



Memorandum

Datum	2. April 2020
Thema	Start-Ups während der Pandemie – worum es nun geht, um auch eine schnelle Gesundung des eigenen Unternehmens nach der aktuellen Krise zu ermöglichen
Verfasser	Julian Zaudig, Laura Schröder, Janic Salcedas, Philipp M. Zeller

A. Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags während der Pandemie

1. Bei Eintritt der Insolvenzreife, ist unverzüglich spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Unternehmens zu stellen (siehe § 15a InsO).
2. Wer diese Frist als Geschäftsführer verletzt, setzt sich sowohl strafrechtlicher als auch zivilrechtlicher Haftung aus.
3. Wird ein Geschäftsführer wegen Insolvenzverschleppung verurteilt, darf er für die Dauer von fünf Jahren nicht mehr als Geschäftsführer einer deutschen Körperschaft (GmbH, AG) bestellt werden. Dies ist wirtschaftlich gesehen zumeist die „Hauptstrafe“ – gerade für Seriengründer.
4. Die sog. Insolvenzreife liegt bei einem Unternehmen vor, wenn einer der obligatorischen Insolvenzgründe besteht. Dies sind Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung.
5. Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO liegt vor, wenn ein Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Dies wird durch eine Gegenüberstellung von liquiden und liquidierbaren Mitteln mit den Zahlungsverpflichtungen ermittelt.
6. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine Zahlungsunfähigkeit regelmäßig vor, wenn der Schuldner nicht innerhalb von 3 Wochen in der Lage ist, 90 % seiner bis dato fälligen Gesamtverbindlichkeiten zu begleichen. Während der Covid-19-Pandemie wird das bei vielen Unternehmen der Fall sein.
7. Für Unternehmen ist darüber hinaus die Überschuldung nach § 19 InsO ein obligatorischer Insolvenzgrund.
8. Eine Überschuldung wird aufgrund einer zweistufigen Prüfung bejaht.
 - 8.1 Auf der ersten Stufe muss eine *rechnerische Überschuldung* vorliegen. Diese ergibt sich, wenn der Substanzwert aller Vermögensgegenstände bei Ansatz zu Liquidationswerten nicht ausreicht, um sämtliche passivierten Verbindlichkeiten zu erfüllen. Die *rechnerische Überschuldung* wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vermutet, wenn die Handelsbilanz einer Gesellschaft negativ ist. Gerade Start-Ups in der Frühphase sind nach diesen Maßstäben *rechnerisch überschuldet* wenn sie nicht eigenkapitalfinanziert sind.



- 8.2 Liegt eine *rechnerische Überschuldung* vor, kommt es auf eine *positive Fortführungsprognose* an. Hier ist plausibel darzustellen, dass das Start-Up aus seinem laufenden Geschäftsbetrieb genügend Mittel erwirtschaftet, um die Verbindlichkeiten zu bedienen. Dafür ist eine Zahlungsfähigkeitsprognose anzustellen, welche regelmäßig auf einen Zeitraum von zwei Jahren zu erstrecken ist.
- 8.3 Es ist zumindest sehr riskant in einer solchen Prognose weiteres Eigenkapital zu unterstellen, bevor dieses rechtsverbindlich zugesagt ist. Insbesondere kann deshalb in einer *Fortführungsprognose* grundsätzlich keine erfolgreiche Finanzierungsrunde unterstellt werden.
9. Die Strafbarkeit der Insolvenzverschleppung führt dazu, dass Geschäftsführer verpflichtet sind vorausschauend aufgrund der eigenen Planung einen Insolvenzantrag zu stellen. Gerade dies soll während der aktuellen Pandemie verhindert werden, um ansonsten gesunden Unternehmen ein Überleben zu ermöglichen.
10. Zu diesem Zweck ist das COVInsAG verabschiedet worden, welches eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht zunächst bis zum 30. September 2020 vorsieht. Diese Aussetzung kann verlängert werden.
11. Diese Aussetzung greift ein, wenn einer der obligatorischen Insolvenzgründe gerade aufgrund der aktuellen Pandemie eingetreten ist. Dies wird vermutet, wenn ein Unternehmen am 31. Dezember 2019 noch zahlungsfähig war.
12. Diese Vermutung sichert grundsätzlich das Vertrauen auf eine rasche wirtschaftliche Erholung. Sie gilt jedoch nicht unbegrenzt. Insbesondere gilt sie nicht mehr, wenn keine Aussichten mehr bestehen, die aktuelle Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Nach der Gesetzesbegründung ist diese Hürde allerdings sehr hoch.
13. Auch von Gläubigern kann während der Pandemie nur unter sehr engen Voraussetzungen ein Insolvenzantrag zulasten eines Unternehmens gestellt werden: Für die Dauer von drei Monaten müsste ein Gläubiger glaubhaft machen, dass der geltend gemachte Insolvenzgrund bereits am 01. März 2020 bestand. Auch diese Drei-Monats-Frist kann verlängert werden.
14. Diese Aussetzung verschafft Start-Ups Luft zum Atmen und sichert sie vor einer Insolvenz in der Corona-Krise – dennoch darf das Thema nicht vernachlässigt werden: Zum 01. Oktober 2020 tritt die Pflicht zur Insolvenzantragstellung nach den allgemeinen Regeln wieder in Kraft.
15. Bis zu diesem Zeitpunkt müssen also Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung ausgeräumt sein, ansonsten müsste binnen drei Wochen ein Insolvenzantrag gestellt werden. Hierbei ist zu beachten, dass ab diesem Zeitpunkt nicht nur der laufende Geschäftsbetrieb finanziert werden muss, sondern zusätzlich die aufgelaufenen Verbindlichkeiten – Löhne, Miete, Fixkosten – der kommenden sechs Monate. Das COVInsAG enthält keinen Schuldenschnitt!
16. Neben der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs, geht es auch für Start-Ups um eine rasche Gesundung nach der aktuellen Krise. Regelmäßig wird es deshalb in den nächsten Monaten Aufgabe der CEOs und CFOs sein, bis zum 30. September 2020 ein nachhaltiges Finanzierungskonzept für das eigene Unternehmen zu erstellen und umzusetzen – auch um das eigene Haftungsrisiko zu verringern.



B. Haftung und Verhaltenspflichten eines Geschäftsführers während der Pandemie

1. Die Finanz- und Liquiditätsprüfung zählt zu den Kernaufgaben eines Geschäftsleiters. In einer Krise wird sie von der deutschen Rechtsprechung in besonderem Maße betont. Im Rahmen einer Krise können Fehler in der Finanzplanung einer Gesellschaft zu einer persönlichen straf- und zivilrechtlichen Haftung der Organmitglieder führen.
2. Strafrechtlich bestehen grundsätzlich drei Kernrisiken für Geschäftsführer.
3. Für den Geschäftsführer besteht nach § 15a Abs. 1 InsO die Pflicht, im Falle einer Unternehmenskrise rechtzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen. Die Verletzung dieser Pflicht ist nach § 15a Abs. 4 InsO unter Strafe gestellt.
4. Weiterhin besteht für die Gesellschaft als Arbeitgeber die strafbewehrte Verpflichtung zur vorrangigen Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung.
 - 4.1 Eine Nichtabführung ist nach § 266a StGB strafbar – und zwar unabhängig von der tatsächlichen Zahlung der Löhne!
 - 4.2 Eine Strafbarkeit besteht nur dann nicht, wenn die Beiträge aufgrund einer plötzlichen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nicht abgeführt werden können. Die durch Covid-19 verursachte Pandemie dürfte eine solch plötzliche Zahlungsunfähigkeit regelmäßig begründen, im Streitfall hätte ein Richter jedoch freies Ermessen, das Gegenteil anzunehmen und auf eine Strafbarkeit zu erkennen.
 - 4.3 Die rechtzeitige Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen muss deshalb auch in der Krise prioritär sichergestellt werden.
5. Darüber hinaus ist im Rahmen des Geschäftsbetriebs und insbesondere bei Finanzierungsverhandlungen eine Strafbarkeit wegen Eingehungsbetruges möglich.
 - 5.1 Betrug kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schon durch den bloßen Abschluss eines Vertrages begangen werden – ohne dass hierfür eine verwerfliche Absicht oder ein böser Wille erforderlich wären.
 - 5.2 Ein Betrug liegt demnach objektiv vor, wenn die Gesellschaft bei der Eingehung eines Vertrages erwartbar nicht leistungsfähig ist. In dieser Situation ist der Anspruch des Vertragspartners auf die Gegenleistung nicht soviel wert wie seine eigene Leistung und er erleidet deshalb einen Vermögensschaden.
 - 5.3 In diesen Fällen kann alleine aufgrund objektiver Kriterien außerdem und besonders bei Gesellschafter-Geschäftsführern in Start-Ups auf einen Eventualvorsatz geschlossen werden.
 - 5.4 Zusammengefasst ist dies ausreichend für einen Betrugsvorwurf. Sollten somit im Krisenfall Verbindlichkeiten eingegangen werden, ohne dass die Gesellschaft zur Leistung fähig ist, besteht das Risiko der Strafbarkeit.
 - 5.5 Staatsanwaltschaften müssen diese Delikte auch in der aktuellen Sonderlage verfolgen.
6. Zivilrechtlich treffen Geschäftsführer zwei Risiken: Das Risiko einer persönlichen Außenhaftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft und das Risiko der persönlichen Innenhaftung gegenüber der (eigenen) Gesellschaft.



7. Diese Haftung ist unbeschränkt und kann auch nicht wirksam beschränkt werden.
8. Eine Außenhaftung von Geschäftsführern knüpft im Regelfall an eines der obigen Delikte an, ist also das zivilrechtliche Spiegelbild der Strafbarkeit.
 - 8.1 Durch die Begehung eines dieser Delikte entsteht gemäß § 823 Abs. 2 BGB ohne weiteres ein Direktanspruch des Geschädigten auf Schadensersatz gegenüber dem Geschäftsführer persönlich.
 - 8.2 Im Regelfall entspricht der zu ersetzende Schaden dem Forderungsausfall dieses Gläubigers. In deutschen Insolvenzverfahren sind Insolvenzquoten von unter 5% der Gesamtforderung keine Seltenheit. Die Außenhaftung kann damit erheblich sein.
9. Weiterhin besteht ein Haftungsrisiko des Geschäftsführers gegenüber der eigenen Gesellschaft in einer potentiellen Folgeinsolvenz.
 - 9.1 So ist der Geschäftsführer einer GmbH gemäß § 64 GmbHG zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung der Gesellschaft geleistet werden. Entsprechende Vorschriften existieren für andere Gesellschaften und Körperschaften.
 - 9.2 Ausnahmen sind nur im ganz engen Rahmen für Zahlungen zum Erhalt einer vollwertigen Gegenleistung, für die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuerzahlungen anerkannt.
 - 9.3 Auch für eine offene Handelsgesellschaft (bzw. die Kommanditgesellschaft über § 177a HGB) gilt gemäß § 130a HGB ein Zahlungsverbot im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung.
10. Nach der allgemeinen Gesetzeslage haften Geschäftsführer eines Start-Ups schon deswegen für die meisten Zahlungen ihrer Gesellschaft während der aktuellen Zahlungsunfähigkeit persönlich und unbeschränkt.
11. Entsprechende Ansprüche werden in einer Folgeinsolvenz durch einen Insolvenzverwalter prioritär geprüft. Sie stellen damit ein echtes Risiko dar, welches sich im worst case – dem Scheitern einer Sanierung des Unternehmens nach der aktuellen Krise – in Gänze realisiert.
12. An diesen Punkten setzt das COVInsAG in den nächsten Monaten an.
 - 12.1 Art. 1 § 1 Abs. 1 des Gesetzes sieht vor, dass die Pflicht zur Insolvenzantragstellung nach § 15a InsO zeitlich befristet ausgesetzt wird. Dies gilt nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf der Covid-19-Pandemie beruht, oder keine Aussicht darauf besteht, die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.
 - 12.2 Konsequenz dessen ist, dass eine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung nach § 15 Abs. 4 InsO nur in den engen Ausnahmefällen des COVInsAG in Betracht kommt.
 - 12.3 Hinsichtlich der Strafbarkeit aufgrund eines Eingehungsbetruges enthält das Gesetz keine Änderungen.



- 12.3.1 Für Geschäftsleiter ist daher zu empfehlen, genau abzuwägen, ob die Zahlung einer Verbindlichkeit und die Erfüllung von Kundenaufträgen nach den aktuellen Umständen des Vertragsschlusses möglich und absehbar ist.
- 12.3.2 Eine sorgfältige Planung ist hier von zentraler Bedeutung. Sollte nach dieser Prüfung ein konkretes Risiko bestehen, dass die Zahlung nicht erfüllt werden kann, so sollte der Vertrag nicht geschlossen werden.
- 12.3.3 Das Risiko eines Eingehungsbetruges lässt sich nicht durch Gestaltungsmaßnahmen ausschließen, sondern allenfalls durch aktive Aufklärung des Vertragspartners über die eigene Situation und die bestehenden Risiken. Entscheidet er sich auf dieser Grundlage für einen Vertragsschluss, basiert dieser nicht (mehr) auf einer Täuschung und kann einen Betrugsvorwurf nicht mehr begründen.
- 12.4 Im Regelfall kann eine Außenhaftung deshalb nur auf einen Betrugsvorwurf gestützt werden. Diese Hürde ist gegenüber dem Vorwurf der Insolvenzverschleppung deutlich erhöht.
- 12.5 Weiterhin schließt Art. 1 § 2 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes die persönliche Innenhaftung von Geschäftsführern für Zahlungen, welche im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solcher Zahlungen,
- „die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzeptes dienen“,*
- aus.
- 12.6 Den Geschäftsleitern wird so die Möglichkeit eröffnet, sämtliche erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um das Unternehmen im ordentlichen Geschäftsgang fortzuführen und für die Zeit nach der aktuellen Krise zu stärken.
- 12.7 Im Ergebnis besteht ein Haftungsrisiko für Geschäftsführer deshalb im Regelfall dann, wenn sie
- ihr Geschäft ohne Liquiditäts- und Kapazitätsplanung „ins Blaue hinein“ weiterführen oder
 - trotz erkennbarer Risiken Geschäfte abschließen.
- 12.8 Eine engmaschige Prüfung der eigenen Liquidität, der eigenen Finanzierung und der eigenen (personellen) Kapazitäten ist deshalb für die Zeit während und nach der aktuellen Krise unerlässlich.
13. In diesem Rahmen ist nicht nur die tatsächliche Prüfung der Finanzsituation wichtig, sondern auch die Dokumentation dieser Prüfung.
- 13.1 Zwar ist bis zum 30. September 2020 die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt. Für die Zeit danach – also ab dem 01. Oktober 2020 – gelten aber die allgemeinen Regelungen.
- 13.2 Ab dem 01. Oktober 2020 muss also der laufende Geschäftsbetrieb inklusive der bis dato aufgelaufenen Verbindlichkeiten aus Zeiten der Pandemie solide und plausibel finanziert sein. Ist er nicht finanziert und bestehen auch keine belastbaren Aussichten auf eine Finanzierung ist bereits am 01. Oktober 2020 ein Insolvenzantrag verpflichtend.



- 13.3 Realistisch betrachtet werden viele Start-Ups bis zu diesem Zeitpunkt eine Zwischenfinanzierung für die aufgelaufenen Verbindlichkeiten finden müssen und gefunden haben. Ist dies geschehen, stellt sich am 01. Oktober 2020 in der Regel nicht die Frage der Zahlungsfähigkeit, sondern der Überschuldung des eigenen Unternehmens.
- 13.4 In Haftungssachen trägt ein Geschäftsführer im Rahmen der Überschuldungsprüfung der eigenen Gesellschaft eine *sekundäre Darlegungslast* im Rahmen der *rechnerischen Überschuldung* und eine Beweislast für das Bestehen einer *positiven Fortführungsprognose*. Ebenso trifft ihn im Rahmen der Zahlungsfähigkeitsprüfung die Obliegenheit, die Darstellung eines Insolvenzverwalters substantiiert, also tiefgehend und detailliert, zu bestreiten.
- 13.5 Praktisch bedeutet dies, dass ein Geschäftsführer in der Lage sein muss, belastbar zum Liquiditäts- und Überschuldungsstatus der Gesellschaft Stellung nehmen zu können. Der Geschäftsführer muss mit Details dieser Prüfung vertraut sein und Darstellungen des Insolvenzverwalters gegebenenfalls aktiv widerlegen können.
- 13.6 In der Praxis ist dies nur möglich, wenn während der Krise tatsächlich sorgfältig geprüft wurde. Geschäftsführer werden hier also auch im eigenen Interesse tätig.

C. Erleichterte Sanierung des Unternehmens nach der Pandemie

1. Die Fortführung von Unternehmen, die infolge der COVID-19-Pandemie in eine wirtschaftliche Krise geraten sind, ist durch das Covid-19 Pandemiegesetz erheblich erleichtert worden.
2. Die Sanierung und Fortführung eines Unternehmens muss im allgemeinen deutschen Insolvenzrecht stets mit den Interessen der Gläubiger der Gesellschaft in Einklang gebracht werden.
 - 2.1 Ausdruck dessen ist insbesondere das Institut der Insolvenzanfechtung: Wirtschaftlich bewirkt eine Insolvenzanfechtung, dass nicht erst ab Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, sondern schon während der vorangegangenen Unternehmenskrise jeder Gläubiger gleich und entsprechend seinem Rang im Insolvenzverfahren befriedigt wird (*par conditio creditorum*).
 - 2.2 Etwaige Sondervorteile – Kaufpreiszahlungen, Tilgungsleistungen, die Bestellung von Sicherheiten etc. – können rückwirkend angefochten werden und sind dann herauszugeben oder zurückzuzahlen.
3. Dieser Gläubigerschutz erschwert Unternehmen in der Krise sowohl die Aufrechterhaltung des eigenen Geschäftsbetriebs, als auch die Verhandlungen mit Geldgebern.
 - 3.1 Diese müssen üblicherweise zusätzlich zu ihrem allgemeinen Geschäftsrisiko das Risiko einer Folgeinsolvenz übernehmen.
 - 3.2 Üblicherweise reagieren Lieferanten hierauf mit (sehr) kurzen Zahlungszielen (*Bargeschäft*, § 142 Abs. 1 InsO) und Geldgeber mit hohen Zinserwartungen. Dies kann die Krise eines Unternehmens zusätzlich vertiefen.
4. Das Covid-19 Pandemiegesetz hat Bedingungen geschaffen, welche diese negativen Folgen abmildern um Unternehmen „Luft zum Atmen“ und Zeit für die Anpassung ihres Finanzierungsmodells zu verschaffen.



5. Die Risiken der Sanierung eines jungen Unternehmens im laufenden Geschäftsbetrieb ergeben sich vornehmlich aus drei allgemeinen Regelungen des deutschen Insolvenzrechts.
 - 5.1 Die Anfechtung einer kongruenten Deckung gemäß § 130 InsO ermöglicht die Anfechtung eines Leistungsaustauschs im ordentlichen und unveränderten Geschäftsbetrieb.
 - 5.1.1 Voraussetzung ist eine Leistung innerhalb der letzten drei Monate vor dem Antrag, dass der Schuldner bereits zahlungsunfähig war und der Gläubiger dies auch wusste.
 - 5.1.2 Ausreichend für die Kenntnis des Gläubigers ist bereits die Kenntnis von Umständen, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen.
 - 5.1.3 Diese Kenntnis wird aufgrund der weitreichenden wirtschaftlichen Auswirkungen der Covid-19-Pandemie nicht selten vorliegen.
 - 5.1.4 Darüber hinaus wird die Kenntnis bei nahestehenden Personen – insbesondere Organen juristischer Personen – vermutet.
 - 5.2 Wirtschaftlich bewirkt die Anfechtung nach § 130 InsO, dass Empfänger eine Leistung ggf. selbst dann nicht behalten dürfen, wenn sie ansonsten ordnungsgemäß bewirkt wurde. Enge Geschäftspartner, die die Situation eines Start-Ups kennen, müssten empfangene Zahlungen zurückgewähren und Geschäftsführer müssten ihren Lohn zurückzahlen.
 - 5.3 Die Anfechtung einer inkongruenten Deckung nach § 131 InsO ermöglicht die Anfechtung von Leistungen außerhalb des ordentlichen und unveränderten Geschäftsbetriebs.
 - 5.3.1 Erfasst sind Leistungen, die ein Gläubiger nicht, nicht zu der Zeit oder nicht in der geschuldeten Art beanspruchen durfte.
 - 5.3.2 Aufgrund dessen ist das subjektive Element dieses Anfechtungstatbestands deutlich herabgesetzt. Die Inkongruenz ist ein erkennbares Zeichen für eine Krise des Schuldners.
 - 5.4 Wirtschaftlich bedeutet dies, dass insolvenzrechtlich gerade die in einer Krise so bedeutsamen kreativen und pragmatischen Lösungen für Gläubiger ein erhöhtes Risiko bedeuten.
 - 5.5 § 132 InsO bildet einen Auffangtatbestand.
 - 5.5.1 Die Anfechtung nach § 132 InsO erlaubt, unmittelbar nachteilige Geschäfte eines Unternehmens in der Krise rückgängig zu machen.
 - 5.5.2 Dies betrifft insbesondere Geschäfte, im Rahmen derer das Krisenunternehmen keine werthaltige Gegenleistung erhält – Verschleuderungsgeschäfte oder Notverkäufe.
 - 5.6 Wirtschaftlich verhindert die Anfechtung nach § 132 InsO, dass Dritte auf Kosten eines Unternehmens und seiner Gläubiger aus einer Unternehmenskrise Profit schlagen. Gleichsam erschwert sie aber auch, durch Notverkäufe in einer Krise Liquidität zu generieren.
6. Der Sanierung eines jungen Unternehmens durch Zuführung weiteren Kapitals würden ohne die im COVInsAG enthaltenen Änderungen im Kern zwei allgemeine Regelungen des deutschen Insolvenzrechts entgegenstehen.
 - 6.1 § 135 InsO erlaubt, Leistungen auf Gesellschafterdarlehen bis zu einem Jahr rückwirkend anzufechten.



- 6.1.1 Die Anfechtung der Besicherung von Gesellschafterdarlehen ist sogar bis zu zehn Jahre rückwirkend möglich.
- 6.1.2 Kraft einer solchen Anfechtung müsste die erhaltene Tilgung oder die Sicherheit durch den Gesellschafter herausgegeben werden.
- 6.2 Wirtschaftlich soll diese Anfechtung verhindern, dass Gesellschafter ihre bestehenden und gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig haftenden Darlehen an die Gesellschaft in der Krise kündigen und zurückfordern.
- 6.3 Gleichzeitig verhindert sie aber auch vielfach eine neue Darlehensvergabe zur Brückenfinanzierung durch Gesellschafter – weil ihr Kreditrisiko deutlich steigt.
- 6.4 Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich ein weiteres Risiko für Geldgeber in einer Unternehmenskrise: Die Kreditvergabe und -besicherung als solche kann in der Krise sittenwidrig und damit gemäß § 138 BGB insgesamt nichtig sein. In den Worten des Bundesgerichtshofs:

„Eine Insolvenzverschleppung liegt beispielsweise vor, wenn ein Kreditgeber um eigener Vorteile willen die letztlich unvermeidliche Insolvenz eines Unternehmens nur hinausschiebt, indem er Kredite gewährt, die nicht zur Sanierung, sondern nur dazu ausreichen, den Zusammenbruch zu verzögern, wenn hierdurch andere Gläubiger über die Kreditfähigkeit des Unternehmens getäuscht und geschädigt werden sowie der Kreditgeber sich dieser Erkenntnis mindestens leichtfertig verschließt (...).“ (BGHZ 210, 30 Tz. 40).
- 6.5 Die Entscheidung über die Sittenwidrigkeit eines Geschäfts ist stets eine Einzelfallentscheidung.
- 6.6 Wirtschaftlich tragen deshalb Darlehensgeber innerhalb und außerhalb des Gesellschafterkreises – insbesondere die eigene Hausbank – das Risiko, dass ein in der Krise abgeschlossener Darlehensvertrag nichtig ist.
- 6.7 Das Ausfallrisiko des Darlehensgebers erhöht sich in diesem Fall deutlich, weil auch die Besicherung nichtig und damit unwirksam wäre.
7. Genau an diesen Stellschrauben setzt das COVInsAG an und beseitigt für ansonsten gesunde Unternehmen, die üblicherweise bestehenden Schwierigkeiten einer Sanierung.
8. Ist nach dem COVInsAG die Insolvenzantragspflicht während der Sars-Cov2-Pandemie ausgesetzt, können Leistungen dieser Gesellschaft im laufenden Geschäftsbetrieb auch in einem späteren Insolvenzverfahren nicht angefochten werden.
9. Das Geschäftsrisiko von Lieferanten und Abnehmern erhöht sich deshalb in der Krise nicht.
- 9.1 Durch Art. 1 § 2 I Nr. 4 COVInsAG werden Rechtshandlungen, die einem Geschäftspartner Sicherung oder Befriedigung gewähren, in einem späteren Insolvenzverfahren von einer möglichen Anfechtung ausgenommen.
- 9.2 Dies schließt eine Anfechtung nach § 130 InsO aus und erfasst sämtlichen regulären Leistungsaustausch.



Corporate Law Clinic e.V.

We make you legally exist.

- 9.3 Geschäftspartner, die bereits in einer Geschäftsbeziehung zu dem betroffenen Unternehmen stehen, sollen durch die Übergangsregelung zur Aufrechterhaltung dieser Geschäftsbeziehung motiviert werden.
- 9.4 Die Privilegierung gilt nur dann nicht, wenn ein Leistungsempfänger (positive) Kenntnis davon hatte, dass die Finanzierungs- und Sanierungsbemühungen des Schuldners nicht zur Beseitigung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit geeignet gewesen sind.
- 9.5 Diese Schwelle ist sehr hoch.
10. Den betroffenen Unternehmen und ihren organschaftlichen Vertretern soll Zeit gegeben werden, um den Weg aus der Krise zu finden. Dafür notwendige Finanzierungs- und Sanierungsarrangements mit Gläubigern und Kapitalgebern sollen nicht kurzfristig, sondern nachhaltig verhandelt und vereinbart werden können.
- 10.1 Art. 1 § 2 I Nr. 2 COVInsAG regelt hierzu, dass die bis zum 30.09.2023 erfüllte Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits, sowie eine entsprechende Besicherung als nicht gläubigerbenachteiligend gelten.
- 10.2 Zudem ist die Kreditvergabe und Besicherung gem. Art. 1 § 2 I Nr. 3 COVInsAG nicht als sittenwidrig anzusehen.
- 10.3 Darlehensgeber tragen deshalb bei neuen Krediten, welche bis zu diesem Stichtag getilgt werden kein erhöhtes, sondern nur ihr allgemeines Kreditrisiko.
11. Dies gilt auch für neue Gesellschafterdarlehen, für welche bis zu diesem Stichtag auch der Nachrang aufgehoben wird.
12. Gesellschafter, die ihren Gesellschaften Darlehen gewähren, tragen deshalb bis zu diesem Stichtag ebenfalls kein erhöhtes Kreditrisiko.
13. Dieses Privileg ermöglicht insbesondere Brückenfinanzierungen durch Gesellschafter, welche Start-Ups ermöglichen eine Finanzierung über Fremdkapital oder eine (weitere) Finanzierungsrunde abzuschließen.

Für individuelle Anfragen:

julian@corplawclinic.de & janic@corplawclinic.de

Die Arbeit der Corporate Law Clinic ist und bleibt in Gänze kostenlos. Deswegen steht unser Angebot unter dem Vorbehalt ausreichender Kapazitäten. Die Beratung mancher Anfragen kann uns zudem aufgrund der geltenden Gesetzeslage im Einzelfall unmöglich sein.

Die aktuelle Pandemie ist eine Zeit der Solidarität. Aus diesem Grund werden wir uns nach Kräften bemühen, jede Anfrage zu beantworten und ein persönliches (Video-)Gespräch zu vereinbaren. Sollte uns die Bearbeitung einer Anfrage nicht möglich sein, werden wir von unseren Beiräten unterstützt – wir finden für (fast) alles eine Lösung. Informationen zu unseren Beiräten findet Ihr auf unserer Website.

Dieses Memo wurde mit fachlicher Unterstützung unseres Beirats RA Arnt Göppert, LL.M. (McGill), Partner der Sozietät Friedrich Graf von Westphalen & Partner mbB, erstellt.

Ihm möchten wir an dieser Stelle für sein Engagement herzlich danken.