

**Stellungnahme als Sachverständige für die öffentliche Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung "Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Einführungsgesetzes zur Abgabenordnung - Verlängerung der Steuererklärungsfrist in beratenen Fällen und der zinsfreien Karenzzeit für den Veranlagungszeitraum 2019" (BT-Drucksache 19/25795) sowie zu zwei Formulierungshilfen der Koalitionsfraktionen am Montag, den 25. Januar 2021**

von

**Dr. Jasmin Urlaub  
Rechtsanwältin / Fachanwältin für Insolvenzrecht**

**Zur Formulierungshilfe für einen Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zur „Verlängerung der Aussetzung des Insolvenzantragspflicht“:**

Die Verlängerung der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bis zum 30. April 2021 nach § 1 COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG) soll den Schuldnern zugutekommen, die einen Anspruch auf finanzielle Hilfen aus den aufgelegten Corona-Hilfsprogrammen haben und deren Auszahlung noch aussteht. Dies ist grundsätzlich zu befürworten.

Allerdings kommt es in der Praxis durchaus vor, dass sich auch Unternehmen auf die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht berufen, obwohl die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen. Hierbei besteht die Gefahr, dass keine „gesunde“ Marktbereinigung mehr stattfindet und sich Unternehmen „über Wasser halten“, die aufgrund eines unprofitablen Geschäftsbetriebs nicht in der Lage sind, langfristig zu überleben. Hierfür sprechen insbesondere die niedrigen Insolvenzzahlen im Jahr 2020, die noch unter dem schon niedrigen Niveau des Jahres 2019 lagen.

Problematisch wird dies, wenn Geschäftspartner geschädigt werden. So z.B. wenn der Einzelhändler weiter Waren bei seinen Lieferanten bestellt ohne in der Lage zu sein, die Rechnungen schließlich auch bezahlen zu können. Dies kann wiederum dazu führen, dass bei wirtschaftlich gesunden Unternehmen, etwa Lieferanten, Vermietern oder Dienstleistern, Liquiditätslücken entstehen.

Folgende Problempunkte möchte ich daher näher beleuchten:

## **1. Voraussetzungen der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht**

Die genauen Voraussetzungen, wann die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht greift, sind nicht für jedermann klar und eindeutig erkennbar. Dies einerseits aufgrund der teilweise verkürzten Berichterstattung in der Öffentlichkeit, aber auch aufgrund der Tatsache, dass die Regelungen seit Beginn der Pandemie immer wieder angepasst wurden.

Die Beratungspraxis zeigt, dass Geschäftsleiter teilweise sogar davon ausgehen, dass die Insolvenzantragspflicht derzeit per se ausgesetzt ist oder die bloße Beantragung einer Corona-Hilfe ausreicht.

Insbesondere die Voraussetzungen, dass die Insolvenzreife auf der COVID-19-Pandemie beruhen muss und die Hilfen zur Beseitigung der Insolvenzreife geeignet sein müssen, werden gerne übersehen.

Häufig erlangen die Geschäftsleiter erst mit der Beratung Kenntnis von den Details der Regelung. Ggf. liegt dann bereits ein Fall der Insolvenzverschleppung vor.

Es ist daher davon auszugehen, dass einige insolvenzreife Unternehmen derzeit keinen Insolvenzantrag stellen, obwohl Sie dazu verpflichtet wären, weil die Voraussetzungen für die Aussetzung der Antragspflicht gerade nicht vorliegen.

## **2. Änderungsbedarf betreffend die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 3 Satz 3 COVInsAG**

§ 1 Abs. 3 Satz 3 COVInsAG regelt die Ausnahmen, dass die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nicht greift, wenn offensichtlich keine Aussicht auf die Erlangung der Hilfeleistung besteht oder die erlangbare Hilfeleistung für die Beseitigung der Insolvenzreife unzureichend ist.

Es erscheint zum einen fraglich, warum bereits der Maßstab der „Offensichtlichkeit“ in Bezug auf der Erlangung der Hilfeleistung in der beantragten Höhe genügen soll und zum anderen, warum an dieser Stelle eine Beweislastumkehr zugunsten des Schuldners vorgesehen ist.

### **a) Maßstab der „Offensichtlichkeit“**

Im Rahmen der Überschuldungsprüfung hat der Schuldner eine positive Fortbestehensprognose nachzuweisen, wenn eine rechnerische Überschuldung und

damit eigentlich eine Insolvenzantragspflicht vorliegt. Für die positive Fortbestehensprognose ist der Maßstab die überwiegende Wahrscheinlichkeit i.S.v. größer 50 Prozent entscheidend.

Verhandelt also ein Geschäftsleiter mit seiner Hausbank über die Gewährung eines neuen Kredits zur Deckung seiner Liquidität, dann darf er den Kredit nur dann im Rahmen der Überschuldungsprüfung einplanen, wenn die Gewährung des Kredits in der beantragten Höhe aufgrund des Verhandlungsstandes mit der Bank auch überwiegend wahrscheinlich ist. Kann mit Hilfe des Kredits eine Durchfinanzierung für den Prognosezeitraum dargelegt werden, liegt eine positive Fortbestehensprognose vor.

Anders nach dem COVInsAG: Es genügt, wenn die Erlangung der Hilfe nicht offensichtlich aussichtslos ist. Der insolvenzrechtliche Maßstab der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Rahmen der positiven Fortbestehensprognose wird also zum Nachteil der Gläubiger weiter aufgeweicht. Offensichtlich aussichtslos dürfte der Antrag nur sein, wenn bereits auf den ersten Blick die Voraussetzungen der Antragsberechtigung nicht vorliegen oder die beantragte Höhe überhaupt nicht herleitbar ist.

Ist die Erlangung der beantragten Hilfen nicht offenkundig aussichtslos, kann der Schuldner die Hilfsmittel – nach dem Verständnis in der Praxis – in der vollen beantragten Höhe in seine Planung einstellen. Ist er damit durchfinanziert, greift die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht. Dies obgleich sogar aus den Reihen der Steuerberater kritisiert wird, dass die Berechnung der Höhe bei den Überbrückungshilfen im Zusammenhang mit dem Begriff der ungedeckten Fixkosten nicht ganz einfach ist und teilweise auch mit Rückzahlungen gerechnet werden muss. An dieser Stelle sei auch darauf hingewiesen: Sofern Rückzahlungen auf die gewährten Hilfen seitens der betroffenen Unternehmen erfolgen müssen, stellt sich die Frage, ob die Unternehmen hierzu überhaupt in der Lage sein werden.

Überdies wurde im Rahmen des COVInsAG keine Ausnahme für Geschäftsleiter dahingehend geschaffen, dass auch ein strafrechtlicher Eingehungsbetrug nach § 263 StGB ausgeschlossen wäre. Bei Ansatz des Maßstabes „offensichtlich“ aussichtslos dürfte der Geschäftsleiter sogar bedingten Vorsatz im Hinblick auf die Schädigung der Gläubiger haben. Insoweit besteht die Gefahr, dass sich Geschäftsleiter wegen Eingehungsbetrugs nach § 263 StGB strafbar machen.

**b) Beweislastumkehr zugunsten des Schuldners**

Bei der Überschuldung nach § 19 InsO hat der Insolvenzverwalter die rechnerische Überschuldung durch die Vorlage eines Überschuldungsstatus darzulegen. Liegt der Insolvenzgrund der rechnerischen Überschuldung vor, steht es dem Geschäftsleiter frei, eine positive Fortführungsprognose darzulegen und zu beweisen, um sich aus der Haftung wegen Insolvenzverschleppung zu befreien. Der Gesetzgeber hat also im Rahmen des § 19 InsO zugelassen, dass ein eigentlich rechnerisch schon überschuldetes Unternehmen am Markt weiterexistieren darf, wenn der Schuldner eine positive Fortbestehensprognose nachweist. Dies dient dem Gläubigerschutz: Sofern eine positive Fortbestehensprognose vorliegt, ist der Schuldner durchfinanziert und die Gläubiger können darauf vertrauen, dass ihre offenen Rechnungen gezahlt werden. Wenn der Geschäftsleiter keine positive Fortbestehensprognose nachweisen kann, macht er sich strafbar und gegenüber den Gläubigern zivilrechtlich haftbar. Diese Beweislastverteilung ist schon deshalb gerechtfertigt, weil der Geschäftsleiter in der Regel von den für die Zukunftsaussichten der Gesellschaft maßgebenden Umständen eine bessere Kenntnis haben wird als ein Außenstehender.

Beide Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 3 Satz 3 COVInsAG stellen nun eine Beweislastumkehr zugunsten des Schuldners dar. Stellt der Schuldner später einen Insolvenzantrag, hat der Insolvenzverwalter zu beweisen, dass der Antrag offensichtlich keine Erfolgsaussichten hatte oder die Hilfen nicht zur Beseitigung der Insolvenzreife geeignet waren. Ein solcher Beweis dürfte dem Insolvenzverwalter voraussichtlich nur in Extremfällen gelingen.

**c) Änderungsvorschlag**

Richtiger wäre es also, wenn der Antragsberechtigte nachweisen muss, dass die Erlangung der Hilfen auch in der beantragten Höhe überwiegend wahrscheinlich ist und die überwiegend wahrscheinlich erlangbare Hilfeleistung für die Beseitigung der Insolvenzreife ausreicht. In diesem Fall wären die Antragsteller für die Corona-Hilfen ebenfalls gehalten, eine positive Fortbestehensprognose zu erstellen, um von der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht zu profitieren. Die Regelung stünde dann im Einklang mit der Beweislastverteilung und den Kriterien des Überschuldungstatbestandes nach § 19 InsO. Die Verschärfung der Regelung an dieser Stelle würde auch dazu beitragen, dass langfristig nicht überlebensfähige Unternehmen vom Markt verschwinden ohne Gläubiger (weiter) zu schädigen.

Ich rege daher an, den Gesetzestext des § 1 Abs. 3 Satz 3 COVInsAG wie folgt zu ändern:

*„Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach Satz 1 und Satz 2 gilt nur dann, wenn die Fortführung des Unternehmens nach dem 30. April 2021 nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. § 19 Abs. 2 Satz 1 der Insolvenzordnung und § 4 gelten entsprechend.“*

Stuttgart, den 25. Januar 2021

Dr. Jasmin Urlaub  
Rechtsanwältin/Fachanwältin für Insolvenzrecht