 - Gesellschaftersicherheit für Drittdarlehen ist eine wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlung
 - Privilegierung auch bei § 44a InsO (zuvor unter a)
- 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
- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 564 f., 597 = *Bitter*, GmbHR 2020, 861, Rn. 25 f., 58

c) Problemfall Doppelbesicherung



c) Problemfall Doppelbesicherung

- Allgemeiner Streit im Gesellschafterdarlehensrecht:
 - BGH: Anfechtung gemäß/analog §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO bei Befriedigung des Drittkreditgebers aus der Sicherheit der Gesellschaft
 - a.A.: keine Anfechtung, soweit die Gesellschaftssicherheit von Anfang an und durchgängig parallel zur Gesellschaftersicherheit bestand (Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 42, 395 ff.)
- Problem im COVInsAG: keine Begründung für die Ausnahme vom Privileg des § 2 Abs. 1 Nr. 2 Teilsatz 2 COVInsAG bei Besicherungen
 - Reservierung des Gesellschaftsvermögens für Kreditbesicherung Dritter?
 - ⇒ Privileg (+), da ein Drittkredit besichert wurde (*Bornemann*)
 - Erhöhung des „Preises“ für die Privilegierung von Gesellschaftern?
 - ⇒ Privileg (–), wenn Drittkreditgeber aus der Sicherheit befriedigt wurde

c) Problemfall Doppelbesicherung

- jedenfalls keine Privilegierung nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 Teilsatz 2 COVInsAG bei Verwertung der Gesellschaftssicherheit nach dem 30.9.2023
 - ggf. fortbestehende Privilegierung des Drittkreditgebers ändert nichts am Auslaufen des Privilegs gegenüber dem Gesellschafter
- insgesamt andere Lösung (auch nach der BGH-Rechtsprechung) bei fehlender Gläubigerbenachteiligung der Sicherheitenbestellung
 - Unanfechtbarkeit folgt dann schon aus § 129 InsO
 - Parallele zu Folie 30 (Besicherung eines direkten Gesellschafterdarlehens)
- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 598 ff. = *Bitter*, GmbHR 2020, 861, Rn. 59 ff.

5. 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 Rn. 92 ff.
- speziell zum COVInsAG *Mock*, NZI 2020, 405 (m.E. nur partiell überzeugend); *Bitter*, GmbHR 2020, 861, 869 f., Rn. 43–46

Frage: Ausschluss auch der Anfechtung nach § 134 InsO?

- allgemeines Problem der Reichweite des § 2 Abs. 1 Nr. 2 Ts. 1 COVInsAG (= gesetzlicher Ausschluss der Gläubigerbenachteiligung) ⇒ Folien 25 ff.
- Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB bleibt jedenfalls erhalten, aber nur vorbehaltlich des § 814 BGB
- **Anspruch aus Vertrag?** (vgl. *Bitter*, GmbHR 2020, 861, 870, Rn. 46)

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
- 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
- ❖ Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 602 ff. = Bitter, GmbHR 2020, 861, Rn. 63 ff.

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.
- Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 552 ff. = Bitter, GmbHR 2020, 861, Rn. 13 ff.

- I. Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht in § 1 COVInsAG ist kein Freibrief für gläubigerschädigendes Handeln. Insbesondere die Strafbarkeit und Haftung wegen Eingehungsbetrugs bleibt unberührt.
- II. Bei einer vor dem 1.3.2020 eingetretenen Insolvenzreife (Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit) ist die Insolvenz regelmäßig von der Pandemie unabhängig. Eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG kommt dann nicht in Betracht.
- III. Die Anforderungen an den vom Anspruchsteller zu führenden Gegenbeweis nach § 1 [Abs. 1] Satz 2 COVInsAG sind deutlich erhöht, wenn der Geschäftsführer nachweist, dass das Unternehmen Ende 2019 noch nicht zahlungsunfähig war (Satz 3). Bei einer erst nach dem 1.3.2020 eingetretenen Insolvenzreife dürfte der Gegenbeweis selten zu führen sein.

- IV. Ab Ende August beschränkten sich die Aussichten zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit auf den Zeitraum bis zum 30.9.2020. Die Antragspflicht konnte daher schon vor dem 1.10.2020 erneut eingreifen.
- V. 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.

- VI. Für Gesellschafterdarlehen enthält das COVInsAG eine maßvolle Ergänzung des Sanierungsprivilegs aus § 39 Abs. 4 Satz 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.
- VII. 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
- *Bitter*, Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und Einschränkung der Organhaftung – Eine Zwischenbilanz nach vier Monaten COVInsAG, GmbHR 2020, 797 = Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, § 64 Rn. 483 ff.
- *Bitter*, Förderung von Neukrediten durch Gesellschafter und Dritte in § 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3 COVInsAG – Eine Zwischenbilanz, GmbHR 2020, 861 = Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 540 ff.
- *Bitter*, Weitere Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG, aber nur für die Überschuldung – Ein politischer Kompromiss mit enormen Fallstricken, GmbHR 2020, R292 (Blickpunkt-Beitrag)
- *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
- *Servatius*, Gesellschafterdarlehen in Zeiten von COVID-19, Der Konzern 2020, 281
- *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



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V.
www.zis.uni-mannheim.de