

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **Insolvenzgründe**

### **– Aktuelle Entwicklungen –**

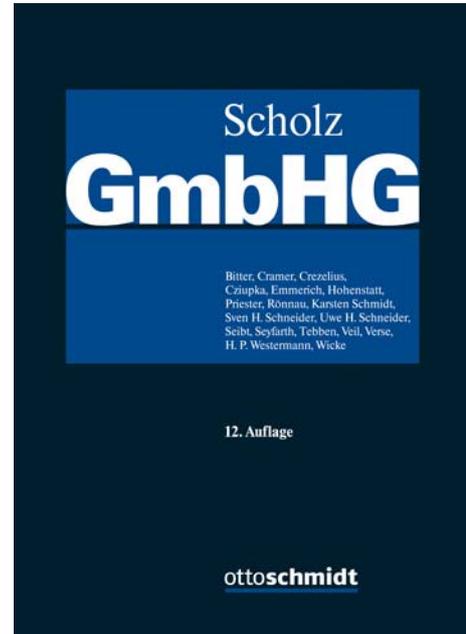
FORUM-Online-Seminar  
„Gesellschaftsinsolvenzrecht“  
am 28./29. September 2020

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

## **Gliederung**

- I. Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)
  - streitige Forderungen
  - Indizwirkung der Zahlungseinstellung für die Zahlungsunfähigkeit
- II. Überschuldung (§ 19 InsO)
  - Gegenstand der Fortführungsprognose: Zahlungsfähigkeit versus Ertragsfähigkeit durch Unternehmensfortführung
  - streitige Forderungen in der Überschuldungsbilanz
  - Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung
    - Anforderungen seit BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638
    - Wirksamkeit (insbes. bei Vereinbarung in AGB)
    - Problem: Fortfall der Anfechtung nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG
- III. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch § 1 COVInsAG

Auf den nachfolgenden Folien wird Bezug genommen auf die Kommentierung von *Bitter* im Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 GmbHG (Insolvenzgründe) und Anhang zu § 64 GmbHG (Gesellschafterdarlehen). Diese Kommentierung ist bereits für alle digitalen Abonnenten online verfügbar (über den Verlag Dr. Otto Schmidt, aber auch über die Datenbanken juris und Owlit). Die Printausgabe geht noch im September 2020 in den Druck und erscheint im November 2020.



## 1. Grundlagen

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 578 f.
- ⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 6 ff.

Wortlaut des § 17 II 1 InsO: „Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.“

- BGHZ 163, 134: Abgrenzung zur Zahlungsstockung
  - ⇒ Schwellenwert der Liquiditätslücke: 10 % (Vermutung)
  - ⇒ Drei-Wochen-Frist zur Wiederherstellung der Liquidität
    - Beginn der Frist mit (erstmaliger) Unterdeckung (Details str.)

## 1. Grundlagen

### BGHZ 163, 134 – Leitsätze

1. Eine bloße Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.
2. Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10% seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, daß die Lücke demnächst mehr als 10% erreichen wird.
3. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10% oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.

## 2. Frage: Berücksichtigung auch der zukünftig fällig werdenden Verbindlichkeiten (sog. „Passiva II“)?

### ❖ BGH ZIP 2006, 2222 (Rn. 28)

„Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO kann eine Liquiditätsbilanz aufzustellen sein. Dabei sind die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten.“

## Liquiditätsplan zum 01.06.2019

Aktiva	Passiva
Aktiva I = vorhandene Zahlungsmittel	Passiva I = fällige Verbindlichkeiten
90.000 Euro	100.000 Euro
Aktiva II = zukünftige Zahlungszuflüsse	Passiva II = zukünftig fällig werdende Verbindlichkeiten
02.06.2019: 5.000 Euro	02.06.2019: 20.000 Euro
08.06.2019: 10.000 Euro	07.06.2019: 5.000 Euro
13.06.2019: 5.000 Euro	14.06.2019: 3.000 Euro
21.06.2019: 10.000 Euro	20.06.2019: 2.000 Euro
Ende des 3-Wochen-Zeitraums am 22.06.2019	

### 3. Der (beendete) Streit um die sog. „Passiva II“

BGHZ 217, 129 = ZIP 2018, 283 – Leitsätze

1. Einen vom Insolvenzverwalter zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO aufgestellten Liquiditätsstatus, der auf den Angaben aus der Buchhaltung des Schuldners beruht, kann der Geschäftsführer nicht mit der pauschalen Behauptung bestreiten, die Buchhaltung sei nicht ordnungsgemäß geführt worden. Er hat vielmehr im Einzelnen vorzutragen und ggf. zu beweisen, welche der in den Liquiditätsstatus eingestellten Verbindlichkeiten trotz entsprechender Verbuchung zu den angegebenen Zeitpunkten nicht fällig und eingefordert gewesen sein sollen.

2. Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO anhand einer Liquiditätsbilanz **sind auch die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) einzubeziehen.**

#### 4. Streitige Forderungen

- ⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 14 ff., 75, 89, 124 f.
- klarer Fall: Aussetzung der Vollziehung eines Zahlungsbescheides oder Stundung sonstiger Forderungen ⇒ kein „ernsthaftes Einfordern“
- Glaubhaftmachung bei Gläubigerantrag (§ 14 I 1 InsO)
  - Soll der Eröffnungsgrund maßgeblich aus **Forderungen des antragstellenden Gläubigers** abgeleitet werden und sind diese **vom Schuldner bestritten**, müssen sie *für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens* zur Überzeugung des Insolvenzgerichts – insbesondere durch Vorlage eines Vollstreckungstitels – nachgewiesen sein.
    - ❖ grundlegend BGH v. 19.12.1991 – III ZR 9/91, ZIP 1992, 947 (juris-Rn. 6)
    - ❖ daran anknüpfend BGH v. 14.12.2005 – IX ZB 207/04, ZIP 2016, 247 (Rn. 3)
    - ❖ bestätigend z.B. BGH v. 23.6.2016 – IX ZB 18/15, ZIP 2016, 1447 (Rn. 12) m.w.N.

#### 4. Streitige Forderungen

- Fortsetzung: Glaubhaftmachung bei Gläubigerantrag (§ 14 I 1 InsO)
  - Vorlage einer vollstreckbaren Urkunde i.S.v. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO genügt
    - ❖ BGH v. 14.1.2010 – IX ZB 177/09, ZIP 2010, 291 (Rn. 6 f. mit der Ausnahme einer Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung und Erbringung der Sicherheit durch den Schuldner)
    - ❖ BGH v. 23.6.2016 – IX ZB 18/15, ZIP 2016, 1447, 1448 (Rn. 14)
  - vorläufig vollstreckbarer Titel nach BGH nicht ausreichend (streitig)
    - ❖ BGH v. 19.12.1991 – III ZR 9/91, ZIP 1992, 947 (juris-Rn. 7): Aussichten des Rechtsmittels vom Insolvenzrichter frei zu würdigen; (juris-Rn. 9): vorläufige Vollstreckbarkeit ≠ Beweis für den Bestand und die Fälligkeit der titulierten Forderung, vorweggenommener Zwangszugriff geht auf Gefahr des Klägers
    - ❖ Details bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 125

#### 4. Streitige Forderungen

- Problem: streitige Forderungen außerhalb des Antragsverfahrens
  - ❖ BGH v. 5.2.2015 – IX ZR 211/13, BeckRS 2015, 06445 (Rn. 12)
    - Allein wegen der handelsrechtlichen Notwendigkeit zur Bildung von **Rückstellungen gemäß § 249 HGB** muss nicht in Höhe jener Rückstellungen eine Verbindlichkeit auch im Liquiditätsstatus angesetzt werden.
    - Erforderlichkeit „eigenständiger insolvenzrechtlicher Feststellungen“
    - konkreter Fall: (zunächst) keine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Prozess Erfolgs gegen den Schuldner
  - keine Übertragbarkeit der für den Überschuldungsstatus entwickelten Grundsätze (Folien 28-30) auf die *Aktivseite* der Liquiditätsbilanz; nicht die (hier streitige) *Existenz* von Ansprüchen gilt es festzustellen, sondern *tatsächliche* Zuflüsse sind zu prognostizieren
    - ❖ Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 16

#### 4. Streitige Forderungen

- Problem: streitige Forderungen außerhalb des Antragsverfahrens
  - Übertragbarkeit der für den Überschuldungsstatus entwickelten Grundsätze (Folien 28-30) auf die *Passivseite* der Liquiditätsbilanz
    - Berücksichtigung der Forderung, wenn **der Schuldner ernsthaft mit seiner Inanspruchnahme rechnen muss**
    - je nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme sind Abschläge vom Nominalwert der Forderung zu machen (a.A. *Leithaus/Wachholtz*, ZIP 2019, 649, 652: Ansatz nur ganz oder gar nicht)
    - ein **vorläufig vollstreckbares Urteil** erhöht den Grad der Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme; Ansatz eines erwartbaren Zahlungsabflusses bei drohender Vollstreckung
    - voller Ansatz der Forderung bei rechtskräftigem Urteil
  - ❖ Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 16 f.

## 5. Zahlungseinstellung – Grundlagen

- ⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 32 ff.
- Zahlungseinstellung begründet die (widerlegliche) Vermutung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 II 2 InsO: „in der Regel anzunehmen“)
  - keine Aufstellung einer sog. Liquiditätsbilanz im Eröffnungsverfahren
    - *Pape*, WM 2008, 1949, 1956 f.; allgemein auch *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354; zur Glaubhaftmachung des Gläubigerantrags anhand der Zahlungseinstellung *Hölken*, DZWIR 2018, 207 ff.
  - Erleichterung der Insolvenzanfechtung
    - BGH v. 30.6.2011 – IX ZR 134/10, ZIP 2011, 1416 (Rn. 10) m.w.N.; BGH v. 7.5.2013 – IX ZR 113/10, ZIP 2013, 2323 (Rn. 17 ff.); BGH v. 26.3.2015 – IX ZR 134/13, ZIP 2015, 1077 (Rn. 6); BGH v. 7.5.2015 – IX ZR 95/14, ZIP 2015, 1234, (Rn. 12 f.); BGH v. 24.3.2016 – IX ZR 242/13, ZIP 2016, 874 (Rn. 7); BGH v. 9.6.2016 – IX ZR 174/15, ZIP 2016, 1348 (Rn. 17); *Hölken*, DZWIR 2018, 207, 212 ff.

## 5. Zahlungseinstellung – Grundlagen

- Erleichterung des Haftungsprozesses gegen Geschäftsführer
  - BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, BGHZ 217, 129, 151 = ZIP 2018, 283, 290 (Rn. 66); OLG Jena v. 25.5.2016 – 2 U 714/15, GmbHR 2017, 1269, 1271 f. (Leitsatz 2 und juris-Rn. 59) m.w.N.
- Definition: Zahlungseinstellung ist ein **nach außen hervortretendes Verhalten des Schuldners**, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, mindestens eine nicht unwesentliche fällige Forderung zu erfüllen
- Zusammenfassung: *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354 ff.
- Indizien: b.w.

## 6. Zahlungseinstellung – Indizien

- **Erklärung des Schuldners** gegenüber einzelnen Gläubigern oder der Öffentlichkeit, **nicht mehr zahlen zu können**, selbst wenn diese Erklärung mit einer Stundungsbitte verbunden ist
  - BGH v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14, ZIP 2016, 173, 174 (Rn. 20) mit umfassenden w.N.; BGH v. 25.2.2016 – IX ZR 109/15, ZIP 2016, 627, 629 = MDR 2016, 551, 552 f. (Rn. 21); erläuternd *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354, 355
- Nichtzahlung wichtiger, typischerweise bei Fälligkeit gezahlter Verbindlichkeiten (z.B. Löhne, Sozialversicherungsbeiträge, Steuerverbindlichkeiten oder Kosten für Energielieferungen)
  - BGH v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, ZIP 2006, 2222 (Rn. 24); BGH v. 30.4.2015 – IX ZR 149/14, ZIP 2015, 1549 (Rn. 9) m.w.N.; BGH v. 7.5.2015 – IX ZR 95/14, ZIP 2015, 1234 (Rn. 15); BGH v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14, ZIP 2016, 173 (Rn. 21); BGH v. 9.6.2016 – IX ZR 174/15, ZIP 2016, 1348 (Rn. 24: Nichtzahlung an eine unentbehrliche Lieferantin); erläuternd *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354, 355

## 6. Zahlungseinstellung – Indizien

- Schuldner schiebt ständig einen Forderungsrückstand vor sich her, den er nur schleppend oder gar nicht abträgt
  - BGH v. 25.10.2012 – IX ZR 117/11, ZIP 2012, 2355 (Rn. 19) m.w.N.; BGH v. 9.6.2016 – IX ZR 174/15, ZIP 2016, 1348 (Rn. 23)
- Schuldner operiert „ersichtlich am Rande des finanzwirtschaftlichen Abgrunds“
  - BGH v. 30.6.2011 – IX ZR 134/10, ZIP 2011, 1416 (Rn. 16); BGH v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14, ZIP 2016, 173 (Rn. 21); BGH v. 16.6.2016 – IX ZR 23/15, ZIP 2016, 1388 (Rn. 16); BGH v. 17.11.2016 – IX ZR 65/15, ZIP 2016, 2423 (Rn. 19); BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, BGHZ 217, 129, 148 = ZIP 2018, 283 (Rn. 56); erläuternd *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354, 355

## 6. Zahlungseinstellung – Indizien

- monatelanges Ignorieren von fälligen Rechnungen und Mahnungen
  - BGH v. 25.2.2016 – IX ZR 109/15, ZIP 2016, 627 (Rn. 13) m.w.N.; BGH v. 18.1.2018 – IX ZR 144/16, ZIP 2018, 432 (Rn. 13 ff.); dazu *Hölken*, DZWIR 2018, 207, 219 f.
  - nicht ausreichend ist eine in Absprache der Parteien zur Erlangung von Fördergeldern bewusst verfrüht gestellte Rechnung (vgl. BGH v. 21.5.2019 – II ZR 337/17, ZIP 2019, 1719 [Rn. 10])
- Nichteinhaltung von Zahlungszusagen
  - BGH v. 9.6.2016 – IX ZR 174/15, ZIP 2016, 1348 (Rn. 21)
- Häufung von Vollstreckungsmaßnahmen
  - BGH v. 7.5.2015 – IX ZR 95/14, ZIP 2015, 1234 (Rn. 15)

## 6. Zahlungseinstellung – Indizien

- Herausgabe von Vorbehaltsware in großem Umfang an mehrere Lieferanten; Schließung des Ladenlokals unter Unerreichbarkeit der Geschäftsführung
  - *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 579
- Kataloge diverser Beweisanzeichen
  - *Rüntz/Laroche* in HK-InsO, 9. Aufl. 2018, § 17 InsO Rn. 30 ff.
  - *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354 ff.
  - *Pape*, WM 2008, 1949, 1956
  - *Harz/Baumgartner/Conrad*, ZInsO 2005, 1304, 1306
  - IDW S 11, Stand: 22.8.2016, Tz. 20

## 7. Zahlungseinstellung – kein ausreichendes Indiz

- Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung hält sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs
  - BGH v. 16.4.2015 – IX ZR 6/14, ZIP 2015, 937 (Rn. 3 ff.); erläuternd *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354, 355; Abgrenzung hierzu bei OLG Bamberg v. 26.4.2016 – 5 U 187/15, ZIP 2017, 97; BGH v. 18.1.2018 – IX ZR 144/16, ZIP 2018, 432 (Rn. 19 ff.)
- isoliertes Ratenzahlungsangebot ohne die Erklärung, anderenfalls nicht zahlen zu können
  - BGH v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZIP 2016, 1686; zur Abgrenzung bedenklicher von unbedenklichen Ratenzahlungsangeboten vgl. BGH v. 18.1.2018 – IX ZR 144/16, ZIP 2018, 432 (Rn. 20)

## 7. Zahlungseinstellung – kein ausreichendes Indiz

- Zahlungsverweigerung, weil der Geschäftsführer die Forderung für unbegründet hält
  - BGH v. 30.4.1959 – VIII ZR 179/58, WM 1959, 891; BGH v. 26.1.2016 – II ZR 394/13, ZIP 2016, 1119 (Rn. 21) m.w.N.; Abgrenzung zur Zahlungsunwilligkeit bei *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354, 356 f.; beide Fälle unrichtig miteinander vermischend OLG Jena v. 25.5.2016 – 2 U 714/15, GmbHR 2017, 1269, 1272 (juris-Rn. 60); *Schröder* in HambKomm. InsO, § 17 InsO Rn. 20.
- zwangsweise Durchsetzung einer einzelnen Forderung ohne weitere Anzeichen von Zahlungsunfähigkeit
  - siehe – bezogen auf die von § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO geforderte Kenntnis des Gläubigers – BGH v. 22.6.2017 – IX ZR 11/14, ZIP 2017, 1379 (Rn. 19)

## 8. Zahlungseinstellung – Widerlegung der Vermutung

- Widerlegung (im Anfechtungsprozess) nicht durch den Nachweis der Zahlungsunwilligkeit des Schuldners möglich; erforderlich ist der Nachweis der Zahlungsfähigkeit
  - BGH v. 15.3.2012 – IX ZR 239/09, ZIP 2012, 735 (Rn. 18 f.); bestätigend BGH v. 12.10.2017 – IX ZR 50/15, ZIP 2017, 2368 (Rn. 13); erläuternd *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354, 356 f.; vgl. auch *Hölken*, DZWIR 2018, 207, 217 f.
- Angebot des Beweises in Form eines Sachverständigengutachtens, um auf der Basis einer sog. Liquiditätsbilanz die fehlende Zahlungsunfähigkeit festzustellen
  - BGH v. 26.3.2015 – IX ZR 134/13, ZIP 2015, 1077 (Rn. 6); BGH v. 24.3.2016 – IX ZR 242/13, ZIP 2016, 874 (Rn. 17); *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354, 357

## 9. Zahlungseinstellung – Beendigung

- geschuldete Zahlungen müssen an die Gesamtheit der Gläubiger *im Allgemeinen* wieder aufgenommen werden, etwa nach umfangreichen Forderungsverzichten der Gläubiger im Rahmen eines Sanierungsversuchs
  - Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 37 m.w.N.
- nicht ausreichend: Stundung (nur) derjenigen Verbindlichkeit, deren Nichtbedienung die Feststellung der Zahlungseinstellung trägt; der Schuldner muss also nicht nur die diesbezüglichen Raten zahlen, sondern darüber hinaus auch den wesentlichen Teil seiner übrigen Verbindlichkeiten bedienen
  - BGH v. 24.3.2016 – IX ZR 242/13, ZIP 2016, 874 (Rn. 11)
- nicht ausreichend: einmalige vollständige Rückführung der offenen Verbindlichkeiten bei ständig schleppender Zahlungsweise
  - BGH v. 17.11.2016 – IX ZR 65/15, ZIP 2016, 2423 (Rn. 26)

## 10. Lehren aus dem Fall Prokon: keine Verhinderung der Zahlungsunfähigkeit durch (isolierten) Rangrücktritt

- BGHZ 173, 286 = WM 2007, 1796 = ZIP 2007, 1666
  - Leitsatz 1: Eine Forderung ist in der Regel dann i.S.v. § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt.
  - Leitsatz 2: Forderungen, deren Gläubiger sich **für die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt haben, sind bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht zu berücksichtigen.
- Rangrücktritt ≠ vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre  
(*Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005 ff.)

## 1. Grundlagen

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 579 ff.
- ⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 38 ff.

Wortlaut des § 19 II 1 InsO: „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. ...“

Stufe 1 (Regeltatbestand): bilanzielle Betrachtung

- ⇒ Überschuldungsbilanz, nicht Handelsbilanz

Stufe 2 (Ausnahme): positive Fortführungsprognose

- ⇒ bei positiver Prognose ist die bilanzielle Überschuldung rechtlich irrelevant

## 2. Gegenstand der Fortführungsprognose

⇒ zwei Elemente nach klassischer Definition:

- subjektiver Fortführungswille des Schuldners bzw. seiner Organe
  - ❖ fehlt nach h.M. bei Entlassung aller Arbeitnehmer (KG v. 1.11.2005 – 7 U 49/05, GmbHR 2006, 375, 376) oder bei Veräußerung betriebsnotwendigen Vermögens (OLG Hamburg v. 13.10.2017 – 11 U 53/17, ZIP 2017, 2197, 2198 = GmbHR 2018, 201, 202 f. [juris-Rn. 46])
- objektive Überlebensfähigkeit des Unternehmens

⇒ Kritik: beide Elemente der klassischen Definition sind als notwendige Voraussetzung einer positiven Prognose in Zweifel zu ziehen (Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 54 ff.)

## 2. Gegenstand der Fortführungsprognose

⇒ Problem: Positive Fortführungsprognose trotz fehlender Ertragsfähigkeit? (Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733 ff.)

- AG Hamburg ZIP 2012, 1776: Ertragsfähigkeit für positive Prognose erforderlich; aber Sonderfall: Rentnergesellschaft mit absehbarer Aufzehrung der Vermögenssubstanz
- Ertragsfähigkeit m.E. nicht generell zu fordern
  - ❖ Beispiel: werthaltiger Verlustausgleichsanspruch
  - ❖ Beispiel: subventionierter Betrieb in öffentlicher Hand
  - ❖ Beispiel: Start-up-Unternehmen in der Anfangsphase
- Sicherung der *Liquidität* ist letztlich entscheidend

### 2. Gegenstand der Fortführungsprognose

- ⇒ Extremfall: positive „Fortführungsprognose“ ist auch dann möglich, wenn eine überschuldete Gesellschaft unter Regelung sämtlicher Verbindlichkeiten solvent liquidiert werden soll und sich aus einem belastbaren Liquidationskonzept ergibt, dass die **solvente Liquidation** auch überwiegend wahrscheinlich ist (*Morgen/Rathje*, ZIP 2018, 1955 ff.)
- ⇒ Abgrenzung zur kurzfristigen Liquiditätsgewinnung aus der Substanz (vgl. *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 56, 58)
- ⇒ Ergebnis: Die Sicherstellung der Gläubigerbefriedigung durch die Generierung von Erträgen aus der eigenen Geschäftstätigkeit des Unternehmens mag zwar der praktische Regelfall sein; die Ertragsfähigkeit und/oder die Betriebsfortführung sind aber keine notwendigen Voraussetzungen einer positiven „Fortführungsprognose“

### 3. Streitige Forderungen in der Überschuldungsbilanz

- ⇒ *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 75, 89, 124 f.
- Glaubhaftmachung bei Gläubigerantrag (§ 14 I 1 InsO) ⇒ Folien 9 f.
- **Aktivseite**
  - OLG Hamburg v. 13.10.2017 – 11 U 53/17, ZIP 2017, 2197, 2199 f. (juris-Rn. 56 ff.): Prinzip der vorsichtigen Bilanzierung ⇒ streitige Forderungen, die erst noch gerichtlich durchgesetzt werden müssen, können nicht angesetzt werden
    - im konkreten Fall spätere rechtskräftige Abweisung der Klage (juris-Rn. 59) ⇒ auch *ex ante* keine relevante Wahrscheinlichkeit der Durchsetzung
  - Frage des Einzelfalls; Spiegelbild zur Passivseite (Folie 29): bestrittene Forderung kann angesetzt werden, wenn mit ihrer Realisierung in einem Gerichtsprozess ernsthaft zu rechnen ist; Wertabschläge je nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit
  - ❖ OLG Hamburg v. 16.3.2018 – 5 U 191/16, GmbHR 2018, 800, 802 (juris-Rn. 47): Ansatz von 20 % bei zweifelhafter Erfolgsaussicht der Durchsetzung deliktischer Ansprüche aus Wirtschaftsstraftaten in Dubai und Russland

### 3. Streitige Forderungen in der Überschuldungsbilanz

#### ▪ Passivseite

- keine Übertragbarkeit der zur Glaubhaftmachung allgemein entwickelten, auf Folien 9 f. dargestellten Grundsätze
- BGH v. 22.9.2003 – II ZR 229/02, ZIP 2003, 2068, 2070 (juris-Rn. 18): „bilanzielle Betrachtungsweise“ ⇒ Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten, bis ihre Erledigung feststeht
- (handels-)bilanzielle Grundsätze ⇒ Passivierungspflicht, wenn **der Schuldner ernsthaft mit seiner Inanspruchnahme rechnen muss**; die bloße Möglichkeit des Bestehens oder Entstehens einer Verbindlichkeit reicht nicht
  - ❖ OLG Naumburg, v. 24.11.2006 – 10 U 50/06, OLGR Naumburg 2007, 549 = DStR 2007, 1220 (juris-Rn. 49 mit Hinweis auf BFH v. 19.11.2003 – I R 77/01, BFHE 204, 135, 140 = DStR 2004, 134 [juris-Rn. 18]); dem OLG Naumburg folgend OLG Köln v. 15.5.2018 – 16 U 147/17 (juris-Rn. 29, 35)
  - ❖ Fall: Sachverständiger bestätigt Mängel im Gewährleistungsprozess

### 3. Streitige Forderungen in der Überschuldungsbilanz

#### ▪ Passivseite

- Abschläge vom Nominalwert der Forderung je nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme
  - ❖ AG Hamburg v. 20.8.2004 – 67a IN 346/04, ZInsO 2004, 991 f. (Ansatz von 95 % nach der Zuerkennung der Forderung durch ein OLG); *Müller* in Jaeger, § 19 InsO Rn. 75 m.w.N.; für eine Abstufung von 0 bis 100 % je nach Stand des Prozesses *A. Schmidt/Roth*, ZInsO 2006, 236 ff.

#### ▪ weitere Literatur (Auswahl):

- *Leithaus/Wachholtz*, Behandlung streitiger Forderungen bei der Zahlungsunfähigkeits- und Überschuldungsprüfung, ZIP 2019, 649
- *Primozid/Feckl*, Die Behandlung streitiger Rechtsverhältnisse bei der Insolvenzantragsreife einer GmbH, GmbHR 2005, 160
- *Wiester*, Zur Berücksichtigung von Rückstellungen in der Überschuldungsbilanz, in FS Wellensiek, 2011, S. 155

#### 4. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

a) Gesetzliche Regelung seit dem MoMiG in § 19 II 2 InsO

- Klärung der Rangtiefe: § 39 Abs. 2 InsO
- Problem 1: Unterordnung auch für die Zeit vor Insolvenz erforderlich?
- Problem 2: Anwendbarkeit auf Dritte = Nichtgesellschafter?
  - ❖ keine Anwendbarkeit des § 135 I InsO auf freiwillige Rangrücktritte
  - ❖ keine privatautonome Schaffung von Anfechtungstatbeständen
- Problem 3: Sicherung gegen privatautonome Aufhebung erforderlich?

Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 92 ff.

#### 4. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

b) Lösung durch BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*:

- Rn. 19: Für die Nichtberücksichtigung einer Forderung im Überschuldungsstatus gemäß § 19 II 2 InsO ist neben dem Rangrücktritt für das eröffnete Verfahren eine vorinsolvenzliche Zahlungssperre erforderlich (sog. „qualifizierter Rangrücktritt“).
  - ⇒ Rn. 25: Durchsetzbarkeit der Forderung nur, solange durch die Zahlung keine Insolvenzgefahr begründet wird

#### 4. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

b) Lösung durch BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*:

- Rn. 32: verfügender Schuldänderungsvertrag ⇒ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzreife
  - ⇒ Rn. 27 ff.: Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB vorbehaltlich § 814 BGB
  - ⇒ Rn. 46 ff.: Anfechtung gemäß § 134 InsO (⇒ Phoenix Kapitaldienst)
  - ⇒ Problem: Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO durch BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2018, 97: keine Schenkungsanfechtung bei bestehendem Bereicherungsanspruch
    - ⇒ § 134 InsO nur noch in den Fällen der §§ 814, 817 BGB (Kritik bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 100 ff.)

#### 4. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

b) Lösung durch BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*:

- Rn. 35: keine freie Aufhebbarkeit des Rangrücktritts, da Vertrag zugunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
  - ⇒ Rn. 42: Aufhebung ohne Mitwirkung der Gläubiger nur zulässig, wenn eine Insolvenzreife nicht vorliegt oder beseitigt ist
  - ⇒ *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 646 f.: Wirkung des § 19 II 2 InsO nicht erreichbar, falls die Drittwirkung im Vertrag ausgeschlossen wird
- ausführlich *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428 ff., dort auch zur Übertragbarkeit auf Patronatserklärungen; ferner *Hölzle/Klopp*, KTS 2016, 335 ff.

#### 4. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

- c) Ausblendung vorhandener Verbindlichkeiten auf der **Passivseite** der Überschuldungsbilanz
- Bezug des sog. qualifizierten Rangrücktritts auf Forderungen, deren Höhe der Differenz zwischen den Passiva und den zu Liquidationswerten bewerteten Aktiva entspricht
  - Rangrücktritt darf in diesem Umfang nicht kündbar, befristet oder auflösend bedingt sein
  - zur Verhinderung nachträglicher Änderungen ist die Ausgestaltung als Vertrag zugunsten aller Gläubiger erforderlich (a.A. *Hölzle/Klopp*, KTS 2016, 335, 344 f.: automatische gläubigerschützende Bindungswirkung bei insolvenzantragsbezogenen Vereinbarungen)

#### 4. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

- d) Einbuchung des Anspruchs aus einer internen „Patronatserklärung“ (Verlustdeckungszusage) auf der **Aktivseite** der Überschuldungsbilanz
- Werthaltigkeit des Anspruchs
  - Umfang: Differenz zw. Passiva und Aktiva zu Liquidationswerten
  - Wirksamkeit im Insolvenzfall
  - keine Möglichkeit der Kündigung / Aufhebung mit gänzlicher Enthftung
  - Verzicht auf Rückzahlungsanspruch oder „qualifizierter Nachrang“
  - Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
- ❖ Literatur: *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 465 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 78

#### 4. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

- e) Erforderlichkeit eines „qualifizierten Rangrücktritts“ auch bei gewillkürtem Eigenkapital?
- dafür *Bitter*, ZIP 2019, 146, 153 f. (atypisch stille Beteiligung); Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 105 f. (Hybridkapital), Rn. 257 (Einlagen bei der GmbH & Co. KG)
  - Trennung zwischen der Finanzierungsfunktion im Interesse der Gesellschafter(gesamtheit) und der Haftungsfunktion im Gläubigerinteresse
  - allgemeine Unterscheidung zwischen regulärem (= im Handelsregister publiziertem) und sonstigem (Eigen-)Kapital; eine gesetzliche Bindung im Gläubigerinteresse über die Regeln der Kapitalherabsetzung gibt es nur bei regulärem Eigenkapital; im Übrigen ist sie vertraglich nachzubilden

#### 5. Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

a) Literatur (Auswahl):

*Poelzig*, WM 2014, 917 ff.; *Bitter*, ZIP 2015, 345 ff.; *Gehrlein*, WM 2017, 1385 ff.; Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 477 ff. m.w.N.

b) Rechtsprechung (kleine Auswahl)

BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 (Nachrangdarlehen; eingeschränkte Inhaltskontrolle – § 307 III BGB; Intransparenz einer vorinsolvenzlichen Sperre)

BGH v. 1.10.2019 – VI ZR 156/18, ZIP 2019, 2345 m. Anm. *Bitter*, WuB 2020, 35 (Vermögensanlage mit Nachrangklausel; Intransparenz einer vorinsolvenzlichen Sperre)

BGH v. 12.12.2019 – IX ZR 77/19, ZIP 2020, 310 (Nachrangdarlehen mit „qualifiziertem Nachrang“, vereinbart mit einer Arzthelferin)

⇒ Details beim Vortrag v. 31.1.2020 ([www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de) ⇒ „Lehrstuhlinhaber“)

### 6. Aktuelles Problem: Ausschluss jeglicher Anfechtung – auch des § 134 InsO – durch § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG?

Fall: Rückführung eines im Aussetzungszeitraum gewährten Kredits trotz eines sog. qualifizierten Rangrücktritts i.S.v. BGHZ 204, 231

- speziell zum COVInsAG *Mock*, NZI 2020, 405 ff. (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 Hs. 1 COVInsAG (= gesetzlicher Ausschluss der Gläubigerbenachteiligung)  
⇒ Folien 88 ff. des Foliensatzes zu den Gesellschafterdarlehen
- Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB bleibt jedenfalls erhalten, aber nur vorbehaltlich des § 814 BGB
- Anspruch aus Vertrag? (vgl. *Bitter*, GmbHR 2020, 861, 870 [Rn. 46])

### 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;

### 7. Eignung einer *Patronatserklärung* zur Begründung einer positiven Fortführungsprognose?

- grundsätzlich (+), weil reine Zahlungsfähigkeitsprognose (Folie 26)
- Mindestbedingung wohl: verbindlicher Zahlungsanspruch (harte Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons
- Problem: (jederzeitige) Kündbarkeit ⇒ 2-stufige Prüfung:
  - (1) Wille der Vertragsparteien = Privatautonomie (BGHZ 187, 69 – „Star 21“)
  - (2) Eignung zur Begründung einer positiven Prognose
    - ⇒ bei überwiegender Wahrscheinlichkeit, dass die Zahlungsfähigkeit im gesamten Prognosezeitraum (h.M.: das laufende und nächstfolgende Geschäftsjahr) erhalten bleibt
    - ⇒ fehlt bei Beschränkung der Liquiditätszusage auf die Phase einer (völlig ergebnisoffenen) Prüfung der Sanierungsfähigkeit

### 7. Eignung einer *Patronatserklärung* zur Begründung einer positiven Fortführungsprognose?

- Schädlichkeit einer Befristung, wenn die Zahlungsfähigkeit nach Ablauf des Befristungszeitraums nicht anderweitig gesichert ist
- Liquiditätsgewinn nur bei Verzicht des Patrons auf Rückzahlung (verlorener Zuschuss) oder bei langfristiger Stundung des Rückzahlungsanspruchs
  - Rangrücktritt i.S.v. § 39 II InsO irrelevant für die Fortführungsprognose (Folie 23)
- Ausgestaltung als Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. § 328 BGB m.E. nicht erforderlich; eine fehlende Bereitschaft zur Bindung im Interesse der Gläubiger beeinflusst aber ggf. das Wahrscheinlichkeitsurteil negativ
- ❖ Literatur: Bitter, ZHR 181 (2017), 428, 470 ff.; Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 62 ff.

## 1. Rechtliche Grundlagen

### a) Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleiter (§ 15a InsO)

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

### b) 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 drei Wochen
- keine Fristverlängerung selbst unter außergewöhnlichen Umständen wie der Corona-Krise

## Wortlaut des § 1 [Abs. 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.

#### Änderung des § 1 COVInsAG durch Gesetz v. 17.9.2020

- 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.

#### 2. 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
  - 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>

### 3. 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

### 4. 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 seinem Eröffnungsgrund setzt sich mit dem COVInsAG fort
- *Bitter*, ZIP 2020, 685, 688 f.: Gegenbeweis des Satzes 2 ist geführt, wenn die Insolvenzreife (auch eine Überschuldung) Ende 2019 bestand (a.A. zur Überschuldung *Knauth/Krafczyk*, WM 2020, 677, 678), 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

#### 5. 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.

#### 5. 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)

#### 5. Aussichten zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

- Problem: Abhängigkeit der Aussichten von zivilrechtlichen Vorfragen
  - ⇒ Zahlungen an Arbeitnehmer: Betriebsrisiko bei Betriebsschließung?  
(vgl. *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112, 1116)
  - ⇒ Zahlungen an Vermieter: Mangel des Mietobjekts bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Verbot des Geschäftsbetriebs?  
(vgl. *Krepold*, WM 2020, 726; *Weller/Thomale*, BB 2020, 962 ff.; *Warmuth*, COVuR 2020, 16; *Weidt/Schiewek*, NJOZ 2020, 481; *Anzinger/Strahl*, ZIP 2020, 1833)
  - ⇒ Zahlungspflichten, die der sog. Corona-Einrede aus Art. 240 § 1 EGBGB unterliegen
  - ⇒ Anspruch auf Versicherungsleistungen aus einer Betriebsunterbrechungsversicherung (vgl. *Brand*, NJW-aktuell 16/2020, S. 14)

#### 6. 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 50
  - ⇒ 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>

#### 7. Gesetz v. 17.9.2020 als erster Schritt zur Abschaffung der Überschuldung als Antragsgrund?

- Äußerung durch die Fraktion der CDU/CSU im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, dass „der Antragsgrund [der Überschuldung] in der Praxis nicht funktioniere, sodass die weitere Aussetzung als erster Schritt in der Beratung über seine vollständige Abschaffung zu sehen sei“ (BT-Drucks. 19/22593, S. 4)
- Aber: Abschaffung der Überschuldung als Pflichtantragsgrund reduziert den Druck auf eine vorausschauende Unternehmensplanung und nimmt den Kreditversicherern die Argumentationsgrundlage, um bei den Schuldern Bilanzen anzufordern  
⇒ Schwächung der Krisenfrüherkennung entgegen den Zielen EU-Richtlinie zur Restrukturierung (vgl. dazu den Referentenentwurf eines StaRUG, §§ 1 bis 3)
- Blickpunktbeitrag von *Bitter* im nächsten Heft 19/2020 der GmbH-Rundschau

- *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 19/2020 (Blickpunkt-Beitrag)
- *Bornemann*, Insolvenzzrechtliche Aspekte des Maßnahmenpakets zur Stabilisierung der Wirtschaft, jurisPR-InsR 9/2020 Anm. 1

- *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
- *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
- *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  
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)