Flick Gocke Schaumburg

# Hinweise für Unternehmen zur Bewältigung der Folgen der Corona-Pandemie

## COVID-19 fordert Unternehmen in besonderem Maße heraus

Die Ausbreitung des Coronavirus fordert in wirtschaftlicher Hinsicht vielen Unternehmen das Äußerste ab. Die Auswirkungen von COVID-19 sind in keinem Business Plan berücksichtigt und verlangen eine neue Einschätzung der kurz-, mittel- und langfristigen Unternehmensentwicklung. Lieferantenausfälle, Produktionsstillstand und ein korrespondierender Nachfragerückgang führen unweigerlich zu Ertragsrückgängen und erheblichen Liquiditätsbelastungen.

Auf den folgenden Seiten beleuchten wir für Sie einige wesentliche Themenfelder, denen sich Unternehmen aktuell besonders widmen sollten. Für Fragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

# Übersicht


Liquiditätshilfen für größere Unternehmen ... 7
- Garantien ... 7
- Rekapitalisierungsmaßnahmen ... 7
- KfW-Darlehen ... 7
- Antragsberechtigung ... 7
- Bedingungen und Auflagen ... 8

Sonstige Unterstützungsmaßnahmen von Bund und Ländern ... 9
- Zuschüsse ... 9
- Bürgschaften ... 9
- Kredite ... 9
- KfW-Schnellkredit ... 10
- KfW-Unternehmerkredit ... 10
- ERP-Gründerkredit – universell ... 10
- Allgemeine Aspekte im Zusammenhang mit den KfW-Krediten ... 10
- Allgemeine Aspekte im Zusammenhang mit der Kreditwürdigkeitsprüfung durch die Hausbank ... 11

Schwachstellen der staatlichen Unterstützungsmaßnahmen ... 11
- Keine COVID-10-Hilfsmaßnahmen für Unternehmen in Schwierigkeiten ... 11
- Begrenzung der Haftungsübernahme der KfW ... 11

Fragen der Unternehmensfinanzierung im Konzern ... 12
- Gesellschafterdarlehen im Konzern ... 12
- Folgen ... 12
- Cash Pooling ... 13
- Gewinnabführungsverträge ... 13

Externe Unternehmensfinanzierung ... 13
- Von externen Dritten ... 13
- Mezzanine Finanzierungen ... 14

Bundesweite steuerliche Maßnahmen ... 15
- Temporäre Reduktion steuerinduzierter Liquiditätsabflüsse ... 15
- Voraussetzung für Entlastungsmaßnahmen ... 15

Weitere Einzelmaßnahmen auf Bund- und Länderebene ... 15
- Weitere Steueraspekte mit Bezug zur Corona-Pandemie ... 16
- 1.500 Euro steuer- und sozialversicherungsfreie Sonderzahlungen an Mitarbeiter ... 16
- Besteuerung von Soforthilfen des Bundes und der Länder ... 16
- Umstrukturierungen mit verlängertem Rückwirkungszeitraum ... 16
- Bestrebung des BMF für bilaterale Vereinbarungen zur Erleichterung für Grenzpendler ... 16

Mittelbare steuerliche Pflichten und Effekte ... 16
- Steuerliche Pflichten des Geschäftsführers/Vorstands in der Krise ... 16
- Liquiditäts- und Prognoserechnung aus steuerlicher Sicht ... 17
- Steuerliche Aspekte der Gesellschafterfinanzierung ... 17
- Folgen der Corona-Krise für steuerliche Organschaften ... 17
- Umsatzsteuer bei krisenbedingten Kürzungen von Zahlungen ... 18
- Ausblick auf die Zeit nach der akuten Krise ... 18

Hilfsprogramme der EU-Mitgliedstaaten ... 19

Vereinbarkeit mit Beihilferecht ... 19
Genehmigte Beihilfenregelungen ... 19
Besondere Geschäftsleiterpflichten ... 21
Auch in der Krise ist die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters Ausgangspunkt der Geschäftsleiterpflichten ... 21
Unternehmensplanung ist regelmäßig zu prüfen und an veränderte ökonomische und rechtliche Rahmenbedingungen anzupassen ... 21
Überwachung der finanziellen Situation als Ausprägung der Bestandssicherungs- und Schadensabwendungspflicht ... 21
Pflicht zur frühzeitigen Risikoerkennung, § 91 Abs. 2 AktG (gilt auch für GmbH-Geschäftsführer) ... 21
Maßnahmen zur Vermeidung von Betriebsstörungen treffen ... 21
Eigene Haftungsrisiken minimieren ... 22
Virtuelle Hauptversammlungen ... 22
Durchführung von Hauptversammlungen ... 22
Weitere Änderungen ... 23
Exkurs: (Vorübergehende) Änderung bezüglich der Gesellschafterversammlung der GmbH ... 24
Informationspflichten und Beschlussfassung in der GmbH ... 24
Gesellschafterversammlung ... 24
Genossenschaften ... 25
Erleichterungen für die Durchführung von Versammlungen ohne physische Anwesenheit durch § 3 CorGesR-G ... 25
Eingeschränkte Anfechtbarkeit ... 25
Weiteres ... 25
Vereine und Stiftungen ... 26
Besondere Regelungen für Vereine ... 26
Sicherung der Handlungsfähigkeit von Vereinen und Stiftungen durch § 5 CorGesR-G ... 26
Umwandlungsrecht ... 26
Vorübergehende Fristverlängerung für den Stichtag der Schlussbilanz bei Verschmelzung und Spaltung durch § 4 CorGesR-G ... 26
Ausnahmen von der Zwischenbilanz-Pflicht ... 27
Steuerliche Fristen ... 27
Kapitalmarktrechtliche Implikationen ... 29
Prognoseänderungen ... 29
Geschäftszahlen ... 29
Ermittlung der Benchmark für die Beurteilung von Geschäftszahlen ... 29
Folgen verspäteter Finanzberichte ... 29
Dividendenkürzungen ... 30
Verschiebung der Hauptversammlung ... 30
Kapitalanforderungen ... 31
Einhaltung von Kapitalpufferanforderungen und Eigenmittelzielkennziffern ... 31
Herabsetzung der Quote des inländischen antizyklischen Kapitalpuffers ... 31
Kreditgeschäft ... 31
Umgang mit Problemkrediten ... 31
Anforderungen gemäß § 18 KWG ... 31
Stundungsmaßnahmen ... 32
Zahlungsmoratorien ... 32
Darlehensmoratorien ... 32
EBA Leitlinien vom 2.4.2020 (EBA/GL/2020/02) zu allgemeinen Zahlungsmoratorien ... 32
Lockerung des Kartellrechts? ... 33

Kartellrecht während der Krise ..... 33
Kartellverbot ..... 33
Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle ..... 33
Missbrauchsaufsicht ..... 33
Zusammenschlusskontrolle ..... 34
Fürsorgepflichten und Vorsorge ..... 35
Arbeitgeberpflichten zum Schutz der Gesundheit der Mitarbeiter ..... 35
Dienstreisen ..... 35
Homeoffice ..... 35
Freistellung von Verdachtsfällen ..... 35
Entgeltfortzahlung ..... 35
Anordnung einer behördlichen Quarantäne ..... 35
Tatsächliche Erkrankung eines Mitarbeiters ..... 35
Kinderbetreuung ..... 35
Ausgangsbeschränkungen ..... 36
Einsparung Personalkosten ..... 36
Abbau von Arbeitszeitguthaben ..... 36
Urlaubsanordnung / Betriebsferien ..... 36
Kurzarbeit ..... 36
Kurzarbeitergeld ..... 36
Stundung von Sozialversicherungsbeiträgen ..... 36
Geringfügige kurzfristige Beschäftigung ..... 36
Überlegungen für nach der Krise ..... 37
Betriebsbedingte Beendigungskündigungen ..... 37
Aufhebungsverträge ..... 37
Force majeure „light" (Moratorium) ..... 38
Sonderleistungsverweigerungsrecht bis zum 30.6.2020 ..... 38
Anwendbarkeit auf bestimmte Dauerschuldverhältnisse mit Verbrauchern und Kleinstunternehmen ..... 38
Sonstige Störung von inländischen Leistungsbeziehungen ..... 38
Unmöglichkeit der Leistungserbringung ..... 38
Verspätete oder schlechte Leistungserbringung ..... 39
Störung der Geschäftsgrundlage – § 313 BGB ..... 39
Störung von grenzüberschreitenden Lieferbeziehungen ..... 39
Anwendbares Recht ..... 39
Anwendbare Rechtsvorschriften ..... 40
Anwendbarkeit von UN-Kaufrecht ..... 40
Anforderungen an Homeoffice-Arbeitsplätze ..... 41
Datenschutzrechtliche Grundsätze gelten auch und insbesondere an Homeoffice-Arbeitsplätzen ..... 41
Keine datenschutzrechtlichen Erleichterungen durch den Gesetzgeber ..... 41
Auswirkungen der Corona-Krise auf den Energiesektor ..... 43
Herausforderung für die Marktakteure des Energiesektors ..... 43
Sektorspezifische Fragen im hoch regulierten Energiemarkt ..... 43
Leistungsstörungsrecht bei Energielieferverträgen ..... 43
Energielieferverträge mit Haushalts- und Kleingewerbekunden ..... 43
Andere Energielieferverträge ..... 43
Recht der Erneuerbaren Energien ..... 44
BNetzA ..... 44
Regulierungsrechtliche Fragen für Netzbetreiber ..... 45

Risiken auf der Erlösseite ..... 45
Risiken auf der Kostenseite ..... 45
Risiken für Effizienz- und Qualitätsvergleich ..... 45
Pflicht zur Zahlung der Miete ..... 46
Verpflichtung zur Mietzahlung ..... 46
Auswirkungen der kürzlich vom Bundestag verabschiedeten COVID-19-Gesetze ..... 46
Recht zur Minderung der Miete ..... 46
Einstellung bzw. Herabsetzung der Mietzahlung durch den Mieter wegen einer Änderung der Geschäftsgrundlage ..... 46
Rechte bei verspäteter Mietzahlung ..... 46
Kündigungsmöglichkeiten ..... 47
Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter bei Nichtzahlung der Miete ..... 47
Vorliegen einer Glaubhaftmachung ..... 47
Kündigungsbeschränkung ..... 47
Anpassungspflicht des Mietvertrages ..... 48
Recht auf Anpassung des Mietvertrags während der COVID-19-Pandemie ..... 48
Steuerlichen Auswirkungen des Ausbleibens von Mieterträgen während der COVID-19-Pandemie ..... 48
Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ..... 49
COVInsAG ..... 49
Fortbestand des Antragsrecht ..... 49
Einschränkung der Geschäftsleiterhaftung ..... 49
Risikoerleichterungen für Kreditgeber ..... 50
Anreize für Gesellschafterdarlehen und eingeschränkte Anfechtung ..... 50
Gesellschafterdarlehen ..... 50
Einschränkung der Insolvenzanfechtung ..... 50
Erhebliche Verzögerungen im Justizbetrieb ..... 52
Allgemeines ..... 52
Verjährungshemmung ..... 52
Einstweiliger Rechtsschutz und Sicherungsmaßnahmen ..... 53
Ausnahmen vom Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz ..... 53
Fristenmanagement ..... 54
Schiedsverfahren als Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit in Zeiten von COVID-19? ..... 54

# Liquiditätshilfen für größere Unternehmen

Das Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz (WStFG) sieht die Errichtung eines (nichtrechtsfähigen) Sondervermögens „Wirtschaftsstabilisierungsfonds – WSF“ vor, durch das Stabilisierungsmaßnahmen im Gesamtvolumen von bis zu 600 Mrd. Euro ergriffen werden können:

## Garantien

Der Fonds soll Garantien für Verbindlichkeiten von Unternehmen – gerade auch Fremdfinanzierungen – bis zur Höhe von 400 Mrd. Euro übernehmen dürfen. Die garantierten Verbindlichkeiten müssen nach dem Inkrafttreten des Gesetzes begründet worden sein. Die Laufzeit der Garantien und der abzusichernden Verbindlichkeiten darf 60 Monate nicht übersteigen. Für die Übernahme ist eine marktgerechte Gegenleistung (Avalzinsen) zu erheben.

## Rekapitalisierungsmaßnahmen

Sie umfassen den Erwerb von nachrangigen Schuldtiteln, Hybridanleihen, Genussrechten, stillen Beteiligungen, Wandelanleihen und Unternehmensanteilen zu marktgerechten Bedingungen. Rekapitalisierungsmaßnahmen setzen ein wichtiges Interesse des Bundes an der Stabilisierung des Unternehmens voraus, ferner, dass sich der vom Bund angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt (Subsidiarität).

## KfW-Darlehen

Schließlich kann der WSF der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) Darlehen zur Refinanzierung der Sonderprogramme gewähren, die dieser als Reaktion auf die Corona-Pandemie zugewiesen wurden. Dies umfasst insbesondere Hilfskredite an kleinere Unternehmen und Selbstständige.

## Antragsberechtigung

Antragsberechtigt nach dem WStFG sind „Unternehmen der Realwirtschaft“, d.h. alle Unternehmen, die nicht Unternehmen des Finanzsektors i.S.d. FMStG oder Brückeninstitute i.S.d. FMStBG sind und:

- in den letzten beiden Geschäftsjahren vor dem 1.1.2020 eine Bilanzsumme von mehr als 43 Mio. Euro und einen Umsatz von mehr als 50 Mio. Euro ausgewiesen sowie durchschnittlich mehr als 249 Arbeitnehmer beschäftigt haben. Es genügt, wenn zwei dieser drei Kriterien erfüllt sind. Kleinere Unternehmen können aufgrund von Einzelfallentscheidung berücksichtigt werden, wenn sie in einem als besonders relevant angesehenen Sektor tätig sind oder vergleichbar bedeutend für die Sicherheit oder die Wirtschaft sind,
- die Gewähr für eine „solide und umsichtige Geschäftspolitik“ bieten, d.h. in Organisation und personellen Besetzung bestimmten Maßstäben genügen,
- nicht bereits zum 31.12.2019 „Unternehmen in Schwierigkeiten“ i.S.d. EU-Definition waren und eine klare eigenständige Fortführungsperspektive nach Überwindung der Pandemie bieten. Nur die durch die Corona-Pandemie in Schwierigkeiten geratenen Unternehmen sollen antragsberechtigt sein,
- dem Unternehmen keine anderweitigen Finanzierungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen (ultima ratio).

## Bedingungen und Auflagen

Garantien und Rekapitalisierungsmaßnahmen sollen von Bedingungen und Auflagen abhängig gemacht werden. Diese können u.a. die Vergütung der Geschäftsleitung, den Ausschluss von Dividenden, bestimmte Mittelverwendung, die Vornahme bestimmter Restrukturierungsmaßnahmen betreffen. Die Geschäftsleitung der Gesellschaft soll eine eigene Verpflichtungserklärung hinsichtlich der Einhaltung der Bedingungen und Auflagen unterzeichnen müssen.

Dr. Fred Wendt
Rechtsanwalt, Partner
T +49 40/30 70 85-0
fred.wendt@fgs.de

# Sonstige Unterstützungsmaßnahmen von Bund und Ländern

Die wirtschaftlichen Unterstützungsmaßnahmen zur Überwindung der COVID-19-Krise für Unternehmen sehen verschiedene Instrumente zur Liquiditätssicherung vor, die je nach Unternehmensart und -größe variieren.

## Zuschüsse

Kleine Unternehmen, Selbständige und Start-ups bekommen als Soforthilfe Zuschüsse, die nicht zurückgezahlt werden müssen. Im Rahmen der Steuerveranlagung für die Einkommen- oder Körperschaftsteuer im kommenden Jahr wird dieser Zuschuss gewinnwirksam berücksichtigt.

Voraussetzung für die Gewährung des Zuschusses sind wirtschaftliche Schwierigkeiten in Folge von Corona. Der Antragsteller muss zudem versichern, dass der Finanzierungsengpass nicht bereits vor dem 1. März bestanden hat.

Die Förderungshöhe beträgt 9.000 Euro bei Unternehmen bis zu 5 Beschäftigten (gilt auch für Solo-Selbstständige), 15.000 Euro bei bis zu 10 Beschäftigten sowie 25.000 Euro bei Unternehmen bis zu 50 Beschäftigten. Die Bundesländer haben zum Teil noch eigene Hilfen.

Die Soforthilfe soll laufende Betriebskosten (Mieten, Kredite für Betriebsräume, Leasingraten etc.) auffangen.

Die Mittelbereitstellung erfolgt durch den Bund, die Bearbeitung der Anträge und die Auszahlung der Mittel geschieht durch die Länder und Kommunen auf Grundlage der Bundesregelung „Kleinbeihilfen 2020“.

Es besteht eine Antragsfrist bis zum 31.5.2020 bei der zuständigen Landesbehörde.

## Bürgschaften

Für die Besicherung von Krediten an gewerbliche Unternehmen mit tragfähigem Konzept, bei denen banküblicher Sicherheiten nicht im notwendigen Maß zur Verfügung stehen, besteht die Möglichkeit von Bundes- oder Landesbürgschaften.

*Weitere Informationen finden Sie unter: www.foerderdatenbank.de*

## Kredite

Unternehmen, Selbstständige oder Freiberufler, die durch die Corona-Krise in finanzielle Schieflage geraten sind, können über eine Bank oder Sparkasse einen KfW-Kredit beantragen. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Risikoübernahmen (Haftungsfreistellungen) zugunsten der finanzierenden Banken sowie Konsortialfinanzierungen für Betriebsmittel- und Investitionskredite. Die Zugangsschwellen wurden herabgesetzt, der Zugang wurde auf größere Unternehmen ausgeweitet.

Die Kredite stellen Fremdkapital dar und erhöhen die Verschuldung. Im Einzelfall muss das Unternehmen deshalb auch prüfen, welche Auswirkungen die Inanspruchnahme dieser Mittel auf die bestehenden Finanzierungsverträge (Covenants) hat.

Derzeit werden drei Arten von KfW-Darlehen vergeben, dessen Umfang und Ausgestaltung je nach Größe des Unternehmens divergieren:

## Unternehmensfinanzierung

### KfW-Schnellkredit

Über den Schnellkredit können Investitionen und laufende Kosten über eine Laufzeit von 10 Jahren finanziert werden. Der Kredit richtet sich an Unternehmen mit mehr als 10 Mitarbeitern und die mindestens seit Januar 2019 am Markt sind. Voraussetzung für die Vergabe ist, dass das beantragende Unternehmen entweder in 2019 einen Gewinn erwirtschaftet hat oder ein Gewinn über den Durchschnitt der letzten drei Jahre darstellbar ist.

Der maximale Kreditbetrag beläuft sich auf drei Monatsumsätze des Jahres 2019. Nach oben hin abgeriegelt wird der verfügbare Kreditbetrag über die Anzahl an Beschäftigten. So erhalten Unternehmen mit bis zu 50 Beschäftigten max. 500.000 Euro. Unternehmen mit mehr als 50 Beschäftigten erhalten max. 800.000 Euro.

Dabei werden die ausgegebenen Kredite zu 100 % durch eine Garantie des Bundes abgesichert. Damit trägt die prüfende Hausbank kein Ausfallrisiko für die begebenen Finanzierungen. Es erfolgt keine Risikoprüfung durch Ihre Bank.

### KfW-Unternehmerkredit

Ziel des KfW-Unternehmerkredits ist es ebenfalls Investitionen und laufende Kosten zu finanzieren. Dabei richtet sich der Kredit an Unternehmen die länger als fünf Jahre am Markt sind. Hinsichtlich der finanzierbaren Kreditvolumina ist der Unternehmerkredit breiter aufgestellt als der KfW-Schnellkredit. So können sowohl kleinere als auch größere Kreditbeträge bis zu 1 Mrd. Euro beantragt werden. Die Maximalgrenze wird anhand von vier Grenzwerten definiert, die sich unterschiedlicher betriebswirtschaftlicher Kennzahlen bedienen:

- 25 % des Jahresumsatzes 2019 oder
- das doppelte der Lohnkosten von 2019 oder
- den aktuellen Finanzierungsbedarf für die nächsten 18 Monate bei kleinen und mittleren Unternehmen bzw. 12 Monate bei großen Unternehmen oder
- 50 % der Gesamtverschuldung Ihres Unternehmens bei Krediten über 25 Mio. Euro.

Bei der Vergabe des KfW-Unternehmerkredites übernimmt die KfW 80 % des Ausfallrisikos bei großen Unternehmen sowie 90 % bei kleinen und mittleren Unternehmen.

### ERP-Gründerkredit – universell

Die wesentlichen Leistungsmerkmale des KfW-Gründerkredites entsprechen denen des Unternehmenskredites. Allerdings richtet sich der Gründerkredit an Unternehmen die mehr als drei, jedoch weniger als 5 Jahre am Markt aktiv sind. Diese Dauer der Marktaktivität wird hierbei über die Vorlage von mindestens zwei Jahresabschlüssen abgeleitet.

### Allgemeine Aspekte im Zusammenhang mit den KfW-Krediten

Unter den Betriebsmitteln versteht die KfW alle laufenden Kosten, zum Beispiel Miete, Personalkosten und Energiekosten.

Die beantragten und bewilligten Kredite müssen nicht komplett abgerufen werden. Ein Teilverzicht ist ohne zusätzliche Kosten und Gebühren möglich. Bei Bedarf können auch zu einem späteren Zeitpunkt weitere KfW-Kredite beantragt werden.

Bis zu einer Grenze von 3 Mio. Euro verzichtet die KfW-Bank auf eine eigene Risikoprüfung. Sofern diese Grenze nicht überschritten wird, bewilligt die KfW die Kredite auf Basis des Prüfungsergebnisses der Hausbank. Dies beschleunigt den Vergabeprozess.

Die Rückzahlung der Kredite erfolgt grundsätzlich zum Nennwert zuzüglich Zinsen. Es kann ein tilgungsfreies Anlaufjahr in Anspruch genommen werden.

### Allgemeine Aspekte im Zusammenhang mit der Kreditwürdigkeitsprüfung durch die Hausbank

Für die Beantragung sind die Jahresabschlüsse der letzten beiden Jahre einzureichen (ggf. die Betriebswirtschaftliche Auswertung (BWA) vom Dezember 2019, sofern ein Jahresabschluss noch nicht vorliegt).

Die Art und Höhe der zu stellenden Sicherheiten bestimmt sich durch die Anforderungen der Bank.

Es empfiehlt sich den Antrag in ein in sich geschlossenes Konzept zu integrieren. Dabei sollten die Zugangsvoraussetzungen, der Finanzierungsbedarf und die Rückführung plausibel aufbereitet und dargestellt werden.

## Schwachstellen der staatlichen Unterstützungsmaßnahmen

### Keine COVID-10-Hilfsmaßnahmen für Unternehmen in Schwierigkeiten

Da nur COVID-19-bedingte Schwierigkeiten abgefangen werden sollen, können sämtliche Corona-Hilfsmaßnahmen nur von Unternehmen beantragt werden, die nicht bereits zum 31.12.2019 in wirtschaftlichen Schwierigkeiten waren (EU-Definition „Unternehmen in Schwierigkeiten“). Unternehmen, die sich Ende 2019 in einer Restrukturierung befanden, sind also ausgeschlossen, obwohl sie grundsätzlich nicht weniger von der Corona-Krise betroffen als alle anderen Unternehmen.

Unternehmen, die bereits zum 31.12.2019 in Schwierigkeiten waren, können nach den allgemeinen „Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien“ Beihilfen beantragen, die aber grundsätzlich notifiziert und von der EU-Kommission genehmigt werden müssen, was nur unter strengen Auflagen möglich ist. Dies kommt in vielen Fällen aus zeitlichen Gründen zu spät, selbst wenn eine staatliche Stelle bereit ist, Beihilfen zu gewähren.

### Begrenzung der Haftungsübernahme der KfW

Die Kreditprogramme der KfW sehen eine Übernahme des Kreditausfallrisiko nur bis zu 80 % (bzw. 90 % bei kleineren und mittleren Unternehmen) vor, obwohl nach dem genehmigten Beihilferahmen der EU eine Übernahme bis zu 100 % möglich gewesen wäre. Häufig wird es für Unternehmen schwer sein, ihre Hausbank dazu zu bewegen, ein weiteres Kreditausfallrisiko für zusätzliche Finanzierungen einzugehen, zumal die Prognosen vieler Unternehmen derzeit überaus unsicher bis unmöglich sind.

KfW-Darlehen können für eine Anschlussfinanzierung auslaufender Kredite, eine Umschuldung von vor dem 13.3.2020 gewährter Kredite sowie Nachfinanzierungen genutzt werden. Die Unternehmen sind also darauf angewiesen, dass ihre Geschäftsbanken für diese Finanzierungen weiter

zu Verfügung stehen. Die Verträge über laufende Finanzierungen sehen zudem häufig ein Verbot der Aufnahme weiterer Finanzierungen vor, soweit diese über Kleinbeträge hinausgehen.

KfW-Darlehen sollen gegen bankübliche Sicherheiten gewährt werden, was häufig mit den Sicherheiten aus bereits laufenden Finanzierungen (die auch nicht durch ein KfW-Darlehen abgelöst werden können) kollidiert. KfW-Bürgschaften können für KfW-Förderdarlehen nicht eingesetzt werden.

Bürgschaften der KfW können ebenfalls nur für neue Finanzierungen nach dem 28.3.2020 eingesetzt werden, so dass laufende Finanzierungen, die notleidend werden, nicht damit abgesichert werden können.

# Fragen der Unternehmensfinanzierung im Konzern

## Gesellschafterdarlehen im Konzern

Gesellschafterdarlehen gewähren einem Unternehmen die in der Krise dringend benötigte Liquidität. Allerdings mussten Gesellschafter, die ihrem Unternehmen Darlehen zur Verfügung stellen, bislang in Kauf nehmen, dass ihr Darlehen in der Insolvenz des Unternehmens nachrangig ist (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO), und zurückgezahlte Darlehensbeträge vom Insolvenzverwalter angefochten werden können, wenn die Rückzahlung innerhalb des letzten Jahres vor Stellung des Insolvenzantrags erfolgt ist (§ 135 InsO).

Gesellschafter sind daher mit ihren Darlehen einem erhöhten Ausfallrisiko ausgesetzt.

Dieses Risiko hat der Gesetzgeber jetzt für Gesellschafterdarlehen, die (i) bis zum 30.9.2020 (ii) an Unternehmen gewährt werden, für die die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt ist, beseitigt. In Insolvenzverfahren, die bis zum 30.9.2023 beantragt werden, bzw. auf Rückzahlungen von Gesellschafterdarlehen, die bis zum 30.9.2023 erfolgen, finden die entsprechenden Vorschriften keine Anwendung. Anfechtbar bleibt jedoch die Bestellung von Sicherheiten für ein Gesellschafterdarlehen.

## Folgen

Gesellschafter brauchen zwar nicht mehr den gesetzlichen Nachrang für ihr neues Gesellschafterdarlehen zu befürchten. Sofern jedoch Banken gleichzeitig Darlehen gewähren, werden diese voraussichtlich auf einem vertraglichen Nachrang bestehen.

Gegenüber Banken, die in der Vergangenheit Kredite gewährt haben, ist das neue Gesellschafterdarlehen grundsätzlich nicht nachrangig. ind den Banken aber bereits Sicherheiten gewährt worden, entsteht ein faktischer Nachrang. Wenn der Gesellschafter für sein Darlehen ebenfalls Sicherheiten erhalten möchte, sind die Sicherheitenbestellungen anfechtbar. Bei wirtschaftlicher Betrachtung bleibt sein Darlehen daher unbesichert, die Darlehen der Altbanken hingegen besichert.

Wichtiger dürfte der Umstand sein, dass Rückzahlungen des Gesellschafterdarlehens selbst dann nicht anfechtbar sind, wenn innerhalb des folgenden Jahres der Insolvenzantrag gestellt wird. Dadurch wird eine gefahrlose Rückzahlung des Darlehens möglich, wenn die gegenwärtige Krise überwunden ist.

### Cash Pooling

Eine beliebte Form der Innenfinanzierung im Konzern ist das Cash-Pooling. In Zeiten der Krise kann dies jedoch problematisch werden.

Cash-Pooling Salden stellen konzerninterne Darlehen dar. Geschäftsführer einer am Pool teilnehmenden Gesellschaft sind verpflichtet, kontinuierlich zu beobachten, ob ihr „Darlehensnehmer“ noch über ausreichende Bonität verfügt. Ist dies nicht der Fall, können sie gezwungen sein, zu reagieren. Im Extremfall könnten sie im Interesse „ihrer“ Gesellschaft den Cash Pool kündigen und auf Rückzahlung ihrer in den Pool gezahlten Liquidität bestehen. Bei der Ermittlung des Gesellschaftsinteresses müssen sie deren Konzernzugehörigkeit berücksichtigen.

Bei der Bewertung der Bonität der den Cash Pool führenden Gesellschaft wird man überlegen müssen, ob nicht doch aufgrund der gegenwärtig verfügbar Staatshilfen eine positive Bewertung möglich ist. Zudem kann es sein, dass die Interessen des Tochterunternehmens aus anderen Gründen besser gewahrt sind, wenn das Cash-Pooling bestehen bleibt.

### Gewinnabführungsverträge

Erwirtschaftet die Tochtergesellschaft Verluste und ist möglicherweise in ihrer Existenz bedroht, so könnte sie berechtigt sein, vorab Abschlagszahlungen auf den Verlustausgleich von ihrer Muttergesellschaft zu erhalten.

Ist die Tochter hingegen profitabel, aber die Muttergesellschaft in Schwierigkeiten, so wird die Muttergesellschaft vermutlich Zugriff auf die wirtschaftliche Substanz des Tochterunternehmens nehmen wollen. In dieser Situation, die für die Tochter sehr nachteilig sein kann, muss sich die Geschäftsführung des Tochterunternehmens fragen, ob sie derartige Zugriffe gestatten muss. Grundsätzlich ist dies der Fall. Im Gegenzug kann sie sich auf die Verpflichtung des Mutterunternehmens zum Ausgleich von etwa dadurch entstehenden Verlusten verlassen. Sollte die Situation bei der Muttergesellschaft allerdings so dramatisch sein, dass man mit ihrer Insolvenz rechnen muss, könnte für das Tochterunternehmen eine Kündigung des Gewinnabführungsvertrages aus wichtigem Grund in Betracht kommen.

In diesem Bereich muss man jedoch mit großer Vorsicht agieren. Die Kündigung derartiger Verträge hat weitreichende Konsequenzen, nicht zuletzt auch im Steuerrecht.

## Externe Unternehmensfinanzierung

### Von externen Dritten

Bei Finanzierungen in der Krise besteht bislang stets das Problem, dass Gläubiger einer Haftung ausgesetzt sind, die über ihr Darlehen hinausreicht.

– Die Gewährung von Sanierungskrediten kann Beihilfe zur Insolvenzverschleppung sein oder den Tatbestand der Gläubigergefährdung erfüllen. Gängig ist der Vorwurf, die Bank habe den Insolvenzantrag gezielt hinausgezögert, um in der so gewonnenen Zeit die von ihr ausgereichten Kredite zurückzuführen oder neue Sicherheiten für alte und faule Kredite zu erlangen. Um diesen Vorwurf zu vermeiden, verlangen Kreditgeber in der Krise stets die Vorlage eines positiven Sanierungsgutachtens nach IDW S6.

- Der Gesetzgeber hat festgelegt, dass für Darlehen, die bis zum 30.9.2020 gewährt werden, eine Haftung des Kreditgebers wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung ausscheidet. Dadurch dürfte die Notwendigkeit eines IDW S6 Gutachtens entfallen.
- Dies dürfte die Gewährung von Sanierungskrediten erheblich vereinfachen und beschleunigen. Dies gilt allerdings nur für Unternehmen, für die die Insolvenzantragspflicht wegen der Pandemiefolgen ausgesetzt ist.
- Unberührt bleiben Zustimmungserfordernisse von bestehenden Kreditgebern, sei es, weil im Kreditvertrag ein derartiger Vorbehalt vorgesehen ist (bei Verträgen nach LMA-Standard ist dies üblich), oder weil die Gewährung von Sicherheiten deren Mitwirkung erfordert.

## Mezzanine Finanzierungen

Mezzanine Finanzierungen können in der gegenwärtigen Lage ein interessantes Finanzierungsinstrument sein:

- Wenn das Unternehmen seine Kredittragfähigkeit ausgeschöpft hat, die Unternehmensinhaber aber – insbesondere zu den aktuellen Bewertungen – keinen neuen Investor aufnehmen wollen, kann eine Mezzanine Finanzierung interessant sein.
- Diese wird dann typischerweise so ausgestaltet, dass sie nachrangig und hochverzinslich ist. Häufig enthält sie ein Element der Eigenkapitalbeteiligung („Equity Kicker“), das aber erst zu einem späteren Zeitpunkt gewährt und bewertet wird. Dadurch kann die gegenwärtige Bewertungsproblematik vermieden werden.

Thomas Harmann
Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Assoziierter Partner
T +49 228/95 94-201
thomas.harmann@fgs.de

Dr. Martin Oltmanns LL.M. (Chicago)
Rechtsanwalt, Steuerberater, Partner
T +49 30/21 00 20-0
martin.oltmanns@fgs.de

# Bundesweite steuerliche Maßnahmen

## Temporäre Reduktion steuerinduzierter Liquiditätsabflüsse

Die zentralen steuerrechtlichen Maßnahmen anlässlich COVID-19/SARS-CoV-2 finden sich im BMF-Schreiben IV A 3 -S 0336/19/10007:002, und den gleichlautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder zu gewerbesteuerlichen Maßnahmen, beide vom 19.3.2020. Die Schreiben eröffnen den Steuerpflichtigen Möglichkeiten, ihre Steuervorauszahlungen anzupassen, Steuerzahlungen (in der Regel zinslos) zu stunden und Vollstreckungsmaßnahmen und Säumniszuschläge zu vermeiden. Neben diesen bundesweiten Maßnahmen sehen die einzelnen Bundesländer weitere steuerliche Entlastungsmaßnahmen vor.

## Voraussetzung für Entlastungsmaßnahmen

Steuerpflichtige können die steuerlichen Entlastungsmaßnahmen regelmäßig in Anspruch nehmen, wenn diese nachweislich unmittelbar und nicht unerheblich von der Corona-Krise betroffen sind. Es bestehen keine klaren Definitionen dieser Begriffe, sodass sich Abgrenzungsfragen stellen. Die Erleichterungen stehen unter dem Damoklesschwert der §§ 370 und 378 AO sowie § 69 AO.

Maßnahme 1: Anpassung von Steuervorauszahlungen

Unmittelbar und nicht unerheblich betroffene Steuerpflichtige können zunächst befristet bis zum 31.12.2020 unter Darlegung ihrer Verhältnisse Anträge auf Anpassung der Vorauszahlungen für 2020 auf die Einkommen- und Körperschaftsteuer (zzgl. SolZ und ggf. KiSt) stellen. Darüber hinaus können Anträge auf Herabsetzung des GewSt-Messbetrags für Zwecke der Vorauszahlungen 2020 gestellt werden.

Maßnahme 2: Stundung von Steuerzahlungen

Unmittelbar und nicht unerheblich betroffene Steuerpflichtige können bis zum 31.12.2020 unter Darlegung ihrer Verhältnisse Anträge auf „in der Regel“ zinsfreie Stundung der bis zu diesem Zeitpunkt bereits fälligen oder fällig werdenden Steuern stellen. Dies gilt für die Einkommensteuer, die Körperschaftsteuer und für die Umsatzsteuer.

Maßnahme 3: Absehen von Vollstreckungsmaßnahmen

Wird dem Finanzamt bekannt, dass der Vollstreckungsschuldner unmittelbar und nicht unerheblich betroffen ist, soll bis zum 31.12.2020 von Vollstreckungsmaßnahmen und Säumniszuschlägen bei allen rückständigen oder bis zu diesem Zeitpunkt fällig werdenden Steuern abgesehen werden. Das BMF hat die Hauptzollverwaltung und das Bundeszentralamt für Steuern zu vergleichbaren Maßnahmen angewiesen

# Weitere Einzelmaßnahmen auf Bund- und Länderebene

Über die bundesweiten Maßnahmen hinaus haben die einzelnen Länder separate Entlastungsmaßnahmen erlassen. Mittlerweile stellen alle 16 Bundesländer den Steuerpflichtigen vereinfachte Antragsformulare zur Verfügung. Die einzelnen Maßnahmen der Länder weichen jedoch voneinander ab und es besteht oftmals kein einheitliches Vorgehen hinsichtlich konkreter

Entlastungsmaßnahmen. So sehen bislang nur einzelne Bundesländer einen Vollstreckungsaufschub bei Lohnsteuer oder Kapitalertragsteuer, eine Herabsetzung der Umsatzsteuer-Sondervorauszahlung, Fristverlängerung für Steuererklärungen und -anmeldungen oder etwa den Aufschub von Außenprüfungen vor. Eine genaue Kenntnis und Verfolgung der landesspezifischen Maßnahmen ist gerade in kritischen Fällen das Gebot der Stunde.

### Weitere Steueraspekte mit Bezug zur Corona-Pandemie

Neben den steuerlichen Entlastungsmaßnahmen aufgrund der Corona-Krise wurden auch in anderen Bereichen Entlastungen eingeführt, die die Schäden der Krise dämpfen sollen. Zudem ergeben sich Folgefragen im Zusammenhang mit anderen, nichtsteuerlichen Maßnahmen.

### 1.500 Euro steuer- und sozialversicherungsfreie Sonderzahlungen an Mitarbeiter

Laut BMF-Pressemitteilung vom 3.4.2020 sollen davon branchenunabhängig Sonderleistungen erfasst sein, die zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Lohn zwischen dem 1.3. und dem 31.12.2020 ausgezahlt werden.

### Besteuerung von Soforthilfen des Bundes und der Länder

Als nicht rückzahlbare Liquiditätszuschüsse sollten diese Zahlungen grundsätzlich nicht umsatzsteuerbar sein. Ertragsteuerlich sollten sie dagegen gewinnwirksam zu berücksichtigen und damit steuerpflichtig sein. Korrespondierend sind die mit diesen Mitteln im Zusammenhang stehenden Betriebsausgaben steuerlich abzugsfähig.

### Umstrukturierungen mit verlängertem Rückwirkungszeitraum

Das Gesetz vom 24.3.2020 (Drs. 19/18110) verlängert die Rückwirkungsfrist in § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG von 8 auf 12 Monate. Eine Anpassung der steuerlichen Rückwirkungsfristen im UmwStG wurde (noch) nicht vorgenommen. Dessen ungeachtet ist für mehrere Umstrukturierungen bereits jetzt die Anwendung des 12-Monats-Zeitraums gut begründbar.

### Bestrebung des BMF für bilaterale Vereinbarungen zur Erleichterung für Grenzpendler

Das BMF strebt laut Mitteilung vom 3.4.2020 an, dass zu viele Homeoffice-Tage in 2020 ohne Einfluss auf den Tätigkeitsstaat bleiben.

## Mittelbare steuerliche Pflichten und Effekte

### Steuerliche Pflichten des Geschäftsführers/Vorstands in der Krise

Soweit keine steuerlichen Maßnahmen zur Berücksichtigung der Auswirkungen des Coronavirus bewilligt worden sind, gelten grundsätzlich die allgemeinen steuerlichen Pflichten. Die Verwaltung weist in ihren Formularen auf §§ 370, 378 AO hin. Die Steuerhaftung des Geschäftsführers/Vorstands gemäß § 69 AO bei Verletzung steuerlicher Pflichten ist durch die bisherigen steuerlichen Maßnahmen nicht suspendiert. Nach BFH besteht grundsätzlich eine Mittelvorsorgepflicht, d.h. die Verpflichtung, vor Fälligkeit der Steuern die Mittel so zu verwalten, dass eine pünktliche

Zahlung bei Fälligkeit möglich ist. Somit ist eine Planung unter sinnvollen Annahmen streng geboten. Bei Anträgen auf steuerliche Maßnahmen empfiehlt sich Transparenz.

## Liquiditäts- und Prognoserechnung aus steuerlicher Sicht

*Berücksichtigung von Corona im handelsrechtlichen Abschluss 2019*

Die Fachlichen Hinweise des IDW vom 4.3., 25.3. und 8.4.2020 können als Anknüpfungspunkte dazu dienen, wie die Auswirkung der Ausbreitung des Coronavirus in der Rechnungslegung abzubilden ist. Darüber hinaus gelten die Grundsätze der DRS. Nach IDW-Auffassung ist die Corona-Pandemie ein in 2020 wertbegründendes Ereignis. Somit sind Corona-Effekte dank Stichtagsprinzip grundsätzlich erst in Bilanz und GuV der Perioden 2020 ff. zu erfassen. Ausnahmen: Abkehr von Going Concern Prämisse oder Stetigkeit.

Im Anhang wird bei Vorgang von besonderer Bedeutung oder Bestandsgefährdung eine Nachtragsberichterstattung nötig. Im Lagebericht ist ein zutreffendes Bild der Risikolage und im Prognose-bericht die geänderte Erwartung des Managements darzustellen. Laut IDW vom 4.3.2020 greift bei der Prognosegüte die Erleichterung gemäß DRS 20.133. Prognosezeitraum ist mindestens ein Jahr.

*Steuerliche Aspekte bzgl. Liquiditäts- und Prognoserechnung*

Die Stundung von Steuerzahlungen und die Anpassung/Rückforderung von Vorauszahlungen haben einen direkten Liquiditätseffekt. Mittel- und langfristig gilt es, die fälligen Steuerzahlungen im Rahmen der Möglichkeiten klein zu halten, also den steuerlichen Gewinn 2019 zu mindern. Dies wirkt sich auf die prognostizierten Steuerzahlungen nach Auslauf der Stundung aus. Maßnahmen:

- Verlängerung des Wirtschaftsjahres 2019
- Rückwirkende Aufdeckung stiller Lasten
- Vorbeugende Maßnahmen zum Erhalt des Verlustvortrags
- Prävention und Optimierung der sich verschärfenden Zinsschranke

## Steuerliche Aspekte der Gesellschafterfinanzierung

Aufgrund der Corona-Krise besteht die Gefahr, dass Unternehmen in Liquiditätsschwierigkeiten geraten. Um diese Unternehmen finanziell zu unterstützen, besteht u.a. die Möglichkeit, Gesellschafter- und gruppeninterne Darlehen zu vergeben. Hinsichtlich der Vergabe dieser Darlehen bestehen steuerliche Fallstricke. Es gilt, durch umsichtige Planung negative steuerliche Folgen zu vermeiden. Solche negativen steuerlichen Folgen können bereits bei inländischen Darlehensbeziehungen auftreten. Besonders für grenzüberschreitende Darlehen bestehen aufgrund der Verrechnungspreisvorschriften Zusatzrisiken, die es zu beachten gilt.

## Folgen der Corona-Krise für steuerliche Organschaften

Für steuerliche Organschaften können sich aufgrund der Corona-Krise und den daraus resultierenden wirtschaftlich geschwächten Unternehmen steuerliche Risiken ergeben. Es stellen sich insbesondere Einzelfragen hinsichtlich der tatsächlichen Durchführung von Ergebnisabführungsverträgen sowie zu den Auswirkungen vorläufiger Insolvenzverfahren auf die ertragsteuerliche und umsatzsteuerliche Organschaft.

## Umsatzsteuer bei krisenbedingten Kürzungen von Zahlungen

Werden krisenbedingt Zahlungen gekürzt (z.B. durch einen Forderungsverzicht), so entstehen neben den ertragsteuerlichen Folgewirkungen auch unmittelbare umsatzsteuerliche Auswirkungen. Die umsatzsteuerliche Bemessungsrundlage ist aufgrund solcher Vorfälle regelmäßig zu berichtigen, wodurch Liquiditätseffekte für die Steuerpflichtigen entstehen.

## Ausblick auf die Zeit nach der akuten Krise

Nach Bewältigung der akuten Krisensituation wird sich die Frage stellen, ob die Liquidität zur Zahlung der (gestundeten) Steuer bei Fälligkeit ausreicht. Sofern nötig, kann die Lösung darin liegen, den Erlass der (gestundeten) Steuer anzustreben. Dies kann sowohl auf dem außergerichtlichen Weg als auch gerichtlich per Erlass im Rahmen eines – vorzugsweise in Eigenverwaltung geführten – Insolvenzverfahrens angegangen werden.

Dr. Daniel Dreßler
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, CPA, Assoziierter Partner
T +49 228/95 94-332
daniel.dressler@fgs.de

# Hilfsprogramme der EU-Mitgliedstaaten

## Vereinbarkeit mit Beihilferecht

Die Mitgliedstaaten reagieren auf die Corona-Krise im Rekordtempo mit Hilfsprogrammen für die Wirtschaft. Beihilfen müssen aber mit dem EU-Beihilferecht vereinbar sein. Die EU-Kommission hat ebenfalls schnell reagiert und am 19.3.2020 einen Befristeten Rahmen für Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft erlassen (und am 2.4.2020 erstmals ergänzt). Danach können folgende Beihilfen gestützt auf Art. 107 Abs. 3 c) AEUV (Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats) kurzfristig genehmigt werden:

- direkte Zuschüsse (oder Steuervorteile) von bis zu 800.000 Euro je Unternehmen;
- vergünstigte staatliche Garantien für Bankdarlehen;
- öffentliche und private Darlehen mit vergünstigten Zinssätzen;
- Nutzung bestehender Darlehenskapazitäten der Banken zur Unterstützung insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen; solche Beihilfen sind direkte Beihilfen für die Kunden der Banken und keine Beihilfen für die Banken selbst;
- bei Bedarf kurzfristige Exportkreditversicherungen.
- Förderung der coronavirusbezogenen Forschung und Entwicklung, für den Bau und Ausbau von Testeinrichtungen, für die Herstellung von Produkten gegen eine Ausbreitung des Coronavirus (Impfstoffe, medizinische Hilfsgüter, Schutzmaterial),
- gezielter Steueraufschub und/oder Stundung von Sozialversicherungsbeiträgen der Arbeitgeber
- gezielte Unterstützung von Arbeitnehmern in Form von Lohnzuschüssen.

Im Befristeten Rahmen ist jeweils beschrieben, welche Voraussetzungen die jeweiligen Instrumente erfüllen müssen.

Daneben können die Mitgliedstaaten Beihilferegelungen auch weiterhin auf die allgemeinen Beihilferegelungen stützen, insbesondere auch auf Art. 107 Abs. 2 b) AEUV (Beseitigung von Schäden, durch Naturkatastrophen oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse).

Die Kommission hat die Mitgliedstaaten nicht von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung der Beihilfen befreit. Die angemeldeten Beihilferegelungen werden aber sehr schnell in Dringlichkeitsverfahren geprüft. Allein in der Zeit vom 12.3. bis 2.4.2020 wurden 25 mitgliedstaatliche Beihilferegelungen zur Überwindung der Corona-Krise genehmigt.

# Genehmigte Beihilfenregelungen

Folgende deutsche Beihilferegelungen wurden bislang genehmigt:

- Gewährung von Liquidität in Form vergünstigter Darlehen für von der Ausbreitung des Coronavirus betroffenen Unternehmen durch die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) in Zusammenarbeit mit den Geschäftsbanken.
- Beihilfen im Rahmen der „Bundesregelung Kleinbeihilfen 2020“ bestehend aus direkten Zuschüssen, rückzahlbaren Vorschüssen oder Steuer- und Zahlungsvorteilen.

## Beihilfenrecht

- Gewährung zinsgünstiger Darlehensgarantien zur Deckung des unmittelbaren Betriebs- und Investitionsmittelbedarfs der Wirtschaft seitens deutscher Bundes- und Landesbehörden sowie Förder- und Bürgschaftsbanken.
- Genehmigung der Verlängerung der am 22. März 2020 beschlossenen Maßnahmen zur Unterstützung der Wirtschaft in der Corona-Krise unter Einbeziehung der Gewährung von Fördermitteln durch andere regionale Behörden und Förderbanken, die nicht unter die bisherigen Maßnahmen fielen. Die neue Regelung steht allen Unternehmen der Realwirtschaft offen und ermöglicht die Vergabe zinsgünstiger Darlehen, um Unternehmen bei der Deckung ihres unmittelbaren Betriebs- und Investitionsmittelbedarfs zu helfen.

Es wurde kritisiert, dass die staatlichen Garantien nur 90 % der von Banken gewährten Darlehen absichern durften, um eine verantwortungsvolle Kreditvergabe der Banken sicherzustellen. In besonders betroffenen Branchen scheuten die Banken aber auch dieses Risiko. Die Kommission ist nach jüngsten Meldungen nunmehr bereit, auch eine vollständige staatliche Risikoübernahme zu genehmigen.

Weitere Maßnahmen zur Stützung der Wirtschaft sind ohne Beihilfenkontrolle möglich, weil sie nicht den Beihilfetatbestand erfüllen. Z.B.: allgemeine, für alle Unternehmen geltende Entlastungen (z.B. von Steuern, Lohnzahlungen bei Kurzarbeit) oder Hilfen für Verbraucher.

Es steht zu befürchten, dass sich die Genehmigung anderer, nicht mit der Corona-Krise verbundene Beihilfen aufgrund der Belastung sowohl der EU-Kommission als auch der zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten verzögern wird.

Dr. Florian C. Haus
Rechtsanwalt, Partner
T +49 228/95 94-165
florian.haus@fgs.de

Dr. Thilo Richter
Rechtsanwalt, Assoziierter Partner
T +49 228/95 94-208
thilo.richter@fgs.de

# Besondere Geschäftsleiterpflichten

## Auch in der Krise ist die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters Ausgangspunkt der Geschäftsleiterpflichten

– Insbesondere die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung ist jetzt von besonderer Bedeutung.

## Unternehmensplanung ist regelmäßig zu prüfen und an veränderte ökonomische und rechtliche Rahmenbedingungen anzupassen

– Da die weitere Krisenentwicklung nicht absehbar ist, sollten alternative Szenarien bei der Unternehmensplanung berücksichtigt werden. COVID-19-Auswirkungen sind auch im Prognosebericht nach § 289 Abs. 1 S. 4 HGB zu beachten.
– Auf angepasste Planung kann nicht deshalb verzichtet werden, weil erhebliche Bewertungs- und Prognoseunsicherheiten bestehen.

## Überwachung der finanziellen Situation als Ausprägung der Bestandssicherungs- und Schadensabwendungspflicht

– Primäres Ziel ist die Sicherung der Zahlungsfähigkeit. Ggf. sind Maßnahmen zur Kostensenkung zu treffen und zusätzliche Liquidität zu beschaffen, etwa durch intensiviertes Forderungsmanagement sowie über Förderinstrumenten und Hilfskredite.
– Zudem ist regelmäßig zu prüfen, ob in Hinblick auf § 15a Abs. 1 InsO eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung droht. Diese Pflicht besteht trotz vorübergehender Aussetzung der Insolvenzantragspflicht weiterhin.
– § 92 Abs. 1 AktG/§49 Abs. 3 GmbHG sind zu beachten, d.h. die Pflicht zur Einberufung der (Haupt-/Gesellschafter-)Versammlung, wenn ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals besteht bzw. die Hälfte des Stammkapitals verloren ist.

## Pflicht zur frühzeitigen Risikoerkennung, § 91 Abs. 2 AktG (gilt auch für GmbH-Geschäftsführer)

– Das Risikomanagementsystem ist um für das Unternehmen konkrete COVID-19-bedingte Risiken anzupassen bzw. zu ergänzen, damit Entwicklungen, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden, früh erkannt werden und gegengesteuert werden kann.
– In regelmäßigen Abständen sind Risiken zu identifizieren und die Folgen für das Unternehmen zu analysieren.

## Maßnahmen zur Vermeidung von Betriebsstörungen treffen

– Es sind frühzeitig Maßnahmen zur Sicherung der Lieferketten, Anpassung der Produktionskapazitäten etc. einzuleiten.
– Unternehmensinterne Regeln für hygienische Schutzmaßnahmen, Homeoffice, dienstliches Verhalten, Personalplanung etc. sind aufzustellen und bekannt zu machen.

### Eigene Haftungsrisiken minimieren

Eigene Haftungsrisiken können unter Beachtung der Regeln der *Business Judgement Rule* minimiert werden. Dies ist der Fall, wenn die Geschäftsleiter (Vorstände oder Geschäftsführer) bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durften, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG).

- Handeln auf Grundlage angemessener Informationen setzt Kenntnis der sich aktuell schnell ändernden rechtlichen Lage voraus.
- Die Geschäftsleiter können auch verpflichtet sein, externe Beratung in Anspruch zu nehmen, soweit eigene Sachkunde fehlt.
- Die Geschäftsleitung hat bei der Bewältigung der Auswirkungen der COVID-19-Krise die gebotene Interessenabwägung besonders sorgfältig vorzunehmen; bloßes Abwarten stellt keine unternehmerische Entscheidung dar.

Entscheidungen sollten in enger Abstimmung mit den übrigen Gesellschaftsorganen getroffen werden; Geschäftsleiter sollten Entscheidungen in Absprache mit dem Aufsichtsrat bzw. den Gesellschaftern treffen und sich ggf. Weisungen erteilen lassen.

Besteht die Geschäftsleitung aus mehreren Personen mit abgegrenzten Ressorts, ist verstärkt auf wechselseitige Kontrolle zu achten.

- Entscheidungen der einzelnen Ressortleiter sind aufeinander abzustimmen. Die Intensität der Sitzungen ist ggf. zu erhöhen.
- Entscheidungen, die für das Unternehmen von besonderer Bedeutung sind, sind regelmäßig von allen Geschäftsleitern gemeinsam zu treffen.

Im Rahmen der Legalitätspflicht ist auf Einhaltung gesetzlicher Vorgaben zu achten:

Bei kapitalmarktorientierten Unternehmen besteht eine Pflicht zu Ad-hoc-Mitteilungen, etwa bei außerordentlich Umsatzeinbußen oder anderen bedeutenden internen oder externen Umständen, die unmittelbar den Emittenten betreffen.

WICHTIG: Es ist darauf zu achten, sämtliche Maßnahmen und Entscheidungen sorgfältig zu dokumentieren, um später ggf. geltend gemachte Schadensersatzansprüche abwehren zu können. Die Beweislast trifft hier in erheblichen Umfang die Geschäftsleiter selbst.

## Virtuelle Hauptversammlungen

### Durchführung von Hauptversammlungen

Derzeit ist die Durchführung von Präsenzversammlung in aller Regel rechtlich und praktisch unmöglich. Daher hat der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie (Cor-GesR-G) Erleichterungen geschaffen:

Zunächst besteht die Möglichkeit der Verlegung der Hauptversammlung über die gesetzliche Frist von acht Monaten nach Beginn des Geschäftsjahres hinaus. Die Durchführung der ordentlichen Hauptversammlung ist noch während des gesamten Geschäftsjahres 2020 zulässig.

Bereits bestehende Erleichterungen sind (vorübergehend) auch ohne Ermächtigung in der Satzung oder Geschäftsordnung möglich:

- Teilnahme der Aktionäre an der Hauptversammlung im Wege elektronischer Kommunikation nach § 118 Abs. 1 S. 2 AktG (elektronische Teilnahme),
- Stimmabgabe im Wege elektronischer Kommunikation nach § 118 Abs. 2 AktG (Briefwahl),
- Teilnahme von Mitgliedern des Aufsichtsrats im Wege der Bild- und Tonübertragung nach § 118 Abs. 3 S. 2 AktG und
- Zulassung der Bild- und Tonübertragung der Versammlung nach § 118 Abs. 4 AktG.

Insbesondere sind vollständig virtuelle Hauptversammlungen ohne physische Präsenz (vorübergehend) zugelassen:

- Der Vorstand kann entscheiden, dass die Hauptversammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre oder ihrer Bevollmächtigten als rein virtuelle Hauptversammlung abgehalten wird, sofern:
  - die Bild- und Tonübertragung der gesamten Versammlung erfolgt,
  - die Stimmrechtsausübung der Aktionäre über elektronische Kommunikation (Briefwahl oder elektronische Teilnahme) sowie Vollmachtserteilung möglich ist,
  - den Aktionären eine Fragemöglichkeit im Wege der elektronischen Kommunikation eingeräumt wird und
  - den Aktionären, die ihr Stimmrecht ausgeübt haben, auch ohne Erscheinen in der Hauptversammlung eine Möglichkeit zum Widerspruch gegen einen Beschluss der Hauptversammlung eingeräumt wird.
- Der Vorstand entscheidet nach pflichtgemäßem, freiem Ermessen, welche Fragen er wie beantwortet; er kann auch vorgeben, dass Fragen bis spätestens zwei Tage vor der Versammlung im Wege elektronischer Kommunikation einzureichen sind.

## Weitere Änderungen

- Verkürzte Einberufungsfrist von 21 Tagen vor dem Tag der Versammlung abweichend von § 123 Abs. 1 S. 1 AktG.
- Verkürzung des *Record Dates* auf den Beginn des zwölften Tages vor der Hauptversammlung.
- Im Fall der Einberufung mit verkürzter Frist von 21 Tagen hat die Mitteilung nach § 125 Abs. 1 S. 1 AktG spätestens zwölf Tage vor der Versammlung und die Mitteilung nach § 125 Abs. 2 AktG an die zu Beginn des zwölften Tages vor der Hauptversammlung im Aktienregister Eingetragenen zu erfolgen. Abweichend von § 122 Abs. 2 AktG müssen Ergänzungsverlangen bei verkürzter Einberufungsfrist mindestens 14 Tage vor der Versammlung der Gesellschaft zugehen.
- Berechtigung des Vorstands zu Abschlagszahlung auf den Bilanzgewinn in Abweichung von § 59 Abs. 1 AktG auch ohne satzungsmäßige Ermächtigung.
- Zu beachten ist, dass für die Entscheidungen des Vorstands, Maßnahmen entsprechend der vorübergehenden Erleichterungen in Anspruch zu nehmen, eine Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich ist. Abweichend von § 108 Abs. 4 AktG kann der Aufsichtsrat – ungeachtet der Regelungen in der Satzung oder Geschäftsordnung – die Zustimmung ohne physische Anwesenheit der Mitglieder schriftlich, fernmündlich oder in vergleichbarer Weise beschließen.
- Beschlüsse der rein virtuellen Hauptversammlung sind nur eingeschränkt anfechtbar: Anfechtung kann (unbeschadet von § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG) nicht auf Verletzungen von § 118 Abs. 1 S. 3 bis 5, Abs. 2 S. 2 oder Abs. 4 AktG sowie nicht auf Verletzung von § 1 Abs. 2 Cor-GesR-G (Durchführung virtueller Hauptversammlung) gestützt werden. Eine Ausnahme gilt, wenn der Gesellschaft Vorsatz vorzuwerfen ist.

– Die Übergangsregelungen für Hauptversammlungen und Abschlagszahlungen auf den Bilanzgewinn gelten für Hauptversammlungen, die im Jahr 2020 stattfinden. Durch Rechtsverordnung des BMJV kann die Geltung der Übergangsregelungen bis höchstens zum 31.12.2021 verlängert werden, wenn dies aufgrund fortbestehender Auswirkungen der COVID-19-Pandemie in der Bundesrepublik Deutschland geboten erscheint.

### Exkurs: (Vorübergehende) Änderung bezüglich der Gesellschafterversammlung der GmbH

– Bei GmbHs ist eine Beschlussfassung in Textform oder durch schriftliche Abgabe der Stimmen vorübergehend in Abweichung zu § 48 Abs. 2 GmbHG auch ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter möglich.

## Informationspflichten und Beschlussfassung in der GmbH

### Gesellschafterversammlung

Krisenhafte Entwicklungen infolge der COVID-19-Pandemie (Geschäftsschließungen, Betriebsstilllegungen, Finanzierungsmaßnahmen etc.) rufen in der GmbH die Gesellschafterversammlung auf den Plan.

Die Geschäftsführung ist verpflichtet, die Gesellschafterversammlung über außergewöhnliche Entwicklungen und anstehende Maßnahmen zeitnah und umfassend zu informieren. Als oberstes Gesellschaftsorgan kann die Gesellschafterversammlung zudem Weisungen erteilen und muss besonders wichtigen Geschäftsführungsmaßnahmen zustimmen, entweder aufgrund einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführer oder nach den Grundsätzen zu Maßnahmen von besonderer Bedeutung. Für Strukturmaßnahmen wie Stammkapitalerhöhungen oder Umstrukturierungen nach dem Umwandlungsgesetz ist ohnehin die Gesellschafterversammlung zuständig.

Reiseverbote, Kontaktsperren und Quarantäneanordnungen stellen ernsthafte bis unüberwindliche Hindernisse für die physische Zusammenkunft von Gesellschaftern dar. Das GmbH-Gesetz erlaubt mit § 48 Abs. 2 GmbHG (seit jeher) präsenzlose Beschlussfassung in Gestalt textförmiger Einstimmigkeit mit der zu treffenden Regelung (§ 48 Abs. 2 Var. 1 GmbHG) oder formfreier Einstimmigkeit hinsichtlich der schriftlichen Stimmabgabe (§ 48 Abs. 2 Var. 2 GmbHG). In beiden Fällen muss jedoch Einstimmigkeit darüber bestehen, dass überhaupt ohne Zusammenkunft der Gesellschafter ein Beschluss herbeigeführt werden soll.

Daran ändern auch die Regelungen in vielen Gesellschaftsverträgen nichts, wonach Stimmen auch per E-Mail, Fax oder auf anderem elektronischen Wege abgegeben werden können. Es müssen sich alle Gesellschafter an der präsenzlosen Beschlussfassung beteiligen.

§ 2 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts- Vereins-, Genossenschafts- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der Infektionen mit dem Coronavirus schafft nunmehr eine signifikante Erleichterung (beschränkt zunächst auf Beschlussfassungen in GmbH im Jahr 2020):

*„Abweichend von § 48 Abs. 2 des Gesetzes betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung können Beschlüsse der Gesellschafter in Textform oder durch schriftliche Abgabe der Stimmen auch ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter gefasst werden.“*

Damit ist keine Einstimmigkeit darüber erforderlich, dass überhaupt ohne physische Versammlung abgestimmt werden kann.

Die Vorschrift bedeutet allerdings nicht, dass Mehrheitsentscheidungen ohne Wissen der Gesellschafterminderheit getroffen werden können. Sämtliche Gesellschafter müssen über die Einleitung einer Beschlussfassung informiert und zur Teilnahme an der Beschlussfassung bzw. Abstimmung aufgefordert werden; Verstöße dagegen dürften zur Beschlussnichtigkeit führen.

*Zum Ganzen vertiefend: Reichert/Bochmann, GmbHR 09/2020, sowie Bochmann/Cziupka, in Centrale für GmbH (Hrsg.), GmbH-Handbuch, 172. Erg.-Lfg. 2020, Rz. I-1702.1 ff.*

## Genossenschaften

### Erleichterungen für die Durchführung von Versammlungen ohne physische Anwesenheit durch § 3 Cor-GesR-G

Schriftliche oder elektronische Beschlussfassung der Mitglieder in der Generalversammlung sind abweichend von § 43 Abs. 7 S. 1 GenG vorübergehend auch ohne entsprechende Satzungsregelung zulässig.

Der Vorstand hat dafür zu sorgen, dass der Niederschrift gemäß § 47 GenG ein Verzeichnis der die an der Beschlussfassung teilnehmenden Mitglieder, beigefügt ist. Zudem ist bei jedem Mitglied die Art der Stimmabgabe zu vermerken.

Die Einberufung kann abweichend von § 46 Abs. 1 S. 1 GenG auf der Internetseite der Genossenschaft oder durch unmittelbare Benachrichtigung in Textform erfolgen.

Die Feststellung des Jahresabschlusses kann abweichend von § 48 Abs. 1 S. 1 GenG auch durch den Aufsichtsrat erfolgen.

Der Vorstand ist zudem ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrats nach pflichtgemäßem Ermessen Abschlagszahlungen vorzunehmen. Dies gilt sowohl für eine zu erwartende Auszahlung eines Auseinandersetzungsguthabens eines ausgeschiedenen Mitgliedes als auch für eine an ein Mitglied zu erwartende Dividendenzahlung.

### Eingeschränkte Anfechtbarkeit

Die Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung kann – unbeschadet des § 51 Abs. 1 und 2 GenG – nicht auf Verletzungen des Gesetzes oder der Mitgliederrechte gestützt werden, die auf technische Störungen im Zusammenhang mit der Beschlussfassung zurückzuführen sind, es sei denn der Genossenschaft ist Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen.

### Weiteres

Die Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder bleiben im Amt, bis ein Nachfolger bestellt werden kann. Die Anzahl der Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats darf auch weniger als die durch Gesetz oder Satzung bestimmte Mindestzahl betragen.

Sitzungen des Vorstands oder des Aufsichtsrats einer Genossenschaft sowie deren gemeinsame Sitzungen können auch ohne Grundlage in der Satzung oder in der Geschäftsordnung im Umlaufverfahren in Textform oder als Telefon-/Videokonferenz durchgeführt werden.

Diese Übergangsregelungen gelten nur für General- und Vertreterversammlungen, Jahresabschlussfeststellungen, Abschlagszahlungen, Bestellungen von Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern, Sitzungen des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder deren gemeinsame Sitzungen, die im Jahr 2020 stattfinden, erfolgen oder ablaufen.

## Vereine und Stiftungen

### Besondere Regelungen für Vereine

Das Vereinsrecht sieht bisher vor, dass Mitgliederversammlungen von Vereinen nur als Präsenzversammlungen möglich sind (§ 32 Abs. 1 S. 1 BGB) Sofern die Satzung nichts Abweichendes regelt, können Vereinsmitglieder ihre Mitgliederrechte bislang nur in der Versammlung ausüben.

Künftig sind virtuelle Mitgliederversammlungen auch ohne entsprechende Satzungsregelung möglich. Der Vorstand kann den Vereinsmitgliedern ermöglichen,

- an der Mitgliederversammlung ohne Anwesenheit am Versammlungsort teilzunehmen und Mitgliederrechte im Wege der elektronischen Kommunikation auszuüben oder
- ohne Teilnahme an der Mitgliederversammlung ihre Stimmen vor der Durchführung der Mitgliederversammlung schriftlich abzugeben.

Ein Beschluss ist abweichend von § 32 Abs. 2 BGB auch ohne Mitgliederversammlung gültig, wenn:

- alle Mitglieder beteiligt wurden,
- bis zu dem vom Verein gesetzten Termin mindestens die Hälfte der Mitglieder ihre Stimmen (mindestens) in Textform abgegeben haben und
- der Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit gefasst wurde.

Die Übergangsregelungen gelten allerdings nur für im Jahr 2020 ablaufende Bestellungen von Vereins- oder Stiftungsvorständen und im Jahr 2020 stattfindende Mitgliederversammlungen von Vereinen.

### Sicherung der Handlungsfähigkeit von Vereinen und Stiftungen durch § 5 CorGesR-G

Die Vorstandsmitglieder eines Vereins oder einer Stiftung bleiben auch nach Ablauf ihrer Amtszeit bis zu ihrer Abberufung oder bis zur Bestellung eines Nachfolgers im Amt.

## Umwandlungsrecht

### Vorübergehende Fristverlängerung für den Stichtag der Schlussbilanz bei Verschmelzung und Spaltung durch § 4 CorGesR-G

§ 17 Abs. 2 S. 4 UmwG regelt die Höchstfrist für den Stichtag der Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers bei einer Verschmelzung (und über die Verweisungsnorm des § 125 S. 1 UmwG auch bei einer Spaltung). Der Stichtag der Schlussbilanz darf danach nicht länger als acht Monate vor der Anmeldung zum Register zurückliegen. Dies ist eine zwingende Frist, die nicht vom Registergericht verlängert werden kann. Wird die Frist versäumt, hat das Registergericht die Anmeldung zurückzuweisen.

Die Frist wird nun von acht auf zwölf Monate verlängert, damit für geplante Umwandlungen mehr Zeit besteht. Von § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG geht eine zeitliche Begrenzung von für die Umwandlung maßgeblichen Verfahrensschritten aus:

- Dies betrifft insbesondere die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags, die Fassung der Verschmelzungsbeschlüsse und die Abgabe und Einreichung ggf. erforderlicher Zustimmungserklärungen; zur Fristwahrung muss eine wirksame Anmeldung beim Register erfolgen.
- Allerdings dürfen nach Fristablauf noch Unterlagen nachgereicht werden, die die Wirksamkeit der Umwandlung als solche nicht berühren (z.B. Verschmelzungsbericht bzw. diesbezügliche Verzichtserklärungen oder Nachweis über rechtzeitige Zuleitung des Verschmelzungsvertrages oder seines Entwurfs an den Betriebsrat).
- Noch nach Fristablauf nachgereicht werden dürfen Unterlagen, die die Wirksamkeit der Umwandlung als solche nicht berühren (Verschmelzungsbericht bzw. diesbezügliche Verzichtserklärungen oder Nachweis über rechtzeitige Zuleitung des Verschmelzungsvertrages oder seines Entwurfs an zuständigen Betriebsrat).

Beachte: Die Notwendigkeit einer Zwischenbilanz bei Verschmelzungen und Spaltungen von Aktiengesellschaften bleibt bestehen, was insbesondere relevant ist, wenn eine (verschobene) („virtuelle“) Hauptversammlung erst in der zweiten Jahreshälfte stattfindet:

- Die Pflicht aus § 63 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 UmwG besteht unverändert: Es ist eine Zwischenbilanz aufzustellen, falls sich der letzte Jahresabschluss auf ein Geschäftsjahr bezieht, das mehr als sechs Monate vor dem Abschluss des Verschmelzungsvertrags oder der Aufstellung des Entwurfs abgelaufen ist.
- Diese Zwischenbilanz ist auf einen Stichtag aufzustellen, der nicht vor dem ersten Tag des dritten Monats liegt, der dem Abschluss oder der Aufstellung vorausgeht. Die Zwischenbilanz ist in der Hauptversammlung zugänglich zu machen. Sie muss nicht geprüft sein, ist aber nach den Vorschriften aufzustellen, die auf die letzte Jahresbilanz angewandt worden sind (§ 63 Abs. 2 S. 1 UmwG); grundsätzlich nicht erforderlich sind Gewinn- und Verlustrechnung, Lagebericht und Anhang.

## Ausnahmen von der Zwischenbilanz-Pflicht

Die Pflicht aus § 63 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 UmwG eine Zwischenbilanz aufzustellen besteht allerdings ausnahmsweise dann nicht, wenn

- der Verschmelzungs-/Spaltungsvertrag bis spätestens zum 30.6.2020 notariell abgeschlossen oder „aufgestellt“ wurde. Dabei ist die „Aufstellung“ weitgehend planbar, denn dies ist der Zeitpunkt der Festlegung des Entwurfs als Grundlage für Ausgliederung durch Paraphierung/Unterschrift des Vorstands bzw. der Geschäftsführer.
- Inlandsemittenten müssen Zwischenbilanz nicht aufstellen, wenn seit dem letzten Jahresabschluss ein Halbjahresfinanzbericht gemäß § 115 WpHG bereits veröffentlicht wurde.

## Steuerliche Fristen

Es ist darauf hinzuweisen, dass die steuerlichen Fristen für Umwandlungen bislang noch nicht angepasst wurden. Insofern ist diesbezüglich die weitere COVID-19-Gesetzgebung zu verfolgen und zu beachten, dass bei Umwandlungen, die ertragsteuerneutral umgesetzt werden sollen, ggf. weitere Prüfungen und Maßnahmen erforderlich sind.

Dr. Michael Erkens
Rechtsanwalt, Steuerberater, Partner
T +49 228/9594-208
michael.erkens@fgs.de

Dr. Christian Bochmann LL.M. (Cambridge)
Rechtsanwalt, Partner
T +49 40/30 70 85-0
christian.bochmann@fgs.de

# Kapitalmarktrechtliche Implikationen

## Prognoseänderungen

Sobald ein Emittent mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen muss, dass bestehende Prognosen deutlich verfehlt werden, liegt grundsätzlich eine veröffentlichungspflichtige Insiderinformation vor.

Dies gilt auch dann, wenn eine konkrete neue Prognose noch nicht abgeben werden kann. In diesem Fall ist es jedoch zulässig, die alte Prognose mittels einer Ad-hoc-Meldung „aus dem Markt zu nehmen“, ohne bereits eine konkrete neue Prognose anzugeben.

Sobald eine konkrete neue Prognose formuliert werden kann, ist sie i.d.R. unverzüglich dann aber ebenfalls als Ad-hoc-Mitteilung zu veröffentlichen.

## Geschäftszahlen

Ad-hoc-pflichtige Insiderinformation können auch in Zeiten von COVID-19 dann vorliegen, wenn Geschäftszahlen deutlich von ihrer relevanten Benchmark abweichen. Die BaFin hält es jedoch angesichts der starken Kursschwankungen an den Börsen und der i.d.R. auch erhöhten Volatilität der einzelnen Aktie für zulässig, bei der Beurteilung, was als „deutlich“ anzusehen ist, im Einzelfall erhöhte Anforderungen zu stellen. Unerheblich für die Bewertung sei allerdings, ob die Auswirkungen auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage, etwa aufgrund der COVID-19-Pandemie, ggf. nur einmalig seien.

## Ermittlung der Benchmark für die Beurteilung von Geschäftszahlen

Für die Beurteilung, ob Geschäftszahlen ad-hoc-relevant sind, ist zunächst die relevante Benchmark zu ermitteln. Relevante Benchmark ist zunächst die eigene veröffentlichte Prognose des Emittenten. Liegt eine konkrete Prognose nicht vor oder wurde diese zurückgenommen, ist auf die Markterwartung, abgebildet durch Consensusschätzungen, abzustellen.

Die Consensusschätzung kann dadurch verfälscht sein, dass Analystenschätzungen vor der COVID-19-Pandemie abgegeben wurden und damit die aktuelle Situation noch nicht berücksichtigen können. In diesem Fall hält die BaFin es im Einzelfall für vertretbar, die Schätzungen in geeigneter, objektiv nachvollziehbarer Weise, etwa durch Heranziehen aktueller Presseberichterstattung, zu bereinigen.

## Folgen verspäteter Finanzberichte

Die ESMA hat eine Stellungnahme veröffentlicht, wonach COVID-19-bedingte Verspätungen bei der Veröffentlichung von Finanzberichten kurzfristig nicht verfolgt werden sollten. Die Emittenten sollen die Anleger jedoch auf dem Laufenden halten, wie lange sich die Veröffentlichung verzögert. Wann genau noch von einer kurzfristigen Verspätung auszugehen ist, wird im Einzelnen jedoch nicht näher konkretisiert.

Stellen einzelne Zahlen Insiderinformationen dar, sind diese jedoch weiterhin unverzüglich ad-hoc zu veröffentlichen.

## Dividendenkürzungen

Ist es überwiegend wahrscheinlich, dass es zu einer (geplanten) Änderung der Höhe einer ursprünglich geplanten Dividendenzahlung kommen wird (z.B. erhebliche Dividendenkürzung oder Dividendenerhöhung), erwächst hieraus i.d.R. eine Ad-hoc-Pflicht.

## Verschiebung der Hauptversammlung

Wird durch die Verschiebung der Hauptversammlung im Wesentlichen nur der Zeitpunkt für den Dividendenbeschluss verschoben, stellt dies nach Auffassung der BaFin im Regelfall noch keine ad-hoc-pflichtige Insiderinformation dar.

Etwas anderes kann bei besonderen, zeitkritischen Tagesordnungspunkten gelten, die erhebliche Auswirkungen auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Emittenten haben können (z.B. Abschluss eines Unternehmensvertrages, Kapitalmaßnahmen).

Dr. Irka Zöllter-Petzoldt
Rechtsanwältin, Partnerin
T +49 30/21 00 20-0
irka.zoellter@fgs.de

Dr. Jan C. Giedinghagen LL.M. (Boston)
Rechtsanwalt, Partner
T +49 228/95 94-266
jan.giedinghagen@fgs.de

# Kapitalanforderungen

## Einhaltung von Kapitalpufferanforderungen und Eigenmittelzielkennziffern

Die allen Kapitalpufferanforderungen gemeinsame Funktion und Zweckrichtung ist es, dass die Institute in guten Zeiten ein Kapitalpolster für potentielle negative Entwicklungen aufbauen und diesen dann auch konsequent zu nutzen, falls diese negativen Entwicklungen tatsächlich eintreten. Daher ist es für die Institute in der derzeitigen Situation möglich, das in den Kapitalpuffern gebundene Kapital einzusetzen und insbesondere auch für die Zwecke der Kreditvergabe zu verwenden. Unterschreitet ein Institut die kombinierte Kapitalpufferanforderung, bedeutet dies keine Verletzung aufsichtsrechtlicher Mindestkapitalanforderungen, sondern stellt eine zweckgerichtete Nutzung des vorhandenen Eigenkapitals dar.

## Herabsetzung der Quote des inländischen antizyklischen Kapitalpuffers

Die Quote für den inländischen antizyklische Kapitalpuffer wird mit Wirkung zum 1.April 2020 von 0,25 % des nach Art. 92 Abs. 3 CRR ermittelten Gesamtforderungsbetrags zunächst bis zum 31. Dezember 2020 auf 0,00 % herabgesetzt.

Die Freisetzung von Kapital durch Herabsetzung des inländischen antizyklischen Kapitalpuffers soll in der gegenwärtigen Situation die Banken daher frühzeitig in die Lage versetzen, mit dem freigesetzten Kapital potentielle Verluste absorbieren zu können und so weiterhin benötigte Kredite an die Realwirtschaft ausreichen zu können.

# Kreditgeschäft

## Umgang mit Problemkrediten

Ein Kredit ist in der Regel als Problemkredit einzustufen ist, wenn die Kapitaldienstfähigkeit auf absehbare Zeit nicht gegeben ist. Angesichts der festzustellenden nationalen Auswirkungen der Krise bestehen keine Zweifel, dass eine Begleitung von Kreditnehmern, welche vor der Krise eine Kapitaldienstfähigkeit aufwiesen, banküblich und angemessen wäre. Die Anwendung des BTO 1.2.5 Tz. 3 wird dabei von der BaFin derzeit ausgesetzt, und die Kreditvergabe an Kreditnehmer kann auch dann erfolgen, wenn eine Kapitaldienstfähigkeit krisenbedingt zurzeit nicht gegeben ist bzw. im Wesentlichen vom weiteren Verlauf der Krise abhängt. Voraussetzung ist, dass das jeweilige Institut im Rahmen einer bankinternen Bewertung zu dem Schluss kommt, dass das Unternehmen (nach der Krise) überlebensfähig ist (wieder Kapitaldienst erwirtschaften wird bzw. ohne Corona-Krise kein Sanierungsfall geworden wäre).

## Anforderungen gemäß § 18 KWG

Eine Kreditvergabe kann daher auch dann die Anforderung des § 18 Abs. 1 S. 1 KWG erfüllen, wenn der Bilanzstichtag des vorgelegten aktuellsten Jahresabschlusses länger als 12 Monate zurückliegt. Auch zur Einhaltung der MaRisk (bzw. der dort adressierten Kreditgewährungsprozesse) müssen stets die aktuellen Unterlagen herangezogen werden. Wenn noch keine Bilanzen der Kreditnehmer vorliegen, stellt dies auch keinen MaRisk-Verstoß dar.

### Stundungsmaßnahmen

Wenn eine Darlehensforderung durch staatliche Anordnung gestundet wird, wird die Zählung der Verzugstage nach Art. 178 (1) b) CRR für den angeordneten Stundungszeitraum ausgesetzt (BaFin-Rundschreiben 3/2019 (BA) in Verbindung mit EBA/GL/2016/17, Rn 18). Bezüglich des „Unlikely-to-pay"-Kriteriums der Ausfalldefinition nach Art. 178 Abs. 1 a) CRR gilt eine Einzelfallbetrachtung: Grundlage der Beurteilung des Instituts sind die Zahlungsverpflichtungen des Schuldners gegenüber dem Institut, wie sie sich nach Maßgabe der angeordneten Stundung darstellen.

## Zahlungsmoratorien

### Darlehensmoratorien

Wird eine Darlehensforderung durch staatliche Anordnung gestundet, stellt dies keine Stundungsmaßnahme nach § 47b CRR dar. Eine Stundungsmaßnahme ist ein finanzielles Zugeständnis (eine „Konzession"), die ein Institut einem bestimmten Schuldner gewährt, der finanzielle Schwierigkeiten hat. Wenn ein Institut auf staatliche Anordnung ein Darlehen stundet, dann gilt dies schon deshalb nicht als Stundungsmaßnahme nach Art. 47b CRR, weil das Institut sich nicht für die Stundung des Darlehens eines bestimmten Schuldners entscheidet, sondern weil die Stundung für eine größere Gruppe von Schuldnern ohne Bezugnahme auf deren konkrete finanzielle Situation gilt.

### EBA Leitlinien vom 2.4.2020 (EBA/GL/2020/02) zu allgemeinen Zahlungsmoratorien

Die EBA Leitlinien, die im Lichte der COVID-19-Krise angewandt werden, betreffen neben gesetzlichen Zahlungsmoratorien auch Moratorien ohne Gesetzesform, die als Reaktion auf die COVID-19-Pandemie eingeführt und vor dem 30.6.2020 angewandt wurden.

Zu den wesentlichen Merkmalen gehört, dass

- das Moratorium auf Basis allgemeiner Kriterien auf eine große, vorab definierte Gruppe von Schuldnern angewandt wird und
- Schuldner das Moratorium nutzen können, ohne dass die Institute dazu deren Kreditwürdigkeit prüfen.

Die EBA sieht allgemeine Zahlungsmoratorien als effektives Instrument, um Schuldnern bei kurzfristigen Liquiditätsproblemen zu helfen. Vor diesem Hintergrund stellen die Leitlinien insbesondere klar, dass ein Institut auf der Grundlage der Zahlungsverpflichtungen eines Schuldners, wie sie sich nach Maßgabe des allgemeinen Zahlungsmoratoriums darstellen, beurteilt, ob der Schuldner als ausgefallen gilt. Zudem gilt die Einräumung eines allgemeinen Zahlungsmoratoriums nicht als Stundungsmaßnahme im Sinne von Artikel 47b CRR.

Dr. Matthias Merkelbach
Rechtsanwalt, Partner
T +49 228/9594-187
matthias.merkelbach@fgs.de

# Lockerung des Kartellrechts?

## Kartellrecht während der Krise

Die derzeitige Krise lässt auch das Kartellrecht und seine Anwendung durch die Kartellbehörden nicht unberührt. Gerade aufgrund der teilweise existenzbedrohenden Auswirkungen weckt die Krise bei Unternehmen die Hoffnung, dass die Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen und die Prüfung von Zusammenschlüssen gelockert bzw. ausgesetzt werden könnte.

Im Grundsatz bleiben die allgemeinen kartellrechtlichen Vorschriften aber auch in Krisenfällen uneingeschränkt anwendbar. Eine Regelung zur Freistellung sog. „Strukturkrisenkartelle“ ist im Zuge der Anpassung des GWB an das EU-Kartellrecht schon 2005 gestrichen worden. Auch ohne ausdrückliche Regelung erweist sich das Kartellrecht aber als flexibel genug, um Krisensituationen ausreichend zu berücksichtigen. Derzeit haben bereits eine Vielzahl von Kartellbehörden die Bereitschaft und Offenheit signalisiert, Kooperationen in Zeiten der Corona-Pandemie mit Augenmaß zu beurteilen und für Gespräche mit Unternehmen und Verbänden zur Verfügung zu stehen.

## Kartellverbot

Als Reaktion auf die Krise hat das European Competition Network (ECN) – bestehend aus der Europäischen Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden aller EU-Mitgliedstaaten – in einer Stellungnahme verlautbart, dass krisenbedingte Ausnahmen vom Kartellverbot in der derzeitigen Situation zur Sicherstellung der Grundversorgung hingenommen werden müssten.

In eine ähnliche Richtung gehen die jüngsten Äußerungen des Präsidenten des Bundeskartellamts, der sich zur Sicherstellung Lebensmittelversorgung offen für Kooperationen gezeigt hat. Die britische Kartellbehörde hat den Informationsaustausch über Lagerbestände bereits für kartellrechtskonform erklärt. Wichtig ist aber, dass im Rahmen derartiger Kooperationen keine darüber hinaus gehenden Marktdaten ausgetauscht werden (z.B. Austausch/Angleichung von Preisen).

Noch einen Schritt weiter ist die norwegische Regierung gegangen, die der Transportindustrie eine befristete Ausnahme von den Kartellgesetzen gewährt hat. Hiermit soll es insb. wirtschaftlich angeschlagenen Fluggesellschaften die Kooperation ermöglicht werden.

Gleichzeitig wurde von Behördenseite wurde aber auch betont, dass wettbewerbswidrige Absprachen weiterhin verfolgt und sanktioniert werden. Die Corona-Pandemie setzt das Kartellverbot daher nicht grundsätzlich außer Kraft. Abreden und abgestimmte Verhaltensweisen bleiben damit nur in Ausnahmefällen zulässig.

# Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle

## Missbrauchsaufsicht

Marktbeherrschende Unternehmen dürfen ihre besondere Marktstellung nicht zu Lasten von Wettbewerbern und Abnehmern ausnutzen.

Anhaltende Hamsterkäufe und die gestiegene Nachfrage nach Medizinprodukten haben viele Kartellbehörden dazu veranlasst, das Marktgeschehen noch genauer im Auge zu behalten. Die Kartellbehörde in Großbritannien hat bereits eine eigene „COVID-19-Task Force“ gegründet, die

sich u.a. mit den exzessiv gestiegenen Preisen auf Online-Plattformen für Schutzmasken und Desinfektionsmitteln beschäftigen soll. Die niederländische Kartellbehörde hat „konstruktive Gespräche“ mit Roche bekannt gemacht.

Angesichts des Bedarfs an Schutzmasken und Desinfektionsmitteln warnte auch das ECN davor, die Marktlage mit missbräuchlich überhöhten Preisen auszunutzen. Das ECN wies darauf hin, dass Hersteller Höchstpreise für ihre Produkte festlegen dürfen, um ungerechtfertigte Preiserhöhungen auf der Vertriebsebene zu begrenzen. Die Vorgabe von Mindestpreisen ist aber weiterhin unzulässig.

Bestehende Lieferverpflichtungen marktbeherrschender Unternehmen dürfen auch während der Corona-Krise nicht ohne weiteres gekündigt oder ignoriert werden. Auch ein pauschaler Verweis auf krisenbedingte Engpässe würde hier keine ausreichende Begründung darstellen. Im Fall einer Kontingentierung müsste zudem sichergestellt werden, dass einzelne Abnehmer nicht diskriminiert werden.

## Zusammenschlusskontrolle

Die Kartellbehörden können derzeit nicht mit gewohnter Personalstärke agieren. Bundeskartellamt, Kommission und andere Kartellbehörden haben darum gebeten, in den nächsten Wochen nur dringliche Fusionskontrollanmeldungen einzureichen. Im Übrigen haben sich aber auch die deutsche und europäische Fusionskontrolle nicht grundlegend verändert. Trotz erschwerter Arbeitsbedingungen in den Behörden dürfen Unternehmen nicht darauf vertrauen, dass Anmeldungen von den Kartellbehörden nicht mit der üblichen Sorgfalt geprüft werden.

Perspektivisch ist für die Zeit nach der Krise aufgrund erheblicher wirtschaftlicher Schwierigkeiten vieler Unternehmen mit einer Zunahme von Sanierungsfusionen zu rechnen. Als Besonderheit des deutschen Kartellrechts könnte es zudem vermehrt zu Anträgen auf Erteilung einer Ministererlaubnis nach § 42 GWB kommen.

Dr. Florian C. Haus
Rechtsanwalt, Partner
T +49 228/95 94-165
florian.haus@fgs.de

# Fürsorgepflichten und Vorsorge

## Arbeitgeberpflichten zum Schutz der Gesundheit der Mitarbeiter

– Der Arbeitgeber muss geeignete Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer treffen; dazu zählen z.B. das Bereitstellen von Desinfektionsmittelspendern auf Toiletten/an Eingängen, Aufklärung der Mitarbeiter zu gesteigerten Hygienemaßnahmen (regelmäßiges Händewaschen, Vermeidung von Handschlägen, Benutzung der Desinfektionsmittelspender etc.).

## Dienstreisen

– Dienstreisen können grundsätzlich per Direktionsrecht angeordnet werden – Grenze: billiges Ermessen.
– Es besteht ein Verweigerungsrecht grundsätzlich mit Blick auf Reisen in Gebiete, für die eine Reisewarnung ausgesprochen ist.

## Homeoffice

– Das Arbeitgeber hat grundsätzlich kein Recht, ohne Zustimmung des Arbeitnehmers Homeoffice anzuordnen; offen ist, ob ein Recht zur vorübergehenden einseitigen Anordnung von Homeoffice in Ausnahmesituation besteht.
– Arbeitnehmer haben keinen Anspruch auf Arbeit im Homeoffice.

## Freistellung von Verdachtsfällen

– Eine Freistellung ist auch ohne behördliche Quarantäneanordnung bei dem Verdacht einer Infektion gegen Willen des Arbeitnehmers möglich (zu beachten aber § 615 BGB).
– Grundsätzlich nicht zulässig ist eine eigenmächtige Arbeitsverweigerung aus Angst, sich anzustecken oder – bei bloßem Infektionsverdacht – andere anzustecken.

# Entgeltfortzahlung

## Anordnung einer behördlichen Quarantäne

– § 56 Abs. 5 IfSG/§ 616 BGB.

## Tatsächliche Erkrankung eines Mitarbeiters

– § 3 EFZG.

## Kinderbetreuung

– § 56 Abs. 1a, Abs. 2 S. 4 IfSG.
– Entschädigung i.H.v. 67 % des entstandenen Verdienstausfalls (ausgehend vom Netto-Arbeitsentgelt), max. aber 2.016 Euro je vollem Monat und längstens für 6 Wochen.

### Ausgangsbeschränkungen

- Direkter Weg zur Arbeit i.d.R. weiterhin erlaubt → Arbeitsleistung nicht unmöglich, weiterhin kein Leistungsverweigerungsrecht/Recht auf Homeoffice.
- Verzögerungen durch Straßensperren = Wegerisiko des Arbeitnehmers.

## Einsparung Personalkosten

### Abbau von Arbeitszeitguthaben

- Im Rahmen bestehender Regelungen (Arbeitsvertrag, TV, BV) möglich.

### Urlaubsanordnung / Betriebsferien

- Grundsätzlich gilt: bei Gewährung des Urlaubs sind nach § 7 I BUrlG die Wünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.
- Betriebsferien begründen i.d.R. dringende betriebliche Belange (Ausnahme: Härtefälle) – Grenze: nach BAG max. 3/5 des Jahresurlaubs.

### Kurzarbeit

- Rechtsgrundlage für Einführung der Kurzarbeit erforderlich (TV, BV, einzelvertragliche Regelung)
- Betriebliche Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 3 BetrVG, sofern nicht durch TV-Regelung besteht, die keinen Gestaltungsspielraum mehr lässt.

### Kurzarbeitergeld

- Gesetzliche Voraussetzungen (§§ 95 ff. SGB III) müssen vorliegen.
- Höhe und Dauer des Kurzarbeitergelds: 67 % für Arbeitnehmer mit mindestens 1 Kind, für sonstige Arbeitnehmer 60 % der pauschalierten Nettodifferenz zw. Soll-Entgelt u. Ist-Entgelt im Kalendermonat.
- Anzeige des Arbeitsausfalls ggü. zuständiger Arbeitsagentur (Formular Kug 101).
- Spätestens 3 Monate nach Ablauf des Abrechnungsmonats: Leistungsantrag (Formular Kug 107 und Kug 108).

### Stundung von Sozialversicherungsbeiträgen

- GKV-Spitzenverband hat mit Rundschreiben vom 25. März Stundung der für die Monate März und April fälligen SV-Beiträge erleichtert.

### Geringfügige kurzfristige Beschäftigung

- Zulässigkeit geringfügiger Beschäftigung in Form der kurzfristigen Beschäftigung wird von derzeit 3 Monaten bzw. 70 Arbeitstage auf 5 Monate bzw. 115 Arbeitstage verlängert.

# Überlegungen für nach der Krise

## Betriebsbedingte Beendigungskündigungen

– Voraussetzungen für betriebsbedingte Kündigung/Änderungskündigung zu beachten, insb. dauerhafter Wegfall des Beschäftigungsbedarfs und Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG → Kündigungsfristen verhindern ggf. zeitnahe Effekte.

## Aufhebungsverträge

– Hohe Zurückhaltung derzeit bei Arbeitnehmern, da Unsicherheit → daher Aufklärung und Optimierung bzgl. wirtschaftlicher Parameter, insb. zu Steuer-/Sozialversicherung erforderlich – Folge: integrierte Beratungsmodelle, die Transparenz und Optimierung zu den steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen eines Aufhebungsvertrags schaffen, werden Mitarbeitern als Ergänzung zur Abfindung angeboten.
– Durch Sozialschutz-Paket derzeit zusätzlicher Anreiz für Arbeitnehmer, vorzeitig in Rente zu gehen, da Hinzuverdienstgrenze in 2020 auf 44.590 Euro angehoben wird.

Dr. Tobias Nießen
Rechtsanwalt, Partner
T +49 228/95 94-198
tobias.niessen@fgs.de

## Force majeure „light" (Moratorium)

### Sonderleistungsverweigerungsrecht bis zum 30.6.2020

Mit Inkrafttreten einer zeitlich befristeten Gesetzesänderung durch Einführung eines Moratoriums in § 1 von Art. 240 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuchs sollen Verbraucher und Kleinstunternehmen – zunächst bis zum 30.6.2020 – in bestimmten Fällen eine vertraglich vereinbarte Leistung einstweilen verweigern oder einstellen dürfen, wenn sie ihnen aufgrund der COVID-19-Pandemie unzumutbar ist.

Nicht anwendbar ist dieses Sonderleistungsverweigerungsrecht von vornherein hingegen auf Miet-/Pachtverträge, soweit sie Räume oder Grundstücke betreffen, auf Darlehensverträge (insoweit enthält das Gesetz eigene, auf diese Vertragsverhältnisse zugeschnittene Regelungen) sowie Arbeitsverträge.

### Anwendbarkeit auf bestimmte Dauerschuldverhältnisse mit Verbrauchern und Kleinstunternehmen

Diese temporäre Sonderregelung eines Leistungsverweigerungsrechts gilt nur für bestimmte, vor dem 8.3.2020 abgeschlossene, wesentliche Dauerschuldverhältnisse. Hierzu zählen laut Gesetzesbegründung etwa Pflichtversicherungen, Verträge über die Lieferung von Strom und Gas oder über Telekommunikationsdienste und (soweit zivilrechtlich ausgestaltet) auch Verträge über die Wasserversorgung und -entsorgung.

Bei Verbrauchern erstreckt es sich zudem nur auf solche Dauerschuldverhältnisse, die Leistungen der Daseinsvorsorge betreffen, und soll insoweit auch nur dann gelten, wenn er als Schuldner seinen Zahlungspflichten aufgrund der Coronavirus-Krise nicht nachkommen kann.

Im Falle von Kleinstunternehmen ist das Leistungsverweigerungsrecht sachlich beschränkt auf solche Dauerschuldverhältnisse, die zur Eindeckung mit Leistungen zur angemessenen Fortsetzung des Erwerbsbetriebs erforderlich sind. Im Gegensetz zu dem des Verbrauchers soll es in diesem Rahmen aber auch für Forderungen gelten, die keine Entgeltforderungen sind, also insbesondere auch Kleinstunternehmen zur Verfügung stehen, die Dienstleistungen erbringen oder Vermietungen etwa von Kraftfahrzeugen anbieten.

Das Leistungsverweigerungsrecht besteht in allen Fällen wiederum nicht, wenn dadurch der Gläubiger in unzumutbarer Weise getroffen wird und dieser seinerseits um seine oder die Existenz seines Unternehmens fürchten müsste. Insoweit steht dann allerdings dem Schuldner ein Kündigungsrecht zu.

## Sonstige Störung von inländischen Leistungsbeziehungen

### Unmöglichkeit der Leistungserbringung

Die COVID-19-Pandemie führt in einigen Fällen dazu, dass die geschuldete Leistung unmöglich wird. In diesem Fall wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht frei, § 275 BGB. Das ist insbesondere bei (absoluten) Fixgeschäften der Fall, die zu einer bestimmten Zeit zu bewirken sind. Ansonsten ist ein zeitweiliges Erfüllungshindernis einem dauernden nur dann gleich zu achten,

wenn durch das Hindernis die Erreichung des Vertragszwecks in Frage gestellt ist und der einen oder anderen Partei bei billiger Abwägung der beiderseitigen Belange nicht mehr zugemutet werden könnte, die Leistung dann noch zu fordern oder zu erbringen. Dabei wird es auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls ankommen. So kann eine Leistung ggf. (vorübergehend) unzumutbar – und damit unmöglich – sein, wenn persönlicher Kontakt nötig ist und der vorgeschriebene Mindestabstand von 1,5 Metern nicht eingehalten werden kann.

Auch der Gläubiger wird bei Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Schuldner ipso iure gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB von seiner Leistung befreit. Sofern der Gläubiger seine Leistungspflicht bereits erfüllt hat, kann er seine Leistung gemäß § 326 Abs. 4 BGB i.V.m. den §§ 346-348 BGB zurückfordern. Der Gläubiger erhält außerdem die Möglichkeit, gemäß § 346 BGB i.V.m. § 326 BGB von dem Vertrag zurückzutreten. Die Unmöglichkeit liegt zum Beispiel dann vor, wenn Konzerte nicht stattfinden können, weil der Betrieb der Konzerthallen aufgrund der entsprechenden Landesschutzverordnung untersagt ist.

### Verspätete oder schlechte Leistungserbringung

Führt die COVID-19-Pandemie nicht zur Unmöglichkeit einer Leistungserbringung, kann sie ggf. bewirken, dass Leistungen zumindest verspätet oder schlecht erfüllt werden. Auch in diesem Fall kann der Gläubiger, sofern er vorher eine angemessene Frist gesetzt hat, von dem Vertrag gemäß § 346 BGB i.V.m. § 323 BGB zurücktreten.

### Störung der Geschäftsgrundlage – § 313 BGB

Die COVID-19-Pandemie hat einen weitreichenden Einfluss auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Möglicherweise haben sich dadurch Grundlagen des Vertrages auch so wesentlich verändert, dass einer Partei nicht länger zugemutet werden kann, an dem bestehenden Vertrag insgesamt festzuhalten. In diesen Fällen ist eine Vertragsanpassung oder sekundär ein Rücktritt über die Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB denkbar. Dabei gilt es vorbehaltlich abweichender vertraglicher Regelungen aber die grundsätzliche Risikoverteilung nach Sphären zu beachten, die hierüber nicht ohne Weiteres ausgehebelt werden soll. Überwiegend werden die Parteien nicht mit derartigen wirtschaftlichen Auswirkungen aufgrund einer Pandemie gerechnet haben, ob dies dann jedoch auch zur Störung der Geschäftsgrundlage führt, mit der Folge der Vertragsanpassung, muss im Einzelfall überprüft werden.

## Störung von grenzüberschreitenden Lieferbeziehungen

### Anwendbares Recht

Im Rahmen von grenzüberschreitenden Lieferbeziehungen mit Waren ist zunächst zu bestimmen, welches nationale Recht Anwendung findet. Oftmals enthalten Verträge im internationalen Kontext ausdrückliche Rechtswahlklauseln. Ist dies nicht der Fall, entscheidet sich nach den Regelungen des internationalen Privatrechts (i.d.R.: Art. 4 Rom I-VO), ob das deutsche oder „ausländisches“ Recht Anwendung findet. Kaufverträge über bewegliche Sachen unterliegen primär dem Recht des Staates, in dem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

## Anwendbare Rechtsvorschriften

Ist danach zwar grundsätzlich deutsches Recht anwendbar, muss sodann geprüft werden, inwieweit allein die Vorschriften des BGB und HGB oder ggf. vorrangig die des UN-Kaufrechts (CISG) Anwendung finden. Oftmals herrscht in der Praxis die Fehlvorstellung, dass die alleinige Anwendbarkeit von deutschem Recht im internationalen Kontext automatisch auch zur (alleinigen) Anwendbarkeit von BGB und HGB führe. Dem ist aber nicht so, denn auch das UN-Kaufrecht ist Teil der nationalen Rechtsordnung bei internationalen Warenkaufverträgen. Es findet lediglich dann keine Anwendung, wenn entweder keine der Vertragsparteien ihre Niederlassung im Vertragsstaat des UN-Kaufrechts hat oder seine Anwendung im Rahmen der Rechtswahl im Vertrag ausdrücklich ausgeschlossen worden ist.

## Anwendbarkeit von UN-Kaufrecht

Findet UN-Kaufrecht Anwendung, wird sich der Schuldner in Zeiten der Corona-Pandemie, etwa zur Rechtfertigung eines Lieferstopps, i.d.R. schnell auf die Vorschrift des Artikel 79 CISG (oftmals auch als „force-majeure-Klausel“ bezeichnet) berufen. Vereinfacht gesagt regelt diese Vorschrift, dass ein Schuldner ausnahmsweise von einer Haftung wegen Vertragsverletzung befreit sein soll, wenn und soweit er aufgrund eines unvorhersehbaren und unvermeidbaren, außerhalb seines Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrundes seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen kann. Dabei handelt es sich jedoch um eine nur in engen Grenzen anwendbare Ausnahmeregelung.

Grundsätzlich gilt im internationalen Kontext nämlich der Grundsatz der verschuldensunabhängigen Garantiehaftung des Schuldners. Nach herrschender Auffassung können hiervon daher insbesondere staatliche Export- und Importverbote erfasst sein. Ob dies auch im Falle einer Pandemie gilt und für welche Leistungspflichten aus dem Vertragsverhältnis überhaupt, gilt es daher stets im Einzelfall zu prüfen. Anzumerken bleibt daher nach ersten Erfahrungen in der Praxis, dass Corona etwa nicht gleich automatisch auch jeden Annahme- oder Lieferstopp rechtfertigt. Auch die Frage der Möglichkeit zur Aufhebung bzw. zum Rücktritt vom Vertrag hiernach ist an weitere Bedingungen geknüpft und damit alles andere als eindeutig.

Prof. Dr. Dieter Leuering
Rechtsanwalt, Partner
T +49 228/95 94-199
dieter.leuering@fgs.de

# Anforderungen an Homeoffice-Arbeitsplätze

## Datenschutzrechtliche Grundsätze gelten auch und insbesondere an Homeoffice-Arbeitsplätzen

Auch bei der kurzfristigen Einrichtung von Homeoffice-Arbeitsplätzen sind sämtliche datenschutzrechtlichen Grundsätze einzuhalten. Der Arbeitgeber haftet dabei gegenüber Dritten als datenschutzrechtlich Verantwortlicher für durch seine Mitarbeiter im Homeoffice begangene Datenschutzverstöße. Gleichfalls trifft im Regelfall ihn allein ein durch die zuständige Aufsichtsbehörde verhängtes Bußgeld.

Der Arbeitgeber sollte deshalb durch schriftliche Anweisungen an seine Mitarbeiter sicherstellen, dass auch im Homeoffice folgende Verhaltensmaßregeln eingehalten werden:

- Im Homeoffice sind sämtliche dienstliche (Papier-)Unterlagen unter Verschluss zu halten. Sie dürfen auch für Familienangehörige, Mitbewohner etc. nicht zugänglich sein. Die Vernichtung von Papierunterlagen und Datenträgern erfolgt grundsätzlich nach Rückkehr ins Unternehmen.
- Die Nutzung von privaten Geräten sollte wann immer möglich vermieden werden. Sofern dies nicht möglich sein sollte, ist die Verbindung in das Firmennetzwerk über eine Remote-Verbindung herzustellen, bei der nur die Bildschirminhalte übertragen (z.B. Citrix), jedoch keine Dateien auf dem lokalen Gerät gespeichert werden.
- Sollte ganz ausnahmsweise ein privates Gerät eingesetzt werden, darf dies nicht auch von anderen Personen verwendet werden und muss durch ein nur dem Mitarbeiter bekanntes Passwort gesichert sein. Nach Beendigung der Zeit im Homeoffice sind die nicht privaten Daten datenschutzkonform zu löschen. Dies hat regelmäßig nach der Sicherung der privaten Daten durch ein vollständiges Überschreiben der Datenträger und einer Neuinstallation des Betriebssystems zu erfolgen.
- Tragbare Geräte und mobile Datenträger wie externe Festplatten und USB-Sticks sollten stets so eingerichtet sein, dass sämtliche Daten permanent verschlüsselt gespeichert sind.
- Sofern private Telefone zum Einsatz kommen, sollte die abgehende Rufnummer unterdrückt werden. Dies erfolgt regelmäßig durch die Wahl von #31# vor der eigentlichen Rufnummer, also beispielsweise #31#022895940. Anruflisten (sowohl abgehend als auch ankommend) sind regelmäßig zu löschen.
- Für die Durchführung von Video-Konferenzen sind grundsätzlich nur die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Systeme zu verwenden. Gleiches gilt für Messenger-Dienste, welche zudem stets Ende-zu-Ende verschlüsselte Nachrichten ermöglichen müssen.
- Datenschutzverletzungen sind unverzüglich dem Arbeitgeber zu melden, damit dieser seiner Meldepflicht gemäß den Vorschriften der DS-GVO nachkommen kann.
- Sofern die Verarbeitung von bestimmten Daten gesetzlich oder vertraglich nicht im Homeoffice erfolgen darf, gilt dies auch während der Corona-Pandemie.

## Keine datenschutzrechtlichen Erleichterungen durch den Gesetzgeber

Die DS-GVO sieht grundsätzlich. keine Ausnahmen für Situationen wie die Corona-Pandemie vor. Eine Änderung bzw. Ergänzung der DS-GVO durch den europäischen Gesetzgeber ist aufgrund des aufwändigen Gesetzgebungsverfahrens nicht zu erwarten.

Die Verantwortlichen können, sofern kein rechtfertigender Notstand gemäß § 16 OWiG gegeben ist, allenfalls darauf hoffen, dass die Aufsichtsbehörden im Rahmen des ihnen eingeräumten Ermessens bei weniger gravierenden Verstößen von der Verhängung von Bußgeldern absehen.

Deshalb sind sämtliche Maßnahmen, welche während der Corona-Pandemie oftmals unter großem Zeitdruck ergriffen wurden, jedenfalls im Nachgang auf ihre Vereinbarkeit mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben zu prüfen und ggfs. unterlassene Dokumentationspflichten unverzüglich nachzuholen.

Im Zweifel sind ad hoc eingerichtete Homeoffice-Infrastrukturen nach Ende der akuten Corona-Pandemie zunächst außer Betrieb zu setzen und ausgegebene Geräte wieder einzuziehen, um sie dann bei Bedarf gänzlich datenschutzkonform wieder in Betrieb nehmen zu können.

Alexander Löschhorn
Rechtsanwalt, Assoziierter Partner
T +49 228/95 94-0
alexander.loeschhorn@fgs.de

# Auswirkungen der Corona-Krise auf den Energiesektor

## Herausforderung für die Marktakteure des Energiesektors

- Kritische Infrastrukturen (Kraftwerke, Netzleitwarten) werden im Krisenmodus betrieben.
- Allgemeine Hindernisse (Lieferketten, Personalmangel etc.) betreffen auch Energieversorger und deren Kunden.
- Zahlreiche große Unternehmen reduzieren bzw. stellen ihre Produktion ein, so dass die Stromnachfrage deutlich gesunken ist. Die Börsenstrompreise sind unter Druck geraten.
- Reduzierte Nachfrage ist auch im Gasmarkt zu erwarten.

## Sektorspezifische Fragen im hoch regulierten Energiemarkt

- Auswirkungen hat die Krise auf Energielieferverträge
  - Verbraucherverträge als Daseinsvorsorgeverträge
  - Sonderkundenverträge mit detaillierten Preisanpassungs- und Abnahmeregelungen (z.B. Take-or-Pay Verpflichtungen)
- Zahlungsverzug und Kundeninsolvenzen:
  - Erste Versorger haben bereits entschieden, jedenfalls säumigen Haushaltskunden vorübergehend nicht die Anschlüsse zu sperren.
  - Folgewirkungen des Leistungsverweigerungsrechts in spezieller „Moratoriums“-Regelung im EGBGB
- Rechtliche Nachteile, wenn Fristen wegen Corona-Krise nicht eingehalten werden können:
- Melde- und Antragsfristen nach EnWG und Verordnungsrecht.
- Antrags- und Ausschlussfristen nach EEG, z.B. auf Begrenzung der EEG-Umlage.
- Regulierungsrechtlichen Auswirkungen derCorona-Krise:
  - Behandlung von Forderungsausfällen im Regulierungskonto.
  - Auswirkungen auf die Qualitätsregulierung.

# Leistungsstörungsrecht bei Energielieferverträgen

## Energielieferverträge mit Haushalts- und Kleingewerbekunden

Versorger müssen in der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung von Haushalts- und Kleingewerbekunden mit vermehrten Leistungsverweigerungen rechnen, da diese Dauerschuldverhältnisse von dem „Moratoriumsregelung“ in Art. 240 § 1 EGBGB erfasst sind (vgl. dazu oben Verweis auf Kapitel „Lieferketten“).

Wird von diesen Rechten umfangreich Gebrauch gemacht, können vor allem bei kleineren Versorgern Liquiditätsengpässe entstehen, da die Versorger verpflichtet bleiben, Netzentgelte, Steuern, Abgaben und Umlagen zu zahlen, die z.B. im Strombereich rund 75 % des Strompreises ausmachen.

## Andere Energielieferverträge

In langfristigen Energielieferverträgen können Preisanpassungsregelungen, Force-Majeure- und Wirtschaftsklauseln greifen.

- Preisanpassungs- und Wirtschaftsklauseln können z.B. greifen bei (erhebliche) Äquivalenzstörungen durch krisenbedingten Nachfrage- und/oder Preisrückgang. Bei Produktionsrückgang können ggf. Take-or-Pay-Klauseln auf dem Prüfstand stehen. Die vertraglichen Regelungen können § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) verdrängen.
- Force-Majeure-Klauseln können z.B. bei Nichtverfügbarkeit eines Kraftwerks aufgrund ausbleibender Lieferungen oder fehlenden Personals eingreifen; ggf. auch bei Nichterfüllung von Mindestabnahmeverpflichtungen aufgrund von Produktionsunterbrechung.

Soweit nicht ausgeschlossen, gilt subsidiär das allgemeine Leistungsstörungsrecht:

- Befreiung von der Leistungspflicht bei Unmöglichkeit (§ 275 BGB), z.B. bei fehlendem Zugang zu Versorgungsinfrastrukturen (Quarantäne, Ausgangssperre) in Kraftwerksscheibenverträgen,
- bei Gattungsschulden i.d.R hingegen keine Unmöglichkeit

Bei Neuabschlüssen sollten Regelungen für „Corona“-Risiken getroffen werden, da die Anwendung von normalen Wirtschaftsklauseln und § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) an der Vorhersehbarkeit der Störung scheitern könnte.

## Recht der Erneuerbaren Energien

Nicht nur im regulierten Markt, sondern auch im Recht der Erneuerbaren Energien existieren zahlreiche materielle Ausschlussfristen, bei deren Versäumung erhebliche finanzielle Nachteile drohen (Verlust der EEG-Förderung, keine Begrenzung der EEG-Umlage für stromkostenintensive Unternehmen). Daneben gibt es unzählige behördliche Melde-, Anzeige- und Mitteilungspflichten (z.B. für Netzbetreiber Anträge auf Kapitalkostenaufschlag und Regulierungskontoausgleich), deren Nichtbeachtung ebenfalls materiell nachteilig ist oder ein aufsichtsbehördliches Einschreiten nach sich ziehen kann.

Behörden können nur selbst gesetzte, nicht aber gesetzliche und verordnungsrechtliche Fristen ohne normative Grundlage verlängern. Unter engen Voraussetzungen kommt bei unverschuldeter Fristversäumung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Frage (§ 32 VwVfG). Bei Ausschlussfristen wie z.B. § 66 Abs. 1 EEG (Antrag für EEG-Umlagenbegrenzung) ist eine Wiedereinsetzung ausgeschlossen. Die Behörde kann aber „Nachsicht“ gewähren, wenn „höhere Gewalt“ vorliegt.

BNetzA und BAFA haben sich bereits positioniert:

## BNetzA

- Verlängerung der Realisierungsfrist für Windenergieanlagen an Land und Biomasseanlagen auf formlosen Antrag (per Mail) bereits in Aussicht gestellt; die Gründe, die zu einer Verzögerung des Projekts geführt haben, müssen genannt werden.
- Diverse behördliche Fristen wurden verlängert (z.B. Datenerhebung Qualitäts-Element, Monitoringbericht).
- Beschlusskammer 6 und 7 haben mitgeteilt, dass Fristen für Marktprozesse nicht ausgesetzt werden, aber die pandemiebedingte erhebliche Auslastung der Mitarbeiter der Unternehmen bei der Ausübung des Aufgreifermessens berücksichtigt werde.

### BAFA

- Hinsichtlich der Besonderen Ausgleichsregelung für die Begrenzung der EEG-Umlage: BAFA wird bei Versäumnis der Frist des § 66 Abs. 1 EEG (30.06.) einstweilen Nachsicht gewähren, wenn Säumnis auf COVID-19-Epidemie beruht.
- Zu beachten: Umstände, die das Unternehmen an der fristgemäßen Antragstellung gehindert haben, müssen bei verspäteter Antragstellung dargelegt werden und werden ggf. hinterfragt.
- In jedem Fall sollten Antragsteller die jeweils aktuellen Hinweise des BAFA beachten!

## Regulierungsrechtliche Fragen für Netzbetreiber

### Risiken auf der Erlösseite

- Minderlöse wegen Verbrauchsrückgang werden über das Regulierungskonto (§ 5 ARegV) ausgeglichen.
- Forderungsausfälle können nach Praxis der BNetzA nur refinanziert werden, wenn sie im Basisjahr i.S.v. § 6 Abs. 1 S. 4 ARegV eintreten (also im Gasbereich 2020, im Strombereich 2021); nach BNetzA-Sicht kein Ausgleich über das Regulierungskonto! (aktuell Gegenstand von Beschwerdeverfahren). Zudem: krisenbedingte Kulanz könnte als verschuldeter Forderungsausfall angesehen werden.

### Risiken auf der Kostenseite

- Strombereich: 2020 ist kein Basisjahr. Krisenbedingte erhebliche OPEX-Kostensteigerungen (z.B. durch Krisenmanagement wie etwa Ausgleich von Personalmangel durch Fremdfirmen) werden nicht in der Erlösobergrenze berücksichtigt (Härtefallantrag nach § 4 Abs. 4 ARegV nur bei sehr erheblicher Gesamtkostenerhöhung aussichtsreich)
- Gasbereich: 2020 ist Basisjahr für die Ermittlung der Erlösobergrenzen für die 4. Regulierungsperiode. Zusätzliche „Corona-Kosten“ könnten nach § 6 Abs. 3 ARegV als Besonderheit eines Geschäftsjahres angesehen und gekürzt werden. Wenigstens anteilige Anerkennung aber vertretbar, um Refinanzierung über die 4. Regulierungs-periode zu ermöglichen. Bei Kostenreduktionen, z.B. weil Projekte verschoben werden, besteht die Gefahr, dass geringes Kostenniveau Maßstab für die Erlösobergrenzen der gesamten 4. Regulierungsperiode wird.

### Risiken für Effizienz- und Qualitätsvergleich

- Effizienzvergleich (§ 12 ff. ARegV) im Gasbereich auf Basis 2020, im Strombereich auf Basis 2021: Bei ungleichen „Corona-Belastungen“ sind Verzerrungen im Effizienzvergleich möglich.
- Verzerrungen im Qualitätsvergleich sind ebenfalls denkbar, z.B. wenn einzelne Netzbetreiber durch besonderen Personalmangel oder erschwerte Bedingungen vor Ort Störungen weniger schnell beseitigen können. Anspruch auf Anerkennung „höherer Gewalt“ diskutabel, aber bislang restriktive Praxis der BNetzA.

Dr. Thilo Richter
Rechtsanwalt, Assoziierter Partner
T +49 228/95 94-208
thilo.richter@fgs.de

# Pflicht zur Zahlung der Miete

## Verpflichtung zur Mietzahlung

In den Medien wird immer mehr über Unternehmen berichtet, die angeblich eine Einstellung ihrer Mietzahlungen beabsichtigen. Auch während der COVID-19-Pandemie ist der Mieter allerdings grundsätzlich weiterhin zur Mietzahlung verpflichtet.

## Auswirkungen der kürzlich vom Bundestag verabschiedeten COVID-19-Gesetze

Das vom Bundestag am 25.3.2020 verabschiedete Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht enthält weder Regelungen zur Stundung noch zum Erlass von Mietzahlungen. Ebenso sind Mietverhältnisse ausdrücklich von dem neu eingeführten Leistungsverweigerungsrecht bei Dauerschuldverhältnissen ausgenommen. Lediglich die Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters werden unter bestimmten Voraussetzungen beschränkt (s.u.).

## Recht zur Minderung der Miete

Auch dürfte der Mieter grundsätzlich nicht zur Minderung der Miete berechtigt sein. Eine Mietminderung setzt das Vorliegen eines Mangels voraus. Ein solcher Mangel muss nach ständiger Rechtsprechung objektbezogen sein. Die Verpflichtung zur Ladenschließung wegen der erlassenen Allgemeinverfügungen erfüllt dieses Kriterium wohl nicht.

## Einstellung bzw. Herabsetzung der Mietzahlung durch den Mieter wegen einer Änderung der Geschäftsgrundlage

Im Einzelfall ist das Bestehen eines Anspruchs auf Anpassung des Mietvertrages wegen Änderung der Geschäftsgrundlage nicht auszuschließen (siehe unten). Selbst wenn ein solcher Anspruch bestehen sollte, folgt hieraus allerdings kein Recht des Mieters seine Mietzahlung einzustellen bzw. herabzusetzen. Erst nach einer Änderung des Mietvertrags durch Mitwirkung des Vermieters, auf die der Mieter ggf. einen Anspruch hat, kommt eine entsprechende Herabsetzung der Miete in Betracht.

## Rechte bei verspäteter Mietzahlung

Sollte der Mieter mit der Zahlung der Mieter in Verzug geraten, so hat der Vermieter grundsätzlich einen Anspruch auf Verzugszinsen und Ersatz des Verzugsschadens. Oftmals gibt es hierzu in den Mietverträgen gesonderte Regelungen, die zu beachten sind.

Ferner steht es dem Vermieter offen, die ausstehenden Mietzahlungen (gerichtlich) geltend zu machen.

# Kündigungsmöglichkeiten

## Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter bei Nichtzahlung der Miete

Grundsätzlich ist der Vermieter zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, wenn der Mieter mit der Zahlung der Miete für zwei aufeinander folgende Termine oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist bzw. in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht.

Durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht wird dieses Recht zur Kündigung beschränkt: Ein Vermieter darf ein Mietverhältnis nicht allein (!) aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1.4.2020 bis 30.6.2020 die Miete nicht zahlt, sofern die Nichtleistung eine Folge der COVID-19-Pandemie ist.

Sollten andere Gründe den Vermieter zur Kündigung berechtigen, ist diese weiterhin möglich. Auch ist eine Kündigung wegen der ausstehenden Mieten für den Zeitraum vom 1.4.2020 bis 30.6.2020 möglich, wenn diese nicht bis zum 30.6.2022 gezahlt wurden.

## Vorliegen einer Glaubhaftmachung

Der Zusammenhang zwischen der Nichtleistung und der COVID-19-Pandemie ist vom Mieter glaubhaft zu machen. Laut der Gesetzesbegründung soll sich der Mieter zur Glaubhaftmachung dabei einer Versicherung an Eides Statt oder sonst geeigneter Mittel bedienen. Als geeignete Mittel werden dabei insbesondere der Nachweis der Antragstellung über die Gewährung staatlicher Leistungen sowie Bescheinigungen des Arbeitsgebers über den Verdienstausfall angegeben. Bei Gewerbemietverhältnissen soll regelmäßig der Hinweis, dass der Betrieb des Unternehmens durch Rechtsverordnung oder behördliche Verfügung untersagt oder erheblich eingeschränkt wurde, ausreichen.

## Kündigungsbeschränkung

Die neu eingeführt Kündigungsbeschränkung gilt sowohl für die ordentliche als auch für die außerordentliche Kündigung sowie gleichermaßen für Wohnraum- wie für Gewerberaummietverhältnisse. Auch auf Pachtverhältnisse ist sie entsprechend anzuwenden. Nur begrenzte Auswirkungen hat die Kündigungsbeschränkungen allerdings auf Gewerberaummietverhältnisse, die auf einen unbestimmten Zeitraum geschlossen sind. Hier ist eine ordentliche Kündigung (ohne Grund) weiterhin möglich. Zunächst gilt die Kündigungsbeschränkung lediglich für Mieten, die im Zeitraum vom 1.4.2020 bis 30.6.2020 fällig werden. In dem Gesetz sind allerdings schon Möglichkeiten vorgesehen, den Zeitraum bis zum 30.9.2020 bzw. auch darüber hinaus zu verlängern. Es bleibt abzuwarten, ob hiervon Gebrauch gemacht wird.

# Anpassungspflicht des Mietvertrages

## Recht auf Anpassung des Mietvertrags während der COVID-19-Pandemie

In § 313 BGB ist eine Anpassungsmöglichkeit von Rechtsverhältnissen bei einer Änderung der Geschäftsgrundlage geregelt: Danach kann eine Änderung des Vertrages verlangt werden, wenn sich die Geschäftsgrundlage derart schwerwiegend verändert hat und die Parteien den Vertrag mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

Derzeit wird in der Fachwelt diskutiert, ob die COVID-19-Pandemie eine solche Änderung der Geschäftsgrundlage darstellt.

Grundsätzlich ist die Rechtsprechung restriktiv bei der Anwendung des § 313 BGB. Gleichwohl ist bei einer solchen historisch bislang nicht dagewesenen Situation nicht auszuschließen, dass letztlich eine Anpassungspflicht im Einzelfall gerichtlich bejaht werden könnte. Sollten Mieter mit einem entsprechenden Verlangen auf den Vermieter zukommen, kann daher im Einzelfall eine Änderung des Mietvertrages im Hinblick auf eine zeitlich begrenzte Stundung bzw. Herabsetzung der Miete angezeigt sein.

Sind sich Mieter und Vermieter im Hinblick auf eine Anpassung des Mietverhältnisses einig geworden, sollten insbesondere das Schriftformerfordernis sowie etwaige insolvenzrechtliche Regelungen beachtet werden.

## Steuerlichen Auswirkungen des Ausbleibens von Mieterträgen während der COVID-19-Pandemie

Sollten Mieterträge in erheblichem Maß ausbleiben, enthält § 33 GrStG eine Regelung zum teilweisen Erlass der Grundsteuer: Die Grundsteuer ist in Höhe von 25 % zu erlassen, wenn bei bebauten Grundstücken der normale Rohertrag des Steuergegenstandes um mehr als 50 % gemindert ist und der Steuerschuldner diese Minderung nicht zu vertreten hat. Ist der Rohertrag um 100 % gemindert, kann die Grundsteuer abweichend davon sogar um 50 % gemindert werden. Der Erlassantrag ist bis zum 31.3. des Folgejahres zu stellen.

Vereinzelt gibt es Kommunen, die eine Stundung der Grundsteuer in Aussicht stellen. Im Einzelfall empfiehlt es sich hier sicherlich, den Kontakt zur Kommune zu suchen.

Dr. Michael R. Wiesbrock
Rechtsanwalt, Partner
T +49 69/717 03-0
michael.wiesbrock@fgs.de

# Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

## COVInsAG

Mit dem Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz vom 27.3.2020 (COVInsAG) wird die straf- und haftungsbewehrte Insolvenzantragspflicht von Geschäftsleitern (§ 15a InsO) bis zum 30.9.2020 unter folgenden Voraussetzungen ausgesetzt (§ 1 COVInsAG):

- Die Insolvenzreife muss auf Folgen der Corona-Pandemie beruhen.
- Es muss Aussicht darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit bis zum 30.9.2020 zu beseitigen.

Die Voraussetzungen werden widerlegbar vermutet, wenn der Schuldner am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig war (gem. § 1 S. 3 COVInsAG). Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Insolvenzverwalter.

Trotz der für Geschäftsleiter großzügigen Beweislast- und Vermutungsregeln sollte die Voraussetzungen für die Aussetzung der Insolvenzantragspflichten sorgfältig dokumentiert werden:

- Warum ist die Insolvenzreife im konkreten auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen? Typischerweise sind dies Umsatzeinbrüche wg. Ladenschließungen, Verlust von Arbeitnehmern wegen Quarantänemaßnahmen etc.
- Dokumentation der Aussichten auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bis zum 30.9.2020 aufgrund einer validen Liquiditätsplanung

Entfällt die Aussicht auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bis zum 30.9.2020, lebt die Antragspflicht wieder auf.

## Fortbestand des Antragsrecht

Das Recht des Unternehmens auf Stellen eines Insolvenzantrags bleibt vom COVInsAG unberührt.

Geschäftsleiter haben die Option einer Sanierung im Insolvenzverfahren ggf. in der Form des Schutzschirms, der Eigenverwaltung und ggf. Insolvenzplanverfahrens als Alternative im Einzelfall sorgfältig abzuwägen.

Gläubigeranträge sind für drei Monate eingeschränkt, wenn das Unternehmen nicht bereits am 1.3.2020 zahlungsunfähig war.

## Einschränkung der Geschäftsleiterhaftung

Soweit die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt ist, ist auch die Haftung der Geschäftsleiter wegen Auszahlungen bei Insolvenzreife (§ 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG, § 130a Abs. 1 S. 2 HGB und § 99 S. 2 GenG) eingeschränkt.

Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen gelten als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar.

Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang sind insbesondere:

- Zahlungen zur Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs.
- Zahlungen, die der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen.

### Risikoerleichterungen für Kreditgeber

Nicht nur für Geschäftsleiter, sondern auch für Banken und sonstige Kreditgeber bestehen bei Insolvenzreife des Unternehmens Haftungs- und Anfechtungsrisiken.

Für sog. Neukredite, d.h. Kredite, die im Aussetzungszeitraum zwischen dem 1.3. und 30.9.2020 gewährt werden, werden die Haftungs- und Anfechtungsrisiken nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG wie folgt eingeschränkt:

- Von der Insolvenzanfechtung wird Anfechtung der Rückzahlung oder die Besicherung eines Neukredits ausgeschlossen. Für die Rückzahlung ist das Anfechtungsprivileg nur gegeben, wenn diese bis spätestens zum 30.9.2023 erfolgt. Diese zeitliche Befristung gilt jedoch nicht KfW-Kredite oder Kredite, die im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme gewährt werden.
- Die Gewährung von Neukrediten und Besicherung im Aussetzungszeitraum ist nicht als sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung anzusehen, sodass der Tatbestand des § 826 BGB ausgeschlossen wird.

Für eine Kreditgewährung an Insolvenzreife Unternehmen müssen die Einschränkung der Haftungs- und Anfechtungsrisiken die Voraussetzungen für die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG vorliegen.

Ferner gelten die Haftungs- und Anfechtungsprivilegien auch für Unternehmen, die nicht insolvenzreif sind.

## Anreize für Gesellschafterdarlehen und eingeschränkte Anfechtung

### Gesellschafterdarlehen

Das COVInsAG gibt den Gesellschaftern einen erheblichen Anreiz, sich an der Finanzierung der Gesellschaft zur Überwindung der coronabedingten Krise zu beteiligen.

- Die Rückführung von Gesellschafterdarlehen oder Forderungen die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen bis zum 30.9.2023, sind insolvenzrechtlich nicht anfechtbar, wenn sie im Aussetzungszeitraum 1.3. bis 30.9.2020 (sog. Neugesellschafterdarlehen) gewährt wurden.
- Der Nachrang für Neugesellschafterdarlehen aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO wird ausgeschlossen, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners bis zum 30.9.2023 beantragt wurde.

### Einschränkung der Insolvenzanfechtung

Insbesondere für Lieferanten besteht grundsätzlich das Risiko dass, dass bei Insolvenzreife des Kunden die Zahlung trotz ordnungsgemäßer Lieferung in einem späteren Insolvenzverfahren angefochten wird und der Lieferant den Kaufpreis wieder zurück zur Insolvenzmasse zahlen muss, ohne die gelieferte Sache zurück zu erhalten.

Das COVInsAG schränkt vor diesem Hintergrund die Insolvenzanfechtung wie folgt ein:

- Leistungen und Sicherungen, auf die der Schuldner einen Anspruch (etwa aus dem Kaufvertrag) in der Art und Weise und zu dem Zeitpunkt hatte (sog. kongruente Deckungen) sowie einzelne in § 2 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a)-e) COVInsAG aufgeführte inkongruente Deckungshandlungen sind von der Anfechtung ausgenommen.
- Dies gilt aber nur, wenn dem Anfechtungsgegner (z.B. Lieferant) nicht bekannt gewesen ist, dass die Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen des Schuldners nicht zur Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit geeignet gewesen sind.

Dr. Christian Brünkmans LL.M.
Rechtsanwalt, Partner
T +49 228/95 94-335
christian.bruenkmans@fgs.de

# Erhebliche Verzögerungen im Justizbetrieb

## Allgemeines

Aufgrund der Corona-Krise kommt es derzeit vielerorts zu erheblichen Verzögerungen im gesamten Justizbetrieb.

Gerichte, Staatsanwaltschaften und sonstige Justizbehörden sind derzeit nur mit einer personellen Notbesetzung ausgestattet. Dadurch soll gewährleistet werden, dass der Justizbetrieb insgesamt dauerhaft aufrecht erhalten bleiben kann. Es soll vermieden werden, dass zu viele Richter, Staatsanwälte und sonstige Justizmitarbeiter zeitgleich aufgrund einer Coronavirus-Infektion dienstunfähig sind.

Überwiegend werden nur noch Verfahren vorangetrieben, in denen besondere Eile geboten ist. Aber auch dort kann es aufgrund der dünnen Personaldecke zu teils erheblichen Verzögerungen kommen.

Nahezu flächendeckend werden (auch längerfristig) bereits anberaumte Termine zur mündlichen Verhandlung aufgehoben oder um Monate verschoben.

Die Verzögerung im Justizbetrieb hat in der Regel aber keine Auswirkung auf laufende Fristen. Allerdings besteht bei Bedarf die Möglichkeit, gegebenenfalls großzügige Fristverlängerung zu beantragen. Das gilt regelmäßig nicht für Notfristen.

Nachfolgend erläutern wir einige Bereiche, auf die die Corona-Krise Auswirkungen haben kann:

## Verjährungshemmung

Die Verjährung von Ansprüchen erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 194 ff. BGB. Die Verjährung kann nach den §§ 203 ff. BGB gehemmt werden. Gemäß § 204 BGB wird die Verjährung durch Rechtsverfolgung gehemmt. Dies geschieht beispielsweise durch Klageerhebung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB), durch Zustellung eines Mahnbescheids oder Europäischen Zahlungsbefehls (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB), die Zustellung der Streitverkündung oder des Antrags auf Erlass eines Arrests pbzw. einer einstweiligen Verfügung (§ 204 Abs. 1 Nr. 9 BGB). Daran ändert sich durch die Corona-Krise vorerst nichts. Allerdings ist zu bedenken, dass insbesondere bei der Verjährungshemmung durch Zustellung derzeit mit längeren Zustellungsdauern zu rechnen ist. Das ist insbesondere für Zustellungen im Parteibetrieb zu beachten. Hier sollten einige Tage mehr als üblich einkalkuliert werden. Im Übrigen gilt die Rückwirkung der Zustellung gemäß § 167 ZPO. Danach tritt die Wirkung der Zustellung bereits mit Eingang des Antrags oder der Erklärung ein, wenn sie demnächst erfolgt. Dieser Schutz greift regelmäßig jedoch nur, soweit der Veranlasser die Zustellung nicht vorwerfbar verzögert hat.

Gemäß § 206 BGB ist die Verjährung gehemmt, solange der Gläubiger innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfristfrist durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist. Das ist auch in der derzeitigen Krise nur in absoluten Ausnahmefällen der Fall. Ein solcher kann beispielsweise angenommen werden, wenn dem Berechtigten infolge seines Zustandes, zum Beispiel intensivmedizinische Behandlung in komatösem Zustand, die Versorgung seiner Angelegenheit schlechthin unmöglich ist.

Zwar stellt der Stillstand der Rechtspflege einen Fall höherer Gewalt dar. Davon ist allerdings erst dann auszugehen, wenn das zuständige Gericht seine Tätigkeit gänzlich eingestellt hat. Eine verzögerte Bearbeitung genügt ebenso wenig wie die Zugangsbeschränkung zu den Räumlichkeiten des Gerichts.

## Einstweiliger Rechtsschutz und Sicherungsmaßnahmen

Zwar soll durch die Notbesetzung der Gerichte insbesondere der Eilrechtsschutz weiterhin gewährleistet werden. Allerdings kann es auch hier zu erheblichen Verzögerungen kommen. Das gilt insbesondere für Fälle, in denen, z.B. bei einstweiligen Verfügungen, davon auszugehen ist, dass möglicherweise ein Termin zur mündlichen Verhandlung stattfinden wird. In diesen Fällen ist unter Umständen besondere Eile geboten.

Durch Arrest können Ansprüche kurzfristig gesichert werden, beispielsweise wenn Vermögensverfall oder Vermögensverschiebung ins Ausland droht. Das „neu geregelte“ Moratorium (Art. 240 § 1 EGBGB, eingeführt durch das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht) dürfte nicht anwendbar sein, da die zugrunde liegende Geldforderung für einen Arrest nicht fällig zu sein braucht.

Für die Vollziehung empfiehlt es sich gerade jetzt, vorab mit dem jeweiligen Vollstreckungsorgan Kontakt aufzunehmen, um etwaige krisenbedingte Verzögerungen soweit wie möglich zu vermeiden.

## Ausnahmen vom Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz

Grundsätzlich findet in ordentlichen Gerichtsprozessen (mindestens) eine mündliche Verhandlung statt. Dieses Prinzip führt zur Zeit zu erheblichen Verzögerungen laufender Prozesse, da mündliche Verhandlungen derzeit meist nur noch in dringend notwendigen bzw. unaufschiebbaren Fällen durchgeführt werden.

Zwar können Gerichte die Entscheidung auch ohne mündliche Verhandlung im sogenannten schriftlichen Verfahren treffen. Hierzu müssen die Parteien und etwaige Nebenintervenienten zustimmen. Ob dies in der derzeitigen Lage je nach Einzelfall zu einer nennenswerten Verfahrensbeschleunigung führt ist allerdings fraglich. Denn viele Justizmitarbeiter arbeiten derzeit nicht, weil sie quasi als Reserve vorgehalten werden.

Gemäß § 128a ZPO kann die mündliche Verhandlung einschließlich der Beweisaufnahme durch Zeugen- oder Sachverständigenvernehmung in Form einer Videokonferenz durchgeführt werden. Eine derartige Videokonferenz kann von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei gestattet werden. Das setzt allerdings voraus, dass alle Beteiligten über die entsprechende Videokonferenztechnik verfügen. Insbesondere kleinere Kanzleien können derartige Technik oft nicht vorhalten. Auch sind nicht alle Gerichte mit entsprechender Videokonferenztechnik ausgestattet. Diejenigen, die es sind, haben regelmäßig lediglich eine oder nur wenige Videokonferenzanlagen, sodass dies keinen gleichwertigen und flächendeckenden Ersatz für „klassische“ mündliche Verhandlungen bietet. Zudem soll zur Wahrung des Öffentlichkeitsgrundsatzes die Videoübertragung in das Sitzungszimmer beim Gericht erfolgen. Das setzt voraus, dass der oder die Richter vor Ort bei Gericht anwesend sind. Gerade das ist zur Zeit aber nicht gewährleistet.

### Fristenmanagement

Nicht nur der Justizbetrieb an sich, sondern auch die dazu erforderlichen Kommunikationswege (Post, Telefax, besonderes elektronisches Anwaltspostfach) sind derzeit überlastet. Daraus resultierende Verzögerungen sind von den Parteien bei fristwahrenden Schriftsätzen zwingend einzukalkulieren.

Insbesondere ist eine erfolgreiche Übermittlung von Schriftsätzen per Telefax in den späten Abendstunden nicht problemlos gewährleistet.

Die Erfahrung der letzten Wochen hat gezeigt, dass es insbesondere auch bei der Übermittlung über das besondere elektronische Anwaltspostfach immer wieder zu technischen Problemen, Login-Fehlern und Übermittlungsstörungen kommt. Etwaige technische Probleme werden regelmäßig auf der beA-Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer bekannt gegeben.

*Unter https://justiz.de/verzeichnis/zwi_videokonferenz/videokonferenzanlagen.pdf ist eine Liste der Gerichte abrufbar, die über die erforderliche Videokonferenztechnik verfügen. In dieser Liste werden auch die hierfür zuständigen Kontakte angegeben.*

## Schiedsverfahren als Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit in Zeiten von COVID-19?

In Zeiten, in denen der staatlichen Justizbetrieb weitgehend lahmgelegt erscheint, stellt sich die Frage, ob die Durchführung von Schiedsverfahren zur Beilegung zivilrechtlicher Streitigkeiten als Alternative in Betracht kommt.

Voraussetzung für die Durchführung eines Schiedsverfahrens ist allerdings, dass sich die Parteien im Rahmen einer Schiedsvereinbarung auf diesen Streitbeilegungsmechanismus unter Ausschluss des staatlichen Gerichtsverfahrens verständigt haben.

Sofern diese Voraussetzung erfüllt ist, kann die Schiedsgerichtsbarkeit ihren enormen Vorteil gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit in Form der Flexibilität und Anpassungsfähigkeit der Verfahrensführung ausspielen. Die Parteien können sich auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts verständigen. Dadurch kann gewährleistet werden, dass der oder die Mitglieder des Schiedsgerichts im Bedarfsfall über die notwendige Technik verfügen, mündliche Verhandlungen beispielsweise auch per Videokonferenz durchzuführen.

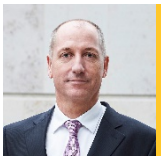
Die mündliche Verhandlung kann im Grundsatz an einem beliebigen Ort durchgeführt werden. Dadurch können beispielsweise etwaige inländische und ausländische Reisebeschränkungen aufgrund von behördlichen Anordnungen oder Flugausfällen berücksichtigt werden.

Die Übermittlung von Schriftsätzen und Beweismitteln kann auf elektronischem Wege erfolgen. Verzögerungen bei der Postzustellung können dadurch ausgeschlossen werden. Auch auf den Zugang zum besonderen elektronischen Anwalts Postfach sind die Parteien und Schiedsrichter nicht angewiesen.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist regelmäßig nicht zwingend erforderlich, es sei denn dies wird von einer Partei verlangt. Die mündliche Verhandlung muss nicht persönlich stattfinden. Auch hier besteht die Möglichkeit, per Videokonferenz oder sogar per

Telefonkonferenz zu verhandeln. Die Auswahl der passenden Methode ist den Parteien und dem Schiedsgericht überlassen. Allerdings ist zu bedenken, dass die Verhandlung über ein Konferenzmedium immer nur die zweite Wahl im Vergleich zur Präsenzverhandlung sein kann. Das gilt insbesondere für die Zeugenvernehmung. Wichtige Bestandteile der zwischenmenschlichen Kommunikation wie Körpersprache und kleinste Reaktionen der Beteiligten sind bei einer Videoübertragung nicht immer erkennbar. Darüber hinaus können stets technische Probleme auftreten, die die Verhandlungsführung erschweren.

Insbesondere bei kostenkritischen Streitigkeiten mit relativ geringen Streitwerten kann die Durchführung der mündlichen Verhandlung per Videoübertragung aber trotz des möglichen Qualitätsverlustes in der Kommunikation eine durchaus erwägenswerte Alternative darstellen.



Dr. Lambertus Fuhrmann
Rechtsanwalt, Steuerberater, Partner
T +49 228/95 94-237
lambertus.fuhrmann@fgs.de

Flick Gocke Schaumburg
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater Partnerschaft mbB
April 2020
fgs.de