

# ZRI 2020, 455

## **Kroiß (Hrsg.), Rechtsprobleme durch COVID-19 in der anwaltlichen Praxis.**

Nomos Verlagsgesellschaft, 2020, 516 S., 68 €

Allenthalben wurde anerkennend notiert, mit welcher Geschwindigkeit der Gesetzgeber auf die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie reagiert hat („Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz“ (kurz: COVInsAG) vom 27. 3. 2020. Mit demselben Respekt muss man auch die Anstrengungen der juristischen Verlage und ihrer Autoren registrieren, um die Inhalte dieses Gesetzes in einer für die Praxis geeigneten Form literarisch aufzuarbeiten. Hierbei nimmt das hier vorzustellende Handbuch wegen der Breite seiner Thematik eine herausragende Stellung ein.

Der Herausgeber (zugleich Autor) Prof. Dr. *Ludwig Kroiß*, Präsident des Landgerichts Traunstein, hat ein Team von 17 weiteren Autoren um sich versammelt, die sich der anspruchsvollen Aufgabe gestellt haben, die Vielfalt der Problemlagen darzustellen, welche die Pandemie in ganz unterschiedlichen Rechtsbereichen hervorruft. Das Handbuch gliedert sich in drei Teile. Die Bandbreite ist enorm: Sie reicht im ersten Teil vom Arbeitsrecht (*Oehme*) über das Betreuungs- und das Familienrecht (*Poller*), das Erbrecht und das nachlassgerichtliche Verfahren (*Kroiß*), das Gesellschaftsrecht (*Selter*), das Insolvenzrecht (*Frind*), das Miet- und Pachtrecht (*Klein-Blenkers*), das Reiserecht (*Bergmann*), das Schadensrecht (*Just*), das Sozialrecht (*Schaumberg*), das Versicherungsrecht (*Schulz-Merkel*), das Vertrags- und AGB-Recht (*Kröger*) bis zum Verwaltungsrecht (*Koehl*). Im zweiten Teil geht es um das Verfahrensrecht, und zwar das Zivilverfahren (*Kroiß*), das Verfahren nach dem FamFG (*Poller*), das Ordnungswidrigkeiten- und Strafverfahren (*Schulz-Merkel* und *Krumm*), den Verwaltungsprozess (*Koehl*) und – immer wichtiger werdend – den elektronischen Rechtsverkehr (*Leeb*). Der dritte Teil ist der Anwaltschaft und dem Notariat gewidmet (*Evers*, *Winkler* und *Heinemann*).

Es versteht sich von selbst, dass der Rezensent nicht alle Beiträge näher betrachten kann, obwohl es alle verdient hätten, gewürdigt zu werden. Nebenbei bemerkt: Bei so vielen Beiträgen zu ganz unterschiedlicher Thematik ist es bewundernswert, dass Herausgeber und Autoren zu einer homogenen Form der Darstellung und – soweit ersichtlich – gleich bleibenden Qualität gefunden haben.

Aus der Sicht eines Insolvenzrechtlers ist natürlich der Beitrag des Hamburger Insolvenzrichters *Frind* (Teil 1 § 6) zum Insolvenzrecht von ganz besonderem Interesse. Und deshalb will sich der Rezensent darauf beschränken. Auf 46 Seiten breitet der Autor die zahlreichen schwierigen Fragen, die sich in diesem Bereich stellen, mit Sachkunde und Akribie aus, führt sie meist richtigen, jedenfalls aber diskutablen Lösungen zu und ergänzt diese, wo es tunlich erscheint, mit Praxishinweisen, die allesamt sehr nützlich sind.

Zunächst befasst sich *Frind* eingehend mit der Insolvenzantragspflicht und der Geschäftsleiterhaftung sowie mit dem Recht zu Gläubigerinsolvenzanträgen (Rz. 2 bis 39).

Sodann behandelt er die Rückzahlung von Krediten und Gesellschaftseinlagen, Leistungsaustauschzahlungen, Besicherungen und Anfechtungseinschränkungen (Rz. 40 bis 77). In der Corona-Krise versuchen gefährdete Unternehmen, ihren Liquiditätsbedarf, soweit staatliche Hilfen nicht ausreichen, durch die Aufnahme von Bankkrediten zu decken. Die Bereitschaft der Banken zur Kreditgewährung soll durch § 2 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 1 COVInsAG gefördert werden. Um die Furcht der Banken vor der Anfechtung zu mindern, gilt die bis zum 30. 9. 2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum des § 1 COVInsAG gewährten neuen Kredits (einschließlich angemessener Zinszahlungen) sowie die im Aussetzungszeitraum erfolgte Bestellung<sup>1</sup> von Sicherheiten zur Absicherung solcher Kredite als nicht gläubigerbenachteiligend. Umstritten ist, ob ein etwa am 15. 6. 2020 ausgereicherter Kredit bis zum 30. 9. 2020 nachbesichert werden kann, ohne dass deswegen eine Anfechtung droht.<sup>2</sup> *Frind* gesellt sich zu denen, die das ablehnen. Er verweist darauf, dass nachträgliche Besicherungen als inkongruente Deckung (auch mit Blick auf § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG) anfechtbar bleiben (Rz. 43). Nun sind nachträgliche Besicherungen in der Tat regelmäßig inkongruent.<sup>3</sup> Zwar werden bestimmte inkongruente Deckungen gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 COVInsAG anfechtungsrechtlich privilegiert; dort nicht genannte inkongruente Deckungen bleiben jedoch anfechtbar.<sup>4</sup> Die Bestellung einer anderen als der ursprünglich vereinbarten Sicherheit ohne Erhöhung des Sicherheitswerts wird geschützt (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 Buchst. c COVInsAG). Damit ist aber die erstmalige nachträgliche Besicherung ohne vertragliche Grundlage nicht vergleichbar. Dies spricht für die Ansicht von *Frind*. Andererseits muss daran erinnert werden, dass die bis zum 30. 9. 2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits sowie *die im Aussetzungszeitraum erfolgte Bestellung von Sicherheiten zur Absicherung solcher Kredite* (sic!) als nicht gläubigerbenachteiligend gilt (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 1 COVInsAG). Eine Beschränkung auf kongruente Sicherheiten ergibt sich daraus nicht. *Frind* räumt denn auch ein, dass die Abgrenzung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 1 zu

§ 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG schwierig ist (Rz. 43). Vorzugswürdig erscheint daher die Auffassung, dass auch inkongruente Nachbesicherungen Schutz verdienen (in Rz. 44 Abs. 2 plädiert sogar *Frind* dafür).

Interessant ist der Hinweis (Rz. 50), die massive Einschränkung der Anfechtbarkeit von neuen Gesellschafterdarlehen und Besicherungen bedeute im Grund die Vorwegnahme des durch die Europäische Restrukturierungsrichtlinie vorgesehenen Anfechtungsschutzes.

Als nicht gläubigerbenachteiligend gilt nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 COVInsAG auch die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen und Zahlungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, nicht aber deren Besicherung. Damit dürfte sowohl die anfängliche als auch die nachträgliche Besicherung gemeint sein.<sup>5</sup> Demgegenüber hält *Frind* die anfängliche Besicherung von Gesellschafterdarlehen für privilegiert (Rz. 51).

Ausführlich äußert sich *Frind* zur Entkräftung der Vermutung für die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO bei Verfolgung eines ernsthaften Sanierungskonzepts und die neue Rechtslage gemäß COVInsAG (zu letzterer in Rz. 67 ff.). Durch die Umkehrung der Beweislast sieht er die Anfechtungsmöglichkeiten sehr erschwert (Rz. 69).<sup>6</sup> Sehr differenziert und abgewogen nimmt *Frind* Stellung zu den vielfältigen Fragen in Bezug auf die Erkundigungs-, Dokumentations- und Informationspflichten, die im Zusammenhang mit der Eingehung und Aufrechterhaltung von Vertragsbeziehungen zu diskutieren sind (Rz. 71). Werden dem Gläubiger (späteren Anfechtungsgegner) von Seiten des Schuldners Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen mitgeteilt, schadet jenem nur die positive Kenntnis von deren offensichtlicher Ungeeignetheit. Insoweit hält *Frind* auch die positive Kenntnis davon, dass das Sanierungskonzept von einem nicht Neutralen erstellt worden ist, für anfechtungsrechtlich relevant (Rz. 73). Dies ist sicherlich ein Gesichtspunkt, der in die Beurteilung einfließen müssen; für sich allein genommen, dürfte er aber nicht ausreichen, um der Anfechtung zum Erfolg zu verhelfen. Immerhin wird er Anlass sein, die objektive Verlässlichkeit des Sanierungskonzepts „genauer unter die Lupe“ zu nehmen. Dass sich dem „anderen Teil“ die offensichtliche Ungeeignetheit des Sanierungskonzepts aufdränge, wenn er wisse, dass es weitere Gläubiger des Schuldnerunternehmens gibt, die konzeptionell nicht befriedigt werden sollen (Rz. 74), erscheint etwas kühn.<sup>7</sup> Der Gesetzgeber hat als Tatbestandsmerkmal „Bemühungen“ des Schuldners zur Beseitigung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit genannt. *Frind* lässt mit Recht genügen, dass ein Förderantrag bei der Bank/KdW/Landesbehörde gestellt ist. Und zuzustimmen ist ihm auch darin, dass der Schuldner *jedenfalls* unter der Geltung des COVInsAG nicht darlegen muss, es bestünden im Hinblick auf die Kreditgewährung keine erheblichen Unsicherheiten (Rz. 76).

Ebenso sorgfältig und praxisorientiert sind auch die Ausführungen zu dem temporär geltenden neuen „Leistungsstörungenrecht“ in Art. 240 EGBGB (Rz. 78 ff.).

Dass das COVInsAG „mit heißer Nadel“ gestrickt wurde, ist ihm anzumerken. Umso mehr verdient allerhöchsten Respekt, dass es *Frind* in durchaus überzeugender Manier gelungen ist, diese neue Materie gut verständlich darzustellen.

Vors. Richter am BGH a. D. Dr. Hans Gerhard Ganter, Weil der Stadt

1 Zur Frage, ob eine sicherungsbedingte Forderung auch im Aussetzungszeitraum entstehen muss, vgl. *Mylich*, ZIP 2020, 1097, 1102.

2 Bejahend *Gehrlein*, DB 2020, 713, 721, 722; *Mylich*, ZIP 2020, 1097, 1101; verneinend *Hölzle/Schulenberg*, ZIP 2020, 633, 642; zweifelnd wohl *Thole*, ZIP 2020, 650, 656.

3 Karsten Schmidt/*Ganter/Weinland*, InsO, 19. Aufl., 2016, § 131 Rz. 59, 88.

4 BT-Drucks. 19/18110, S. 24.

5 So wohl auch *Poertzgen*, ZInsO 2020, 825, 829.

6 Ebenso *Römermann*, NJW 2020, 1108, 1111; *Thole*, ZIP 2020, 650, 657. Für gänzlich unanwendbar hält *Gehrlein*, DB 2020, 713, 723 die Grundsätze zum ernsthaften, aber gescheiterten Sanierungsversuch.

7 Vgl. BGH NZI 2018, 840, Rz. 12.