

INDAT REPORT

Fachmagazin für Restrukturierung,
Sanierung und Insolvenz

»Mit Impulsen für baldige Veränderungen Abschied von unsinnigen Traditionen

Konsequente Digitalisierung im Insolvenzverfahren

»Befragung der Bundesländer zur Digitalisierung des Insolvenzverfahrens

Zustimmung mit Warnung vor »Schnellschuss«

»RA Maximilian Breitling (Gleichenstein & Breitling) im Verwalterporträt

Tabby sorgt für schnelleres Arbeiten

»Herausforderungen bei Finanzierungen in Zeiten der Corona-Krise

Von Finanzspritzen und Schnäppchenjägern

»Handelsrechtliche Fortführungsprognose im Jahresabschluss

Covid-19: Überschuldung nunmehr irrelevant?

impro
immobilien | professionell

impro.de

Covid-19-Pandemie: Überschuldung nunmehr irrelevant?

Nach § 1 Satz 1 COVInsAG ist die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags im Zeitraum vom 01.03.2020 bis zunächst zum 30.09.2020 ausgesetzt. Das betrifft nicht nur den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit, sondern auch die insolvenzrechtliche Überschuldung. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf die handelsrechtliche Fortführungsprognose nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB im Rahmen der Aufstellung des Jahresabschlusses und die insolvenzrechtliche Überschuldung nach § 19 InsO. Dabei geht es insbesondere um die Frage, wann eine etwaige Überschuldung auf der Covid-19-Pandemie »beruht« (vgl. § 1 Sätze 2 und 3 COVInsAG). Weiter erörtern die Verfasser Fragen, die nach Auslaufen des Aussetzungszeitraums (30.09.2020, längstens verlängerbar bis 31.03.2021) zu Fortführungsprognose und Überschuldung auftreten könnten.

Text: RA Dr. jur. Dietmar Rendels, Sozietät Kübler, Köln, und WP/StB Karsten Zabel, RST HANSA GmbH, Essen

I. Praxisfall (Flughafen GmbH der Stadt D)

Eine größere Stadt D ist Alleingesellschafterin einer Flughafen GmbH (fortan auch kurz: F GmbH). Bis Anfang März 2020 liefen die Geschäfte gut. Nunmehr ist die Geschäftstätigkeit durch die Maßnahmen der Bundesregierung bzw. der Bundesländer vollständig zum Erliegen gekommen.

Schon vor der Covid-19-Pandemie war die F GmbH auf jährliche Zuwendungen der Stadt D in Höhe einiger Mio. Euro angewiesen, die regelmäßig durch Zuwendungsbescheid bewilligt wurden. Der Geschäftsführer X der F GmbH verfügt zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch über ausreichende Liquidität und kann in den kommenden Wochen alle Verbindlichkeiten bei Fälligkeit begleichen. Die Liquiditätsplanung zeigt aber, dass bei Fortdauer der Covid-19-Maßnahmen im Worst Case die Liquidität im Januar 2021 verbraucht sein wird, im Best Case im Sommer 2021. Zudem hat der Geschäftsführer X die Sorge, dass wegen der anstehenden Ferienzeit und der Abwesenheit zahlreicher Ansprechpartner bei der Stadt die notwendige Erhöhung der finanziellen Zuwendungen – auch wegen beihilfe- und kommunalrechtlicher Fragen – möglicherweise bis zum 30.09.2020 nicht rechtzeitig erfolgen kann. Zudem wird die F GmbH wegen fortlaufender Verluste in den nächsten Wochen die Hälfte ihres Stammkapitals verbrauchen. Der Geschäftsführer X fragt seine Berater, unter welchen Voraussetzungen er weiterhin von einer positiven handelsrechtlichen Fortführungsprognose nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB und einer fehlenden insolvenzrechtlichen Überschuldung nach § 19 InsO ausgehen darf.

II. Corona und Jahresabschluss: wertaufhellende/ wertbegründende Tatsache zu welchem Stichtag?

1. Jahresabschluss zum 31.12.2019

Nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist bei der Bewertung der im Jahresabschluss ausgewiesenen Vermögensgegenstände und Schulden grundsätzlich von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit (Going-Concern-Prinzip) auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen.¹ Bei der Beurteilung der Fortführung der Unternehmenstätigkeit handelt es sich um eine Prognoseentscheidung der gesetzlichen Vertreter im Rahmen der Aufstellung des Jahresabschlusses. Dabei sind ausgehend von den bisherigen Entwicklungen die maßgeblichen Daten in der bisherigen integrierten Unternehmensplanung fortzuschreiben.

Der Gesetzgeber hat auf eine Konkretisierung des Prognosezeitraums verzichtet, sodass auf einen unternehmensspezifischen, überschaubaren und hinreichend konkreten Zeitraum abzustellen ist. Überwiegend wird die Auffassung vertreten, dass der Prognosezeitraum einen Zeitraum von mindestens zwölf Monaten ab dem Abschlussstichtag umfassen soll, wobei bis zum Abschluss der Aufstellung des Jahresabschlusses keine fundierten Anhaltspunkte gegen die Annahme der Fortführungsprognose vorliegen dürfen. Der 12-Monats-Zeitraum ist als Richtwert zu verstehen, von dem im Einzelfall je nach verfügba-

¹ Grundlegend, vgl. Zabel in: Bork/Kayser/Kebeke (Hrsg.), Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, 2015, S. 825 ff. m. w. N.

ren Informationen abgewichen werden kann bzw. muss.² Sofern Anhaltspunkte vorliegen, dass sich die gesetzlichen Vertreter mit der Prüfung von Insolvenzgründen auseinandersetzen müssen, ist der Prognosezeitraum im Rahmen der Beurteilung der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose auf das laufende und folgende Geschäftsjahr zu erweitern. In diesem Fall ist der verlängerte Prognosezeitraum auch bei Beurteilung der handelsrechtlichen Fortführungsprognose zugrunde zu legen.³

Bei der Beurteilung der Fortführung der Unternehmenstätigkeit sind die Verhältnisse am Abschlussstichtag maßgebend, wobei wertaufhellende Tatsachen zu berücksichtigen sind. Hierunter sind Ereignisse zu verstehen, die erst nach dem Bilanzstichtag bekannt werden, deren Verursachung aber bereits vor dem Bilanzstichtag liegt. Wertbegründende Tatsachen, d.h. nach dem Abschlussstichtag eingetretene Ereignisse, sind bei der Beurteilung der Fortführungsprognose in zwei Fällen zu berücksichtigen:⁴

- Eingetretene positive wertbegründende Ereignisse (z.B. Forderungsverzichte oder Gesellschafterbeiträge) können bei der Beurteilung der Fortführungsprognose berücksichtigt werden, soweit davon ausgegangen werden kann, dass sie die seitens der gesetzlichen Vertreter zum Abschlussstichtag bereits bestehenden Erwartungen bestätigen.
- Eingetretene negative wertbegründende Ereignisse, die auch nach den Verhältnissen am Stichtag nicht vorhersehbar waren und zu einem Wegfall der Annahme der Fortführung führen (z.B. Großbrand der Produktionsanlage mit der notwendigen Folge der Betriebseinstellung), sind bei allen zu diesem Zeitpunkt noch nicht endgültig festgestellten Jahresabschlüssen zu berücksichtigen.

Nach einer in einem IDW-Schreiben vom 25.03.2020 geäußerten Ansicht sind die Folgen der Covid-19-Pandemie erst im Januar 2020 aufgetreten und hinreichend relevant geworden.⁵ Die nach dem Stichtag 31.12.2019 aufgetretene Verbreitung ist damit in Bezug auf Jahresabschlüsse zum 31.12.2019 nach dieser Ansicht grundsätzlich (nur) werterhellend zu berücksichtigen. Nach anderer Ansicht sind die Ereignisse im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie zumindest in China schon Ende 2019 greifbar geworden, was eine Einordnung als wertbegründende Tatsache rechtfertigt.⁶ Bei Einordnung als wertbegründend können daraus Wertkorrekturen im Jahresabschluss zum 31.12.2019 folgen.

Folgt man der Ansicht des IDW, ist im Jahresabschluss zum 31.12.2019 (nur) im Lagebericht und im Anhang auf die nach-

träglich eingetretenen Risiken einzugehen. Hierbei ist zwischen entwicklungsbeeinträchtigenden und bestandsgefährdenden Risiken zu unterscheiden:⁷

- Entwicklungsbeeinträchtigende Risiken gehen über das allgemeine Unternehmensrisiko hinaus und haben mit hoher Wahrscheinlichkeit wesentlichen Einfluss auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens.
- Bestandsgefährdende Risiken haben in erheblichem Umfang nachteilige Auswirkungen auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens, sodass der Bestand des Unternehmens nicht mehr hinreichend gesichert ist.

2. Jahresabschluss bei abweichendem Geschäftsjahr 2020/zum 31.12.2020

Für Bilanzstichtage nach dem 31.12.2019 ist das Auftreten des Virus als wertbegründend anzusehen. Das kann einzelfallabhängig zu erheblichen Wertkorrekturen führen.⁸ Insbesondere stellt sich bei Jahresabschlüssen nach dem Stichtag 31.12.2019 die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine positive handelsrechtliche Fortführungsprognose gerechtfertigt ist (dazu unten III.3.1).

III. COVInsAG und insolvenzrechtliche Überschuldung

1. Vor Corona: Geschäftsleitung hat die Darlegungs-/ Beweislast für positive Fortbestehensprognose

Unabhängig vom Corona-Sonderrecht würde die Insolvenzordnung (InsO) greifen. Diese bestimmt in § 19 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz InsO, dass – nur dann – ausnahmslos von einer fehlenden insolvenzrechtlichen Überschuldung ausgegangen werden kann (Entbehrlichkeit eines Vermögensstatus mit Aktiva-Passiva-Vergleich, wenn eine positive insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose vorliegt (zu Unterschieden zwischen insolvenzrechtlicher Fortbestehensprognose und handelsrechtlicher Fortführungsprognose unten III.3.1). Dies bedeutet, dass die konkrete Gesellschaft (im Ausgangsfall z.B. die F GmbH) in der Lage sein muss, die bereits fälligen oder fällig werdenden Verbindlichkeiten im aktuellen und laufenden Geschäftsjahr pünktlich begleichen zu können.⁹ Um diese positive Fortbestehensprognose i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz InsO belegen zu können, muss der Geschäftsführer einer GmbH oder sonstigen jur. Person

² Vgl. Zabel in: Bork/Kayser/Kebeke (Hrsg.), Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, 2015, S. 830 f.

³ Vgl. IDW-Positionspapier vom 13.08.2012, FN-IDW 2012, 463 ff., Rz. 17.

⁴ Vgl. Zabel in: Bork/Kayser/Kebeke (Hrsg.), Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, 2015, S. 831.

⁵ Vgl. dazu Thurow, BC 2020, 149.

⁶ Vgl. Tanski, DStR 2020, 820 ff.

⁷ Vgl. Zabel in: Bork/Kayser/Kebeke (Hrsg.), Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, 2015, S. 829 f.

⁸ Zu einzelnen Bilanzpositionen vgl. Thurow, BC 2020, 149 ff.

⁹ Zum (strittigen) Prognosezeitraum vgl. WP-Handbuch, Bd. II (2014), S. 239 ff. (ab S. 1447); grundsätzlich wird in der Wirtschaftsprüferpraxis davon ausgegangen, dass bei der Fortbestehensprognose i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO das laufende und das kommende Geschäftsjahr »analog« dem Zeitraum beim Jahresabschluss zu betrachten sind.

über eine schriftlich verfasste (i. d. R. integrierte) Unternehmensplanung verfügen.¹⁰ Sofern und soweit nicht ausnahmsweise eine Gesellschaft eindeutig »im Geld schwimmt«, ist die Geschäftsführung – grundsätzlich, bei Anlegung der üblichen Maßstäbe der InsO – immer gut beraten, zum Nachweis einer positiven insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose eine schriftlich dokumentierte Unternehmensplanung »vorrätig« zu haben. Bei negativer Fortbestehensprognose muss die Geschäftsleitung eine Überschuldungsbilanz zu Aktiva und Passiva aufstellen. Wegen der Bewertung zu Zerschlagungswerten unter Einschluss der Auslaufkosten wird das meistens zur Überschuldung i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO führen. Die stillen Reserven, die in der Überschuldungsbilanz »zu heben« sind, sind meistens nicht groß genug, um eine insolvenzrechtliche Überschuldung zu vermeiden.

2. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG (Überblick¹¹)

Vorstehende erörterte Regelung des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO zur Darlegungs- und Beweislast der Geschäftsleitungsorgane zum Beleg einer positiven Fortbestehensprognose wird durch das COVInsAG wie folgt ausgesetzt: Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags, auch wegen insolvenzrechtlicher Überschuldung, ist grundsätzlich ab dem 01.03.2020 bis zum 30.09.2020 ausgesetzt (§ 1 Satz 1 COVInsAG). Nach Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen von Corona¹² gelten die insolvenzrechtlichen Sondervorschriften – rückwirkend – mit Wirkung zum 01.03.2020.

Die Insolvenzantragspflicht besteht jedoch unverändert (siehe vorstehend III.1) fort, »wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung (von Corona) beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen« (§ 1 Satz 2 COVInsAG). War ein Schuldner »am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig, wird vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen« (§ 1 Satz 3 COVInsAG).

Die COVInsAG-Regelungen betreffen (grundsätzlich) auch die Insolvenzantragspflicht wegen insolvenzrechtlicher Überschuldung. Dies ergibt sich schon aus § 1 Satz 1 COVInsAG, da dort – auch die Überschuldung umfassend – allgemein die »Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags« ausgesetzt wird (zu Einzelheiten in Bezug auf die Überschuldung sogleich unter III.3).

3. Stellungnahme zu einzelnen Problemfeldern

3.1 Überschneidungen/Wechselwirkungen von handelsrechtlicher Fortführungsprognose und insolvenzrechtlicher Fortbestehensprognose

Die insolvenzrechtliche Überschuldung und dazu die Fortbestehensprognose einerseits und die handelsrechtliche Fortführungsprognose nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB andererseits stehen miteinander in Verbindung. Beide Prognosen haben »Überlappungsbereiche« bzw. sind teilweise identisch.¹³ Eine negative Fortbestehensprognose i. S. d. Insolvenzrechts bedingt im Zweifel, dass handelsrechtlich nicht mehr zu Going Concern bewertet werden darf.¹⁴ Darf handelsrechtlich nicht zu Going Concern bewertet werden, löst das im Zweifel die insolvenzrechtliche Überschuldung nach § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO aus. Das gilt schon deshalb, weil ein solches Unternehmen i. d. R. mit so einer schlechten Handelsbilanz keine Kredite erhalten wird. Über die Detailabgrenzung, z. B. Prognosezeiträume¹⁵ und Prognoseanforderungen und insoweit mögliche Unterschiede zwischen insolvenzrechtlicher und handelsrechtlicher Prognose, mag man diskutieren.

Einige Unterschiede ergeben sich schon klar aus dem Gesetzeswortlaut. Nach überwiegender Auffassung, die zumindest vor Verabschiedung des IDW S 6 auch vom IDW geteilt wurde, ist zu unterscheiden: Handelsrechtlich (im Zusammenhang mit der Bewertungsvorschrift des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) wird die Prognose als »Fortführungsprognose« bezeichnet. Insolvenzrechtlich, im Rahmen des § 19 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz InsO, ist die »Fortbestehensprognose« gemeint, wenn auch der Gesetzestext der InsO etwas irreführend von »Fortführung« spricht. Die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose ist eine reine Liquiditätsprognose, die Fortführungsprognose nach HGB geht wegen des weitergehenden Wortlauts des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB (»rechtliche und tatsächliche Gegebenheiten entgegenstehen«) weiter als die insolvenzrechtliche, reine Liquiditätsprognose.¹⁶

Zu den »rechtlichen« Hindernissen des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB kann eine insolvenzrechtliche Überschuldung gehören, da diese zur Insolvenzantragstellung verpflichtet.¹⁷ Zu den tatsächlichen Hindernissen, die handelsrechtlich zu einer Bewertung zu Zerschlagungswerten zwingen, kann mangelnde Liquidität, d. h. Zahlungsunfähigkeit oder drohende Zahlungsunfähigkeit, gehören

¹⁰ Zur Notwendigkeit einer integrierten Planung vgl. IDW S 6 Tz. 93 ff.; dabei sind auch die Planungsprämissen grundsätzlich schriftlich niederzulegen, sodass ein außenstehender Leser die Planung nachvollziehen kann.

¹¹ Vgl. ZRI 2020 (Heft 5), dort Fritz 217 ff., Schmittmann 234 ff. und Pleister/Palenker 245 ff.

¹² Bundesgesetzblatt (BGBl.) vom 27.03.2020, S. 569 ff.

¹³ Vgl. WP-Handbuch, Bd. II (2014), S 239 (S. 1447).

¹⁴ Wobei allerdings der BGH dann, wenn ein Insolvenzverwalter fortführen kann, bei § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB eine Going-Concern-Bewertung als zulässig ansieht, vgl. BGH, Urt. v. 26.01.2017 – IX ZR 285/14, Tz. 27.

¹⁵ Brinkmann, NZI 2019, 921, 924, möchte den Prognosezeitraum der Überschuldungsprüfung auf zwölf Monate begrenzen.

¹⁶ Vgl. Zabel in: Bork/Kayser/Kebeke (Hrsg.), Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, Verlag C. H. Beck, 2015, S. 826.

¹⁷ Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 26.01.2017 – IX ZR 285/14, ZIP 2017, 427.

(selbstverständlich begründet eine Insolvenzantragspflicht wegen Zahlungsunfähigkeit bei jur. Personen dann – auch – ein »rechtliches« Fortführungshindernis i. S. d. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB).

Sofern nicht ein Unternehmer ausnahmsweise »im Geld schwimmt«, besteht (wie bei der Ausräumung der insolvenzrechtlichen Überschuldung, s. o. III.1 zu § 19 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz InsO) auch handelsrechtlich die Verpflichtung, die ausreichende Liquidität im laufenden und folgenden Geschäftsjahr durch eine integrierte Unternehmensplanung mit schriftlich dokumentierten Planannahmen zu belegen und die Fortführungsprognose nach HGB zu dokumentieren.¹⁸ Wird vom Berater im Zusammenhang mit dem Jahresabschluss zu Unrecht eine positive handelsrechtliche Fortführungsprognose (die Bilanz unter Einschluss der Prognose ist vom Geschäftsführer zu erstellen) unterstützt – und dadurch die insolvenzrechtliche Überschuldung (wie oft) »verschlafen« –, kann das zur Beraterhaftung führen.¹⁹

3.2 Widerlegbare Vermutung: Überschuldung irrelevant bei Zahlungsfähigkeit zum 31.12.2019 (§ 1 Satz 3 COVInsAG)?

§ 1 Satz 3 COVInsAG normiert die gesetzliche (widerlegbare) Vermutung, dass die »Insolvenzreife« – und damit vom Wortlaut der Norm auch eine insolvenzrechtliche Überschuldung²⁰ – auf Corona »beruht«, wenn der Schuldner am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig war.²¹ Damit gilt § 1 Satz 3 COVInsAG – jedenfalls nach seinem Wortlaut – auch für die Überschuldung²² und vermutet deren »Beruhen (auf Corona)« i. S. d. § 1 Satz 2 COVInsAG. Im Entwurfsstand zum COVInsAG zum 19.03.2020 war noch ausdrücklich von »Überschuldung« und »Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich« die Rede.²³

Die Beweislast für die fehlende Zahlungsunfähigkeit als Grundlage für die Vermutung des Satz 3 liegt aufgrund der Formulierung des Tatbestands als Tatbestandsvoraussetzung (»nicht zahlungsunfähig«) beim Geschäftsführer.²⁴ Zur Frage der Widerlegbarkeit i. S. d. § 1 Satz 3 COVInsAG, auch mit Blick auf die Überschuldungsprüfung, ist auf die Einzelfallumstände und den konkreten Geschäftsbetrieb abzustellen.²⁵

Zum Zeitraum bis zum 31.12.2019:

Was soll bei einer zum 31.12.2019 oder vorher eingetretener – drohender – Zahlungsunfähigkeit und damit regelmäßig einhergehender negativer Fortbestehensprognose und insolvenzrechtlicher Überschuldung gelten, etwa weil zu diesen Zeitpunkten klar war, die Hausbanken würden im Mai 2020 auslaufende, notwendige Bankkredite nicht mehr prolongieren? Dann lag (einzelfallabhängig) zum 31.12.2019 oder schon deutlich davor zum damaligen Zeitpunkt eine insolvenzrechtliche (ggf. verschlafene) Überschuldung vor.²⁶

Die Sinnhaftigkeit der Regelung des § 1 Satz 3 COVInsAG, insbesondere im Verhältnis zu § 1 Satz 2 COVInsAG, ist zum Teil kritisch infrage gestellt worden.²⁷ Da jedenfalls bei den allermeisten Geschäftsmodellen bis zum 31.12.2019 die Covid-19-Pandemie ohne Bedeutung war, kann bezogen auf Sachverhalte zu diesem Stichtag oder davor liegende Stichtage eigentlich – entgegen der Wertung des § 1 Satz 3 COVInsAG – kein Rückschluss auf das »Beruhen« der Überschuldung auf Corona erfolgen.²⁸ Die rückwirkende Vermutung, eine Überschuldung zum 31.12.2019 oder gar aus der Zeit davor, beruhe (i. S. d. § 1 Satz 2 COVInsAG) auf Corona, wäre eher eine Fiktion, die mangels Corona-Auswirkungen zum 31.12.2019 oder gar davor auf den ersten Blick nicht sinnvoll erscheint.²⁹

Ob es zum Stichtag 31.12.2019 abhängig vom Geschäftsmodell einzelne Fälle einer Betriebsstörung durch die Covid-19-Pandemie gibt, mag näher zu untersuchen sein. Das Virus ist jedenfalls noch im Dezember 2019 in China in Einzelfällen aufgetreten und wurde als neuartig identifiziert.³⁰ Zum Jahresabschluss zum 31.12.2019 wird immerhin auch vertreten, die Covid-19-Pandemie sei bereits zu diesem Stichtag wertbegründend (so mag es Messebauer aus Deutschland geben, die schon Ende Dezember 2019 ihr China-Geschäft einschränkten). Verschleppungszeiträume vor Mitte Dezember 2019 sind keinesfalls Corona-bedingt.

Dem Gesetzgeber ging es nach der Gesetzesbegründung mit dem § 1 Satz 3 COVInsAG darum, zu betonen, dass im Rahmen des § 1 Satz 2 COVInsAG »höchste Anforderungen« an die Widerlegung der Vermutung zu stellen sind, wenn vom »Angreifer« behauptet wird, die Insolvenzreife habe nicht auf Corona beruht oder es habe nicht gelingen können, die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.³¹ Der Gesetzestext ist im Präsens abgefasst (»beruht« oder »Aussichten bestehen«). Da der Gesetzgeber zum

18 Wobei nach BGH (a. a. O. Tz. 34 ff.) insbesondere dann eine Beraterhaftung im Raum steht, wenn in den vergangenen Jahren keine Gewinne erzielt wurden, es nicht möglich war, leicht Kredite zu beschaffen und insbesondere ein negatives Eigenkapital (auf der linken Seite der Bilanz) gegeben ist.

19 Vgl. dazu insbesondere BGH, Urt. v. 26.01.2017, IX ZR 285/14.

20 So zutreffend Fritz, ZRI 2020, 217, 221.

21 Die insgesamt vollständigste und übersichtlichste Kommentierung zu allen Sonderregelungen anlässlich Corona, insbesondere auch mit Bezug zum Insolvenzrecht, findet sich bei Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, 15. A., 2020, dort Überblick zum Pandemiegesezt und zu COVInsAG.

22 Vgl. Hirte a. a. O., Rz. 32; Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633, 639; Thole, ZIP 2020, 650, 653/654; Bitter ZIP 2020, 685, 687 ff.

23 Vgl. dazu Hirte, Uhlenbruck a. a. O., Überblick Rz. 15 ff.

24 Vgl. Bitter, ZIP 2020, 685, 688.

25 Vgl. dazu Hirte a. a. O., Rz. 29.

26 Vgl. Bitter, ZIP 2020, 685, 688.

27 Vgl. Bitter, ZIP 2020, 685, 688; Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633, 636 (»Satz 3 hat einen Anwendungsbereich daher nur bei Prüfung des zweiten Ausnahmegrunds der fehlenden Aussichten auf Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit«).

28 Vgl. Bitter, ZIP 2020, 685, 688.

29 Vgl. Bitter, ZIP 2020, 685, 688.

30 Vgl. Darstellung des zeitlichen Ablaufs der Corona-Verbreitung bei Tanski, DStR 2020, 820.

31 BT-Drs. 19/18110, S. 22.

Zeitpunkt des Inkrafttretens (27.03.2020) aktuell ggf. bestehende Insolvenzantragspflichten vor Augen hatte, ist das konsequent. Bei zukünftigen Haftungsstreitigkeiten wird dann rückschauend um »beruht haben« gestritten.

Nach der Gesetzesbegründung soll selbst eine Zahlungsunfähigkeit zum 31.12.2019 nichts daran ändern, dass das Nichtberuhen der Insolvenzreife auf Corona oder das Fehlen von Aussichten zur Wiedererlangung der Zahlungsfähigkeit von demjenigen zu beweisen ist, der eine fortbestehende Insolvenzantragspflicht i. S. d. § 1 Satz 2 COVInsAG reklamiert.³² War zum 31.12.2019 Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gegeben, hat die Geschäftsleitung einer jur. Person vor Inkrafttreten des COVInsAG zum 01.03.2020, sofern die Insolvenzgründe nicht nach dem 31.12.2019 beseitigt wurden, unter Geltung der damaligen Gesetzeslage die Insolvenzantragsfrist des § 15 a InsO von maximal drei Wochen verpasst.

Hirte vertritt die Ansicht, dass eine am 31.12.2019 ggf. bestehende insolvenzrechtliche Überschuldung keine Relevanz hat.³³ Das COVInsAG sei ein erster Schritt in Richtung Abschaffung des Insolvenzgrunds der Überschuldung, jedenfalls sei eine »krisenadjustierte Fortbestehensprognose« geboten.³⁴ Ausdrücklich hat der COVInsAG-Gesetzgeber die Überschuldung als Insolvenzauslöser nicht abgeschafft und mangels Ausführungen dazu in der Gesetzesbegründung auch nicht abschaffen wollen. Aber gerade auch wegen § 1 Satz 3 COVInsAG und der damit verbundenen Absicht des Gesetzgebers, dem »Angreifer« eine möglichst hohe Darlegungs- und Beweislast für eine Insolvenzantragspflicht und deren Verletzung auferlegen zu wollen, ist bei Zahlungsfähigkeit zum 31.12.2019 die Vorschrift des § 19 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz InsO (dazu oben III.1) wegen des COVInsAG unseres Erachtens nicht anwendbar. Nach Ansicht der Verfasser dieses Beitrags muss deshalb ein Geschäftsführer, der die Zahlungsfähigkeit zum 31.12.2019 darlegt (und ggf. beweist) – unter Geltung des COVInsAG – anders als nach § 19 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz InsO vorgesehen, dem Gegner keine Unternehmensplanung für das Jahr 2020 zur Ausräumung eines etwaigen im Ansatz gegebenen Verdachts der Überschuldung im Rechtsstreit vorlegen und seine Prämissen der Unternehmensplanung nicht offenlegen. Die (ggf. als sekundär zu bezeichnende) Darlegungslast der Geschäftsleitung hat § 1 Satz 3 COVInsAG gesenkt, die (primäre) Darlegungslast des Angreifers erhöht.³⁵

Wenn etwa in obigem Beispielsfall (Banken sperren sich Ende 2019 gegen notwendige Kreditprolongation ab Mai 2020) auch nur geringe Chancen einer Prolongation bestanden haben, gehen Unklarheiten insoweit zulasten des Insolvenzverwalters, der eine insolvenzrechtliche Überschuldung und deswegen eine

Insolvenzantragspflichtverletzung zum 31.12.2019 oder aus für der Zeit davor behauptet. Das COVInsAG tritt zwar gem. Art. 6 Abs. 1 des Artikelgesetzes zur Bekämpfung der Pandemiefolgen mit Wirkung zum 01.03.2020 in Kraft. Die Darlegungs- und Beweislast ist aber im beschriebenen Sinn für Geschäftsführer ab dem 31.12.2019³⁶ zulasten des »Angreifers gedreht« worden.

Das ändert natürlich dann nichts zugunsten einer Geschäftsleitung, wenn etwa die Hausbanken völlig eindeutig bis zum 31.12.2019 (insbesondere im Zeitraum davor) eine notwendige Kreditprolongation oder notwendige Neukredite abgelehnt hatten. Im Zweifel ist aber – unabhängig von Corona – bei Zahlungsfähigkeit zum 31.12.2019 von einer positiven Fortbestehensprognose und damit fehlenden Überschuldung auszugehen.³⁷

Zum Zeitraum ab 01.01.2020 bis zum 29.02.2020:

Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens waren verschiedene Stichtage zu den »Vorläufern« des jetzigen § 1 Satz 3 COVInsAG diskutiert worden (u. a. 01.02.2019 Fortführungswahrscheinlichkeit, 29.02.2019 keine Zahlungsunfähigkeit; 13.03.2019).³⁸ Da der Gesetzgeber schließlich rückwirkend zum 01.01.2020 staatliche Hilfsprogramme mit Rechtsansprüchen auf Unterstützung normierte, wurde der Stichtag des § 1 Satz 3 COVInsAG auf den 31.12.2019 gelegt.

Insolvenzverschleppung: Rückwirkende Beseitigung der Strafbarkeit?

Das hat nach verbreiteter Ansicht strafrechtlich für potenziell begangene Verstöße Rückwirkung zugunsten des Täters zum 01.01.2020.³⁹ Jedenfalls für ab Januar 2020 eingetretene Zahlungsunfähigkeit soll strafrechtlich bei seit Januar 2020 unterlassener Insolvenzantragstellung ab 01.03.2020 durch das COVInsAG Strafflosigkeit eingetreten sein (§ 2 Abs. 3 StGB).⁴⁰ Ob das alle Staatsanwaltschaften auch so sehen, bleibt abzuwarten. Fritz bezieht die Heilung vor dem 01.03.2020 begonnener Insolvenzverschleppung u. E. zutreffend auf Zeiträume ab dem 01.03.2020, nicht auf Zeiträume davor.⁴¹ Da die Insolvenzantragspflicht nach Art. 6 Abs. 1 des Pandemiegesetzes erst ab 01.03.2020 ausgesetzt wurde, kann man § 1 Satz 3 COVInsAG nur auf die zivilrechtliche Darlegungslast und deren »Umdrehung« zulasten des Insolvenzverwalters, nicht auf das Strafrecht beziehen.

36 Nach Hirte a. a. O., § 1 COVInsAG, Rz. 41, beziehen sich die Sätze 2 und 3 jedenfalls zum »Beruhen« nicht auf zwischen dem 01.01.2020 und dem 29.02.2020 gestellte Insolvenzanträge.

37 So auch zutreffend Römermann, NJW 2020, 1108, 1109.

38 Vgl. Hirte a. a. O., beim Überblick zum Pandemiegesetz, Rz. 1 ff. und zu § 1 COVInsAG, Rz. 27.

39 Hirte a. a. O., § 1 COVInsAG, Rz. 40.

40 Altenburg/Kremer, Newsdienst Compliance 2020, 210002, abrufbar über beck-online.

41 Fritz, ZRI 2020, 217, 219.

32 BT-Drs. 19/18110, S. 22.

33 Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, 15. A. (2020), § 1 COVInsAG, Rz. 32.

34 Hirte, a. a. O., Rz. 4.

35 Nach Fritz, ZRI 2020, 217, 222, bleibt es aber bei einer ggf. sekundären Darlegungslast, d. h. der Pflicht zur Vorlage der Planung; das entspricht jedoch nicht den Absichten des Gesetzgebers.

Andere Straftatbestände, die nicht eine Insolvenzverschleppung betreffen, aber an Überschuldung anknüpfen (vgl. § 283 Abs. 1 StGB zu Bankrott), werden durch das COVInsAG nicht unmittelbar berührt (z. B. auch Betrug wegen Vortäuschung von Liquidität). Die aus § 1 Satz 3 COVInsAG mangelnde Pflicht der Geschäftsleitung, die Planung offenzulegen, betrifft aber auch den Staatsanwalt, sodass mittelbar das COVInsAG auch insoweit »Erleichterung« schafft.

Bitter ist zur zivilrechtlichen Darlegungslast der Ansicht, dass zu Januar/Februar 2020, bei Bezug des Geschäftsmodells zu China, ausnahmsweise der Anspruchsteller neben der Insolvenzreife zusätzlich den fehlenden Einfluss von Corona auf die Insolvenzursache darlegen und beweisen müsse. § 1 Satz 3 COVInsAG misst Bitter bei fehlendem Bezug des Geschäftsmodells zu China für Januar/Februar 2020 keine Bedeutung zu.⁴² Wie vorstehend diesseits zu Zeiträumen bis 31.12.2019 ausgeführt, liegt nach § 1 Satz 3 COVInsAG, in Abkehr von § 19 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz InsO, aber beim »Angreifer« eine hohe Darlegungs- und Beweislast für die negative Fortbestehensprognose. Das betrifft dann auch Januar/Februar 2020.

Zum Zeitraum ab 01.03.2020 bis (derzeit) zum 30.09.2020:

Um in der Beratungssituation jeden späteren Streit zu den Insolvenzursachen (bei Krisenanzeichen vor dem 01.03.2020) zu vermeiden, empfiehlt sich (unabhängig von der Auslegung des § 1 Satz 3 COVInsAG), zum 29.02.2020 einen (ggf. weiteren zu zum 31.12.2019) Status zu erstellen. War nämlich zum 29.02.2020 keine Insolvenzreife gegeben, »beruht« die ab 01.03.2020 entstandene Insolvenzreife im Zweifel nach § 1 Sätze 1 bis 3 COVInsAG auf Corona. Zwar wollte der Gesetzgeber Beratungsaufwand vermeiden.⁴³ Der Beleg fehlender Insolvenzreife zum 29.02.2020 kann jedoch spätere Diskussionen zu einer Insolvenzverschleppung und zu fehlendem »Beruhen« vermeiden.

3.3 »Beruhen« und (Mit-)Ursächlichkeit der Pandemie (§ 1 Satz 2 COVInsAG)

Krisenansätze schon vor 01.03.2020:

Da die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht erst zum 01.03.2020 gilt, gibt es – jedenfalls theoretisch und bezogen auf vor dem 01.03.2020 eingetretene Insolvenzgründe – keine Mitursächlichkeit der Pandemie, die zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht führen kann. Entweder war ein Schuldner bis zum Ablauf des 29.02.2020 überschuldet oder nicht.⁴⁴

⁴² Vgl. Bitter, ZIP 2020, 685, 688.

⁴³ Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/18110, S. 22 (»Antragspflichtigen... effektiv entlasten«).

⁴⁴ So zutreffend Thole, ZIP 2020, 650, 654 (»Daher bleibt es dabei, dass eine vor dem 01.03.2020 bestehende Überschuldung die Aussetzung der Antragspflicht [...] ausschließt«).

Beim Versuch einer rückwirkenden Aufstellung oder Überprüfung der Fortbestehensprognose zum 29.02.2020 oder Zeiträume davor werden sich – bezogen auf den Sachverhalt, insbesondere die Prämissen und damit die Prognoseeinschätzung insgesamt – häufig erhebliche Grauzonen ergeben. Es wird sich vielfach zum Sachverhalt nicht klären lassen, ob eine logische Sekunde vor Inkrafttreten des COVInsAG (mit Ablauf des 29.02.2020) eine positive oder negative Fortbestehensprognose, d. h. eine überwiegende Fortbestehenswahrscheinlichkeit bestand. Dann greift aber die Vermutungsregelung des § 1 Satz 2 COVInsAG, wonach »im Zweifel« die Insolvenzreife Corona-bedingt ist. Mit anderen Worten: Gerade bei der Überschuldungsprüfung wird es – faktisch wegen nicht mehr feststellbarer Sachverhalte – öfters Fälle geben, in denen Corona eine bisherige Krise (in der – möglicherweise – vor dem 01.03.2020 so gerade noch eine positive Prognose gerechtfertigt war) dahingehend verstärkt hat, dass wegen Corona eine negative Prognose aufgestellt werden muss, die nach § 1 Satz 2 COVInsAG zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung führt. In diesen Fällen führt eine Verstärkung einer Krise aus der Zeit bis zum 29.02.2020 durch Corona zum »Beruhen« i. S. d. § 1 Satz 2 COVInsAG.

Neue Krise ab 01.03.2020: Bei Krisen, die ab dem 01.03.2020 entstehen und die neben Corona durch weitere Faktoren beeinflusst werden, reicht jede Mitursächlichkeit von Corona. Das ergibt schon faktisch die Darlegungs- und Beweislastregel § 1 Sätze 2 und 3 COVInsAG.⁴⁵

3.4 Prognosezeitraum? Corona-bedingte Liquiditätslücke in 2021

Der Prognosezeitraum für die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose ist bei Krisenunternehmen nach jedenfalls überwiegender Auffassung der Praxis (wohl) identisch mit dem Zeitraum der Fortführungsprognose bei der Aufstellung eines handelsrechtlichen Jahresabschlusses.⁴⁶ Von dem Ersteller der Prognose oder dem Prüfer sind dabei das laufende und das folgende Geschäftsjahr zu betrachten. Derzeit (Mai 2020) müsste man mithin auch für die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose die Jahre 2020 und 2021 betrachten.⁴⁷

Was gilt in Fällen (siehe den Ausgangsfall der Flughafen GmbH der Stadt D), in denen – während des grundsätzlich laufenden Zeitraums der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht – durch die Covid-19-Pandemie Liquiditätslücken im Jahr 2021 entstehen? Wird im Aussetzungszeitraum (zunächst bis zum 30.09.2020, durch Verordnung verlängerbar bis längstens 31.03.2021) eine Liquiditätslücke im Zeitraum danach erkenn-

⁴⁵ Vgl. Hirte a. a. O., § 1 COVInsAG, Rz. 23.

⁴⁶ WP-Handbuch (2014), Bd. II, S. 239 (S. 1447); a. A. Brinkmann, NZI 2019, 921, 924, der bei Überschuldungsprüfung auf Zeitraum von zwölf Monaten abstellt.

⁴⁷ Zum Prognosezeitraum vgl. Thole, ZIP 2020, 650, 654; grundsätzlich zum Prognosezeitraum vgl. WP-Handbuch II (2014) S. 239 ff. (S. 1447).

bar, die voraussichtlich nicht geschlossen werden kann, ist – ohne das COVInsAG – eine Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung gegeben. Anders formuliert: Eine solche Liquiditätslücke z. B. im April 2021 löst mit Ablauf des COVInsAG (derzeit 30.09.2020, längstens 31.03.2021) dann den Beginn der maximal dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist wegen Überschuldung aus.

Dem COVInsAG ist insbesondere nicht zu entnehmen, dass der bisher anerkannte Prüfungszeitraum für eine Überschuldungsprüfung (laufendes und folgendes Geschäftsjahr) auch noch nach Auslaufen des COVInsAG in irgendeiner Form verkürzt oder verändert worden sein könnte.⁴⁸ Das bedeutet, dass mit zunehmender Nähe des Auslaufens des COVInsAG Geschäftsführer, deren Gesellschaften nach Auslaufen des COVInsAG Liquiditätslücken aufzuweisen, »nervös« werden (müssen). Diese Geschäftsführer müssen nämlich befürchten, dass mit Auslaufen des COVInsAG eine Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung mit einer Frist von maximal drei Wochen läuft. Ein ordnungsgemäß agierender Geschäftsführer muss das antizipieren und rechtzeitig vor Auslaufen des COVInsAG – im Rahmen eines Updates einer Überschuldungsprüfung – für eine Lückenschließung sorgen.



Da überdies die Sommermonate nicht mehr weit entfernt sind (siehe Ausgangsfall und die Befürchtungen des dortigen Geschäftsführers), sollte der Verordnungsgeber nicht zu lange warten, klar zu bekunden, ob es zu einer Verlängerung des COVInsAG und mit welchem Aussetzungszeitraum kommt. Wegen der zahlreichen staatlichen Hilfen, Anpassungen in den Betriebsabläufen und der fortschreitenden rechtspolitischen Diskussion wird vielfach derzeit nicht »klar« sein, ob eine zukünftige Liquiditätslücke geschlossen werden kann oder nicht. § 1 Sätze 1 und 2 COVInsAG gewähren mit der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht so betrachtet eine Bearbeitungsfrist zur Lückenschließung, d. h. zur Beseitigung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit.

⁴⁸ Vgl. dazu Thole, ZIP 2020, 650, 654.

Was gilt, wenn schon jetzt – eindeutig – keine Chance besteht, die – zukünftig (z. B. im April 2021) eintretende – Liquiditätslücke zu schließen? Muss dann schon jetzt – trotz COVInsAG – Insolvenzantrag wegen nicht beseitigungsfähiger, insolvenzrechtlicher Überschuldung gestellt werden? Wir meinen, dass derzeit bei – nur drohender, aber nicht beseitigungsfähiger – Zahlungsunfähigkeit, die bei jur. Personen regelmäßig mangels positiver Fortbestehensprognose mit insolvenzrechtlicher Überschuldung einhergehen wird, keine Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung besteht. Nach § 1 Satz 2 2. Halbsatz COVInsAG besteht im Zeitraum der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nur dann eine Antragspflicht, wenn »keine Aussichten bestehen, die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen«. Mangelnde Aussichten der Beseitigung der – »nur« drohenden – Zahlungsunfähigkeit, damit einhergehend der Überschuldung, sollen daher im Umkehrschluss nach § 1 COVInsAG Sätze 1 und 2 nicht zur Insolvenzantragspflicht nach § 15 a InsO wegen Überschuldung führen. Insoweit bleibt es bei einem Antragsrecht (§ 18 InsO).

»Freiwilliger« Insolvenzantrag als Pflicht ordnungsgemäßer Geschäftsführung?

Aber: Wenn wirklich keine Aussichten auf Beseitigung einer zukünftigen Liquiditätslücke bestehen, ist ein aus Sicht der Insolvenzordnung »freiwilliger« Insolvenzantrag angezeigt. In vorstehender Situation nicht beseitigungsfähiger drohender Zahlungsunfähigkeit und damit einhergehender Überschuldung ist es tendenziell naheliegend, eine Pflicht der Geschäftsführung unter dem Aspekt »Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung« (vgl. § 43 Abs. 1 GmbHG) anzunehmen, zeitnah die Restrukturierung mittels Insolvenz, z. B. nach § 270 b InsO (Schutzschirm), zu betreiben.⁴⁹ Ein Geschäftsführer/Vorstand darf trotz des COVInsAG nicht sinnlos Zeit verstreichen lassen und damit zwecklos Liquidität verbrauchen.

3.5 Fortführungs-/Fortbestehensprognose »aufweichen«?

Nach einem IDW-Schreiben vom 25.03.2020 gilt (siehe oben II.): Kann aufgrund der Folgen von Corona nicht mehr von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit ausgegangen werden, so ist der Jahresabschluss unter Abkehr von Going Concern aufzustellen.⁵⁰ Schon diese negative handelsrechtliche Fortführungsprognose führt dann auch zu einer negativen insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose (zur Verknüpfung von handelsrechtlicher Fortführungsprognose und insolvenzrechtlicher Fortbestehensprognose s. o. III.3.1). Insbesondere gilt nach Auslaufen des

⁴⁹ Zur steigenden Bedeutung der Eigenverwaltung, insbesondere des Schutzschirms, vgl. Studie von FalkenSteg, ZInsO 2020, S. III/IV.

⁵⁰ Vgl. dazu Thurow, BC 2020, 149 ff.

COVInsAG wieder mit »voller Härte« die Dokumentationspflicht nach § 19 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz InsO.⁵¹

In vielen Fällen (selbstverständlich einzelfallabhängig) reagieren aber Unternehmen schon jetzt auf die Krise mit einer Modifikation z. B. ihres Geschäftsmodells. Bekleidungshersteller beginnen, Atemmasken herzustellen. Seminarveranstalter haben zügig Webinare eingeführt. Spirituosenhersteller produzieren Desinfektionsmittel. In solchen Fällen wird nicht selten offen sein, ob nicht durch einen Wandel des Geschäftsmodells ggf. in Kombination mit staatlicher Förderung den Corona-Schwierigkeiten rechtzeitig ausgewichen werden kann.

Im Zweifel wird in Grenzfällen eine krisenangepasste – positive – Fortbestehens- und Fortführungsprognose zum Schutz der Geschäftsführung anzunehmen sein.⁵² Vielleicht könnte man vertreten – oder noch besser der Gesetzgeber regeln –, dass (auch nach Auslaufen des COVInsAG) für die handelsrechtliche Fortführungsprognose und für die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose der Rechtsgedanke des § 1 Satz 2 COVInsAG »analog« gilt, d. h. eine starke Vermutung des »Krisenberuhens auf Corona« greift und für diesen Fall positive Prognosen vermutet werden. Nach Hirte hat die Gewährung öffentlicher Hilfe die Annahme einer positiven Fortführungsprognose zur Folge, insbesondere bei Bewilligung etwaiger KfW-Mittel.⁵³ Das mag unter Geltung des COVInsAG richtig sein. Die Verfasser haben aber Zweifel, dass sich diese Ansicht nach Auslaufen des COVInsAG bei »normaler« Geltung des § 19 Abs. 2 InsO und des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB halten lässt. Die Bewilligungsverfahren sollen schnell und unbürokratisch sein, was – durch die Notsituation unabwendbar – zu einer geringen Kontrolldichte durch überlastete Behörden führt. Eine KfW-Bewilligung allein reicht daher (außerhalb des COVInsAG) wohl nicht für die Vermutung einer positiven Fortführungs- und Fortbestehensprognose.

3.6 Bilanzbild und Anstieg der Passiva

Da die staatlichen Mittel überwiegend als Darlehen gewährt werden, Sozialabgaben »nur« gestundet sind und während der Pandemie weitere Verbindlichkeiten auflaufen, wird so manche Handelsbilanz zum 31.12.2020 einen eklatanten Anstieg von Verbindlichkeiten aufweisen. In vielen Fällen wird ein negatives handelsbilanzielles Eigenkapital entstehen (auf der linken Seite der Bilanz). Das wird den Ruf nach »verlorenen« staatlichen Zuschüssen und vollständiger Abschaffung der Überschuldung als Insolvenzauslöser lauter werden lassen.⁵⁴

⁵¹ Vgl. dazu zutreffend Hirte a. a. O., Rz. 4 für den Zeitraum nach Fristende.

⁵² So zutreffend Hirte a. a. O., Rz. 4, im Anschluss an Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633, 639.

⁵³ Vgl. Hirte a. a. O., Rz. 4.

⁵⁴ Vgl. Vorschläge der CDU-Mittelstands- und Wirtschaftsunion mit interessanten Anregungen zu u. a. »Insolvenz-Winterschlafverfahren«, vorgezogener EU-Richtlinien-Umsetzung zur vorinsolvenzlichen Sanierung, Steuervorteilen, späterer Fälligkeit von Sozialversicherungsabgaben.

4. Fazit

- (1) Belegt ein Status zur Prüfung der Insolvenzgründe zum 31.12.2019 Zahlungsfähigkeit und fehlende Überschuldung, besteht gem. § 1 Satz 3 COVInsAG eine starke Vermutung für die Corona-bedingte Aussetzung der Insolvenzantragspflicht.
- (2) Ein weiterer Status, der zum 29.02.2020 fehlende Überschuldung belegt, ist aus Sicht eines vorsichtigen Geschäftsführers noch besser, die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht für danach eingetretene Insolvenzreife zu untermauern.
- (3) Ein Geschäftsführer, der zwei komplette Prüfungen fehlender Insolvenzgründe zum 31.12.2019 und zum 29.2.2020 als zu viel Beratungsaufwand einstuft, sollte zumindest zum 31.12.2019 Zahlungsfähigkeit belegen können. Dann führt § 1 Satz 3 COVInsAG zur nur schwer widerlegbaren Vermutung einer positiven Fortbestehensprognose und fehlender Überschuldung für alle Zeiträume danach, bis das COVInsAG ausläuft (derzeit 30.09.2020, ggf. bis 31.03.2021).
- (4) Auch nach Auslaufen des COVInsAG ist im Zweifel bei einer negativen Berührung des Geschäftsmodells durch Corona, aber nicht völlig aussichtsloser Sanierung/Erholung in »Anlehnung« an den Gedanken des § 1 Sätze 2 und 3 COVInsAG von positiver insolvenzrechtlicher Fortbestehensprognose und handelsrechtlicher Fortführungsprognose auszugehen.

Besser wäre dazu eine gesetzliche Regelung zur Vermutung positiver Prognosen nach Ablauf des COVInsAG oder temporärer »Aussetzung« der Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung, ggf. befristet bis 31.12.2022 (um im kommenden Frühjahr 2021 eine erleichterte Aufstellung des Jahresabschlusses 2021 zu ermöglichen).

- (5) Rechtspolitisch hat die Diskussion zur Entlastung von Unternehmen begonnen, mit Vorschlägen für u. a. Rettungsfonds, Steuererleichterungen oder schlanken Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung (»Winterschlaf«). Zu Insolvenzverfahren, auch in Eigenverwaltung, würden die Autoren dieses Beitrags aber beim klassischen Insolvenzeröffnungsverfahren mit Insolvenzgeld – entgegen einigen aktuellen Anregungen – bleiben wollen, da sich Sanierungsmaßnahmen in dieser Phase oft besser durchsetzen lassen als nach Eröffnung.
- (6) Die insolvenzrechtliche Überschuldung hat durch das COVInsAG weiter und weitgehend an Relevanz verloren, aber nur für den Geltungszeitraum des COVInsAG (derzeit bis 30.09.2020). <<