

lungen bzw. arbeitsrechtliche Ersatzleistungen und andererseits um Sozialleistungen (Kurzarbeitergeld) handelt.⁴⁹

Der Literaturmeinung ist nach hiesiger Auffassung zuzustimmen. § 850e Nr. 2, 2a ZPO stellt bereits dem Wortlaut nach auf die Art der Leistung ab, nicht auf die Person/Stelle des Drittschuldners. Zudem beschreibt § 108 Abs. 2 Satz 1 SGB III lediglich eine Fiktion für den Fall der Zwangsvollstreckung dar („Für die Zwangsvollstreckung in den Anspruch auf Kurzarbeitergeld gilt der Arbeitgeber als Drittschuldner.“). Dies dient der Vereinfachung des Vollstreckungsverfahrens, ändert aber nichts am Anspruchscharakter der Leistung, auf den § 850e Nr. 2, 2a ZPO referiert. Nach der hier vertretenen Auffassung bedarf es demnach eines (konstitutiven!) Zusammenrechnungsbeschlusses, so sich unter Berücksichtigung der Anzahl der unterhaltsberechtigten Personen im Fall der Zusammenrechnung ein pfändbarer Betrag ergibt (Rechtsschutzbedürfnis, das vom Insolvenzverwalter darzulegen ist).

Überdies ist zu beachten, dass auf Bundesebene die Hinzuverdienstmöglichkeiten für Beschäftigte in Kurzarbeit ab dem 1.5.2020 – 31.12.2020 mit einer Hinzuverdienstgrenze bis zur

vollen Höhe des bisherigen Monatseinkommens für alle Berufe geöffnet wurden.⁵⁰ In diesem Fall mag es dann auch im Fall von Kurzarbeitersgeldbezug zu „regulären“ pfändbaren Beiträgen kommen, da sich das Gehaltsgefüge des Einzelnen nicht zwingen nachteilig verändern muss.

III. Fazit

Die Corona-Krise hat auch vollstreckungs- und insolvenzrechtliche Auswirkungen. Diese werden sich wohl perspektivisch evtl. aus etwaig zu erwartenden, Corona-bedingten Insolvenzanträgen künftig (oder bereits anlaufend) zeigen. Für bereits laufende Insolvenzverfahren gilt: Die Corona-Krise ist längst angekommen. Der Insolvenzverwalter sieht sich insoweit neuen Herausforderungen gegenüber, zu deren Meistern der vorliegende Beitrag möglicherweise Unterstützung geleistet hat.

49 Stöber/Rellermeyer (Fn. 30), D. 144 ff., allerdings ohne Bezug zur Entscheidung des LAG Hamm v. 16.8.2006 – 2 Sa 385/06; Keller, EWIR 2007, 337 f. m. Anm. zu LAG Hamm v. 16.8.2006 – 2 Sa 385/06.

50 Vgl. BT-Drucks. 19/18966.

§ 64 GmbHG im Hinblick auf die Änderungen durch das COVInsAG

von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Henning Sämisch, Rechtsanwalt Dr. Sebastian Deichgräber und cand. iur. Frederik Quitzau, SHNF, Hamburg

Am 27.3.2020 wurde das „Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz“ (im Folgenden: COVInsAG) verkündet. Inkrafttreten ist es gem. Art. 6 Abs. 1 des „Gesetz[es] zur Abmilderung der Folgender COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ rückwirkend am 1.3.2020. Das COVInsAG ist die Antwort des Gesetzgebers auf die insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen, die sich im Rahmen der COVID-19-Pandemie stellen. Dieser Beitrag stellt die Auswirkungen des COVInsAG auf das gesellschaftsrechtliche Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG dar und befasst sich insbesondere mit der Frage, wie ein Missbrauch der Privilegierungen zu behandeln ist.

I. Veränderungen durch das COVInsAG

Das COVInsAG ist Teil eines umfangreichen Maßnahmenpakets der Bundesregierung zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie in allen rechtlichen und wirtschaftlichen Bereichen. Ziel des COVInsAG ist es dabei, „die Fortführung von Unternehmen zu ermöglichen und zu erleichtern, die infolge der COVID-19-Pandemie insolvent geworden sind oder wirtschaftliche Schwierigkeiten haben.“¹ Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die Aussetzung der straf- und haftungsbewehrten Insolvenzantragspflicht sowie der gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote gelegt.²

Das COVInsAG umfasst dabei insgesamt vier Paragraphen. Für diesen Beitrag sind dabei vor allem die ersten beiden Paragraphen von Interesse. Der § 1 des COVInsAG normiert die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (dazu unter 1. a)). Der § 2 COVInsAG umfasst die weiteren Folgen, die sich aus § 1 COVInsAG ergeben, nämlich insbesondere die Folgen für die gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote (dazu unter 1. b)).

1. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gem. § 1 COVInsAG

a) § 1 Satz 1 COVInsAG

Gem. § 1 Satz 1 COVInsAG ist die „Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a der Insolvenzordnung und nach § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bis zum 30.9.2020 ausgesetzt.“

Ziel dieser Regelung ist es, den Unternehmen Gelegenheit zu geben, die Insolvenz durch Inanspruchnahme staatlicher Hilfsmittel oder auch durch Sanierungs- und Finanzierungsvereinbarungen zu beseitigen.³ In concreto soll durch § 1 Satz 1 COVInsAG die Grundlage dafür geschaffen werden, dass insolvente Unternehmen fortgeführt werden können.⁴

1 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 3.

2 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 3.

3 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 17, 22.

4 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 17, 22.

b) § 1 Satz 2 COVInsAG

Der § 1 Satz 1 COVInsAG stellt dabei den Grundsatz dar, von dem § 1 Satz 2 COVInsAG die Ausnahme normiert. Demnach gilt der Grundsatz aus Satz 1 nicht, „wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsfähigkeit zu beseitigen.“ Die beiden Möglichkeiten des § 1 Satz 2 COVInsAG stehen in einem Alternativitätsverhältnis zueinander. Aus dem Grundsatz – Ausnahme – Verhältnis der §§ 1 Satz 1, 2 COVInsAG folgt vor allem, dass derjenige beweislaster ist, der sich auf die Ausnahme von der Aussetzung beruft.⁵ Ziel dieser Regelung ist es, solche Unternehmen auszunehmen, bei denen keine Zweifel daran bestehen können, dass die Insolvenzreife in keiner Form auf der Covid-19-Pandemie beruht.⁶ Inwieweit der Beweis der Voraussetzungen des § 1 Satz 2 COVInsAG zu führen sein wird, kann stark bezweifelt werden. Zum einen gelten bereits laut Gesetzesbegründung des COVInsAG „höchste Anforderungen“ für den Nachweis.⁷ Zum anderen enthält § 1 Satz 3 COVInsAG eine zusätzliche Vermutungsregelung. (dazu unter 1. c)).

c) § 1 Satz 3 COVInsAG

Gem. § 1 Satz 3 COVInsAG wird vermutet, „dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsfähigkeit zu beseitigen, [wenn] der Schuldner am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig [war]“. Der Gesetzgeber verfolgt mit dem dritten Satz weiter das bereits anfangs definierte Ziel, die Fortführung von Unternehmen zu ermöglichen und die Insolvenzantragspflichten zu entschärfen.⁸ Die (eigentlich) Antragspflichtigen sollen durch die Vermutungsregelung entlastet werden.⁹ Dabei wurden offenbar vor allem an etwaige Schwierigkeiten des Kausalitätsnachweises und der Prognostizierbarkeit der weiteren Entwicklungen hinsichtlich der COVID-19-Pandemie gedacht.¹⁰

2. § 2 COVInsAG

§ 2 COVInsAG regelt anknüpfend an § 1 COVInsAG die Folgen der Suspendierung der Insolvenzantragspflicht. Interessant ist hier der § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG. Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG „gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar, soweit nach § 1 die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ausgesetzt ist.“

Damit hat sich der Gesetzgeber nicht etwa dafür entschieden, entsprechende Zahlungen gänzlich von den gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverboten auszunehmen.¹¹ Stattdessen fingiert das Gesetz, dass die entsprechenden Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Die Haftung aus dem jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbot entfällt also nicht bereits auf Seite des objektiven Tatbestands, sondern erst im Rahmen des Verschuldens auf subjektiver Tatbestandseite.¹²

Geschäftsleiter sollen durch diese Regelung nicht durch „die engen Grenzen“¹³ der gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote beschränkt werden. Der Gesetzgeber will stattdessen den Rahmen für die Weiterführung des Unternehmens im ordentlichen Geschäftsgang schaffen.¹⁴ Der Begriff des „ordnungsgemäßen Geschäftsgangs“ ist denkbar weit gehalten. Dies ist angesichts der vielschichtigen praktisch denkbaren Fallkonstellationen¹⁵ auch begrüßenswert. Unzweifelhaft ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, dass davon solche Maßnahmen umfasst sind, die zur Aufrechterhaltung und Wiederaufnahme des Betriebs dienen.¹⁶ Davon sollen – aus einem weiten Verständnis heraus – aber gerade auch Maßnahmen zur Neuausrichtung des Unternehmens im Rahmen einer Sanierung umfasst sein.¹⁷ Diese weite Auslegung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG ist Ausdruck der Bestrebung des Gesetzgebers, den Geschäftsleitern einen möglichst großen Entscheidungsspielraum einzuräumen. Sicherlich auch bezweckt wurde zudem, dass den Geschäftsleitern auch der Weg zu einem unkonventionellen Umgang mit den, durch die COVID-19-Pandemie verursachten wirtschaftlichen Folgen ermöglicht wird.

II. Auswirkungen auf die Haftung aus § 64 GmbHG

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG knüpft also gerade an die gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote an. In der Praxis ist der § 64 Satz 1 GmbHG die wichtigste Haftungsnorm für Geschäftsführer einer GmbH.¹⁸ Die bis zum Jahr 1999 wenig relevante Norm¹⁹ entwickelte sich seit dem Urteil des II. ZS des BGH v. 29.11.1999²⁰ und den kurz darauffolgenden Urten. v. 11.9.2000²¹ und v. 8.1.2001²² zu der zentralen Norm des Geschäftsführerhaftungsregimes.²³

Insofern ist es wenig überraschend und folgerichtig, dass der Gesetzgeber mit dem COVInsAG nicht nur die Insolvenzan-

5 Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633, 635.

6 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 22.

7 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 22.

8 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 3.

9 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 22.

10 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 22.

11 Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020/633, 640.

12 Dazu ausführlich unter II. 2. a).

13 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 23.

14 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 23; dazu unten unter 3. b).

15 Umfangreiche Aufzählung in: Römermann, in: Nerlich/Römermann, InsO, 40. Erg. 1. f. g. März 2020, § 2 COVInsAG Rn. 9 ff.

16 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 23.

17 COVInsAG Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 23.

18 Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 573; Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 64 Rn. 1; MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl. 2018, § 64 Rn. 4.

19 So zuerst Schmidt, GmbHR 2000, 1225; daran anknüpfend auch Bitter, WM 2001, 666; von Arnim, D&O-Versicherung und öffentliche Hand, S. 130 Fn. 354, bezeichnet die damalige Handhabung der Organhaftung deshalb zutreffend als „totes Recht“.

20 BGHZ 143, 184.

21 BGH, Urten. v. 11.9.2000 – II ZR 370/99, ZInsO 2000, 599.

22 BGHZ 146, 264 = ZInsO 2001, 143.

23 Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 573; die insoweit von einem Erwa- chen aus einem 100-jährigen „Dornröschenschlaf“ sprechen.

tragspflicht aus dem § 15a InsO,²⁴ sondern auch die damit eng verknüpften gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote regelt.²⁵

1. Betroffene Unternehmen

Erfasste Gesellschaftsform des § 64 Satz 1 GmbHG ist zunächst die GmbH. Dazu zählt auch die Unternehmergesellschaft (UG) (haftungsbeschränkt) i.S.d. § 5a GmbHG. Dies ergibt sich bereits aus der gesetzgeberischen Intention, dass die UG lediglich eine „Rechtsformvariante“ einer GmbH ist.²⁶

Parallel-Vorschriften finden sich für die AG in den § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG, die Genossenschaft in den § 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG i.V.m. § 99 GenG sowie für OHG und KG in § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB.

Die Auswirkungen des COVInsAG betreffen demnach rd. 1,1 Mio. Unternehmen in Deutschland.²⁷ Der vorliegende Beitrag soll sich dennoch vor allem auf den § 64 Satz 1 GmbHG konzentrieren. Wobei das Ausgeführte analog auch bei den Parallel-Vorschriften gilt.

2. Auswirkungen auf das materielle Recht des § 64 Satz 1 GmbHG

a) Auswirkungen auf den objektiven Tatbestand des § 64 Satz 1 GmbHG

Aufseiten des objektiven Tatbestands setzt § 64 Satz 1 GmbHG eine Zahlung nach Insolvenzzreife voraus.

Der Begriff der Zahlung ist im weitesten Sinne zu verstehen.²⁸ Entgegen des Wortlauts soll unter Zahlung jede Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen verstanden werden, durch die der Gesellschaft nach ihrer Insolvenzzreife Vermögen entzogen wird.²⁹ Eine solche Leistung muss dem Geschäftsführer ferner zurechenbar sein.³⁰ Unproblematisch ist dies der Fall, wenn dieser selbst Zahlungen vornimmt.³¹ Darüber hinaus können dem Geschäftsführer aber auch masseschmälernde Leistungen der Mitarbeiter zugerechnet werden, da den Geschäftsführer umfangreiche Organisations- und Überwachungspflichten treffen.³²

Insolvenzzreife liegt nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO und/oder Feststellung der Überschuldung der Gesellschaft nach § 19 InsO vor. Hierfür gelten die Grundsätze des Insolvenzrechts, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll.

Wie bereits angedeutet, hat sich der Gesetzgeber entschieden, die Stellschraube nicht im Rahmen des objektiven Tatbestands anzusetzen. *Im Ergebnis heißt das, dass auch im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG Zahlungen nach Insolvenzzreife objektiv pflichtwidrig bleiben.* So zumindest muss der § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG angesichts der st. Rspr.³³ zu § 64 Satz 2 GmbHG ausgelegt werden.³⁴

Dem Anknüpfen erst auf subjektiver Ebene widerspricht ein Großteil der Fachliteratur.³⁵ Nach der insofern wohl h.M. in der Literatur³⁶ sollen Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines or-

dentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind, bereits tatbestandlich nicht von § 64 Satz 1 GmbHG umfasst sein, da sie nicht pflichtwidrig seien.³⁷

Am § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG zeigt sich jedoch gerade, warum Zahlungen, die unter § 64 Satz 2 GmbHG fallen, weiterhin objektiv pflichtwidrig bleiben. Tatsächlich liegt nämlich im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG und damit dem des § 1 Satz 1 COVInsAG Insolvenzzreife vor. Werden nach diesem Zeitpunkt Zahlungen vorgenommen, sind diese pflichtwidrig. Auch wenn diese qua gesetzliche Fiktion gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar gelten, kann dies nicht eine bereits verwirklichte Pflichtwidrigkeit der Zahlung beseitigen. Dass im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG aber die Haftung des Geschäftsführers entfallen soll und muss, ist – nach auch von den Verfassern geteilter – einhelliger Auffassung ohne Zweifel. Die gesetzliche Fiktion der Vereinbarkeit mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters darf aber nicht zu einer gesetzlichen Fiktion der objektiven Pflichtgemäßheit von Zahlungen nach Insolvenzzreife führen. Dem ist schon aus ordnungspolitischer Sicht entgegen zu treten.

b) Auswirkungen auf den subjektiven Tatbestand des § 64 Satz 1 GmbHG

Wie gezeigt, greift § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG auf subjektiver Seite des § 64 Satz 1 GmbHG. Bzgl. sämtlicher objektiver

24 Damit zusammenhängend wurde selbstverständlich auch eine etwaige Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO begrenzt.

25 *Hölzle/Schulenberg*, ZIP 2020, 633, 640 unter weiterführendem Verweis auf *Schmidt*, ZInsO 2013, 1463, 1466; *Müller/Rautmann*, DStR 2013, 1551, 1553.

26 RegE MoMiG, BT-Drucks. 14/6140, S. 31.

27 Rechtliche Einheiten nach zusammengefassten Rechtsformen, Stand: 13.12.2019, Statistisches Bundesamt, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Unternehmensregister/Tabellen/unternehmen-rechtsformen-wz08.html>.

28 BGHZ 126, 181, 194; BGHZ 143, 184, 186 f. = ZInsO 2000, 117.

29 BGHZ 126, 181, 194; vgl. auch RegE MoMiG, BT-Drucks. 14/6140, S. 146; ausführlich zu den Fallkonstellationen: BeckOK-GmbHG/Mätzig, 43. Edition, Stand: 1.4.2020, § 64 Rn. 44 ff.

30 *Casper*, in: *Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG*, 2. Aufl. 2016, § 64 Rn. 88; *Haas* (Fn. 18), § 64 Rn. 63; *M. Schmidt-Leithoff/Schneider*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG*, 6. Aufl. 2017, § 64 Rn. 32.

31 *Arnold*, in: *Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2019, § 64 GmbHG Rn. 11.

32 *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 581; *Haas* (Fn. 18), § 64 Rn. 62, unter Bezugnahme auf: OLG Oldenburg, Beschl. v. 10.3.2004 – 1 W 204, ZIP 2004, 1315, 1316.

33 Grundlegend: BGH, Urt. v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, ZInsO 2001, 143; Urt. v. 23.6.2015 – II ZR 366/13, Rn. 24, ZInsO 2015, 1616; *Sandhaus*, in: *Gehrlein/Born/Simon, GmbHG*, 4. Aufl. 2019, § 64 Rn. 3: „Verschulden“; wohl auch *Zech*, in: *Ensthaler/Füller/Schmidt, GmbHG*, 2. Aufl. 2009, § 64 Rn. 23: „subjektive Voraussetzungen“.

34 So im Ergebnis auch *Hölzle/Schulenberg*, ZIP 2020, 633, 640 f.

35 *Schmidt*, in: *Scholz, GmbHG*, 12. Aufl. 2020, § 64 Rn. 49; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, 20. Aufl. 2020, § 64 Rn. 31; jeweils m.w.N.: *Poetzig/Thole*, ZGR 2010, 836, 853 f.

36 So ausdrücklich: *Schmidt* (Fn. 35), § 64 Rn. 49 Fn. 3.

37 *Schmidt* (Fn. 35), § 64 Rn. 49; *Kleindiek* (Fn. 35), § 64 Rn. 31; jeweils m.w.N.

Tatbestandsmerkmale muss dem Geschäftsführer mindestens Fahrlässigkeit zur Last fallen.³⁸ Dabei ist insbesondere der § 64 Satz 2 GmbHG zu beachten. Grds. ist § 64 Satz 2 GmbHG dabei eng auszulegen.³⁹ Dieser Grundsatz wird im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG so nicht mehr gelten. Wenn die Insolvenzantragspflicht gem. § 1 Satz 1 COVInsAG ausgesetzt ist und sich die Zahlungen nach Insolvenzreife im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs bewegen, gelten die Zahlungen gem. § 2 Abs. 1 Nr. COVInsAG als mit § 64 Satz 2 GmbHG vereinbar. § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG ist eine gesetzliche Fiktion, die unwiderleglich ist.⁴⁰ Liegen also die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. COVInsAG vor, kann sich der Geschäftsführer exkulpieren. Eine Haftung entfällt demnach richtigerweise erst auf subjektiver Tatbestandsseite.⁴¹

Allerdings ist anzumerken, dass dem Geschäftsführer die Exkulpation obliegt und er insofern beweibelastet ist.⁴² Bzgl. der ausdrücklich in § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG genannten Regelbeispiele, also Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, wird die Exkulpation in praxi leichtfallen. Es kann von einer gewissen Vermutungswirkung ausgegangen werden. Außerhalb dieser Regelbeispiele müssen sich die Zahlungen aber im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs bewegen. Dies muss vom Geschäftsführer positiv nachgewiesen werden. Angesichts der ansonsten gewählten Regelungstechnik kann hier nicht von einer Vermutung ausgegangen werden. Dem Geschäftsführer obliegt damit die volle Beweislast am Maßstab des § 64 Satz 1 GmbHG.⁴³

Gelingt nach Nachweis, dass die Zahlungen im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs erfolgten oder liegen Zahlungen vor, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, kann sich der Geschäftsführer demnach vollständig enthaften. Nur so kann der Zweck des COVInsAG, die Fortführung von Unternehmen zu ermöglichen und zu erleichtern, erreicht werden. Dies ist im Ergebnis nicht nur begrüßenswert, sondern angesichts der Herausforderungen, der sich Geschäftsleiter dieser Tage stellen müssen dringend erforderlich.

3. Missbrauch der Regelungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG

Der Gesetzgeber hat in bemerkenswert kurzer Zeit einen gut-balancierten Ausgleich zwischen Gläubigerinteressen und der gleichzeitigen Wahrung der Handlungsfähigkeit von Unternehmen in Zeiten der COVID-19-Pandemie gefunden.

Es liegt aber auch auf der Hand, dass dort wo insolvenz- und gesellschaftsrechtliche Regelungen richtigerweise gelockert werden, auch Platz für den Missbrauch eben dieser Maßnahmen geschaffen wird. Dies ist kein Problem nur des COVInsAG, sondern jedes gesetzgeberischen Kompromisses. Klar ist auch, dass dies eine Problematik ist, die – zumindest aus jetziger Sicht – nicht zeitnah praktisch behandelt werden

kann. Dennoch wird es vor allem Aufgabe der Gerichte und der Insolvenzverwalter sein, einen entsprechenden Missbrauch der Privilegierungen zu verfolgen.

Praktisch ergeben sich zwei mögliche Anknüpfungspunkte im COVInsAG, um einen Missbrauch effektiv zu verfolgen:

a) Insolvenzreife der Unternehmen

Zum einen § 1 Satz 2 COVInsAG, auf den in § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG Bezug genommen wird. Demnach fallen, wie oben dargestellt, solche Unternehmen bereits aus dem Anwendungsbereich, deren Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) beruht oder wenn für diese Unternehmen keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.

Hier muss allerdings die Vermutungsregelung des § 1 Satz 3 COVInsAG beachtet werden. Denn war der Schuldner am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig, wird vermutet, dass die Insolvenzreife (nicht die Zahlungsunfähigkeit!) auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Der maßgebliche Zeitpunkt des 31.12.2019 ist dabei denkbar früh angesetzt.

Es muss dabei jedoch differenziert werden: Gelingt dem Schuldner der Nachweis, dass am 31.12.2019 keine Zahlungsunfähigkeit bestand, wird eine Missbrauchsbekämpfung über eine spätere Zahlungsunfähigkeit als Anknüpfungspunkt für die Insolvenzreife schwer. Hier greift die Vermutungsregelung des § 1 Satz 3 COVInsAG voll.

Anders sieht es jedoch für eine etwaige Überschuldung des Unternehmens aus. Die Überschuldung als Eröffnungsgrund ist zwar seit jeher der Kritik ausgesetzt, er sei praktisch überflüssig.⁴⁴ Gerade im Anwendungsbereich des COVInsAG zeigt sich jedoch, dass die Überschuldung als Eröffnungsgrund weiterhin erforderlich ist: Denn selbst wenn der Schuldner eine fehlende Zahlungsunfähigkeit am 31.12.2019 nach-

38 St. Rspr. BGH, Urt. v. 6.6.1994 – II ZR 292/91, ZIP 1994, 1103, 1110 m.w.N.; Schmidt (Fn. 35), § 64 Rn. 58 m.w.N.

39 Altneppen, in: Roth/Altneppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 64 Rn. 26; Haas (Fn. 18), § 64 Rn. 89; Gehrlein, ZRI 2020, 183, 187; Schmidt (Fn. 35), § 64 Rn. 49; aus der Rechtsprechung zuletzt OLG Hamburg, ZIP 2017, 2197, 2200.

40 Köhler, Juristisches Wörterbuch, 15. Aufl. 2012, S. 146; zu der Fiktion bei § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG ausführlich: Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633, 640 f.

41 So auch Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633, 640.

42 BGH, Urt. v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660.

43 BGH, Urt. v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660.

44 Weitere Gegenargumente übersichtlich bei: Bork, ZIP-Beil. 43/2019, 1, 6; zu dem Meinungsstand: Brinkmann, NZI 2019, 921 m.w.N.; M. Nachw. zur (auch historischen) Kritik Burgenger, in: Rattunde/Smid/Zeuner, InsO, 4. Aufl. 2019, § 19 Rn. 2. Jüngst auch viele Stimmen für eine grundsätzliche Beibehaltung: Bork, ZIP-Beil. 43/2019, 1; Brinkmann, NZI 2019, 921; Klöhn, ZRI 2020, 2; Thole, ZInsO 2019, 1622.

weist, kann dies – trotz des insofern entgegenstehendem Wortlauts des § 1 Satz 3 COVInsAG „Insolvenzreife“ – nicht bedeuten, dass eine am 31.12.2019 bestehende Überschuldung erfasst ist.⁴⁵ § 1 Satz 3 COVInsAG ist (nur) eine Vermutung, die selbstverständlich widerlegt werden kann. Dies wäre gelungen, sofern eine Überschuldung des Unternehmens am 31.12.2019 nachgewiesen werden kann.

Über die Überschuldung kann demnach in einem engen Rahmen eine Missbrauchsbekämpfung stattfinden. Auch dies wird allerdings tatsächlich zeitlich dadurch begrenzt, dass dies nur Fälle erfasst, in denen ein Nachweis der Insolvenzreife vor dem März möglich ist.⁴⁶ Ab Anfang März waren auch in Deutschland die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie merkbar zu spüren. Angesichts der oben dargestellten „höchsten Anforderungen“ an den Gegenbeweis sowie der zusätzlichen Vermutungsregelung aus § 1 Satz 3 COVInsAG wird eine Bekämpfung von Missbräuchen über die (fehlende) Insolvenzreife ab März nahezu unmöglich sein. Effektive Missbrauchsbekämpfung wird an dieser Stellschraube demnach für alle Zahlungen nach März 2020 nicht ergehen.

b) Ordnungsgemäßer Geschäftsgang

Zum anderen kann an das Tatbestandsmerkmal des „ordnungsgemäßen Geschäftsgangs“ des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG angeknüpft werden. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff wird durch die Rechtsprechung auszufüllen sein. *Thole*⁴⁷ schlägt dafür eine negative Abgrenzung des Begriffs vor. Entscheidend für die Auslegung sei dann die Frage, was kein gewöhnlicher Geschäftsgang ist. Der Vorteil dieser Auslegung des Begriffs ist, dass sich dann eine Auslegung analog zu den durch die Rechtsprechung herausgearbeiteten Fallgruppen zu § 64 Satz 2 GmbHG anbietet. Das erscheint deshalb vorteilhaft, da trotz COVInsAG solche Zahlungen nicht privilegiert sein sollen, die auch zuvor als gänzlich nicht im Gläubigerinteresse einzustufen waren.

aa) Zahlungen außerhalb des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs

Denkbar erscheint bspw., dass die Regelungen des COVInsAG im Rahmen von Gesellschafterdarlehen missbraucht werden. Hier liegt eine Auszahlung der durch die Landes- oder Bundesregierung gewährten Fördermittel als Rückführung eines Darlehens nahe. Denkbar ist aber auch, dass Sanierungs- und Überbrückungskredite zu diesem Zwecke missbraucht werden. Diese Kredite sind an den Zweck gebunden, eine drohende Insolvenz abzuwenden und die Wirtschaftlichkeit der Unternehmen aufrechtzuerhalten.⁴⁸ Aus der Zweckgebundenheit dieser Kredite muss sich im Umkehrschluss ergeben, dass jede zweckwidrige Verwendung nicht mehr im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsgangs bewegt. Der gleiche Maßstab muss auch für die gewährten Fördermittel gelten.

Außerhalb des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs dürften zudem solche Zahlungen liegen, die strafbar sind oder offensichtlich den Sanierungsbemühungen zuwiderlaufen.⁴⁹

bb) Zahlungen im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs

Bei dem grds. nötigen Bestreben, den Missbrauch der Vorschriften einzudämmen, dürfen jedoch nicht die besonderen Umstände der COVID-19-Pandemie außer Acht gelassen werden. Dort wo sich ein Missbrauch nicht aufdrängt, sollte mit gebotener Rücksicht auf die Umstände gehandelt werden. Die Geschäftsleiter stehen vor der schwierigen Aufgabe die derzeitige politische und wirtschaftliche Situation zu bewerten und auf Grundlage dieser Bewertung über die Entwicklung des Unternehmens zu entscheiden. Dabei liegt es in der Natur der Sache, dass angesichts der ungewissen Ausbreitung des Virus und der darauf reagierenden Maßnahmen eine Entscheidung ex ante sinnvoll erscheinen kann, sich jedoch später als Fehleinschätzung herausstellt. Die Last der Entscheidung, was wann wirtschaftlich sinnvoll ist, sollte deshalb nicht allein den Geschäftsleitern aufgebürdet werden. Insofern ist gerade in Zweifelsfällen Nachsicht zu üben.

Im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs bewegen sich deshalb zweifelsohne Zahlungen der Arbeitgeberanteile der Sozialversicherungsbeiträge⁵⁰ sowie die Entrichtung steuerlicher Abgaben und allgemeiner Betriebskosten wie Löhne, Gas- und Stromzahlungen.

III. Fazit

Der Gesetzgeber hat mit dem COVInsAG in beachtlicher Geschwindigkeit eine interessengerechte und angemessene Lösung für die insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Probleme in Zeiten der COVID-19-Pandemie geschaffen. Dabei wurde nicht nur die Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO, sondern folgerichtig auch die gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote gelockert. Für die Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Satz 1 GmbHG bedeutet das COVInsAG eine grundlegende Veränderung. Diese ist vor dem Hintergrund der nicht abzusehenden Entwicklungen der COVID-19-Pandemie begrüßenswert. Den Geschäftsführern sollte dabei in der Krise ein möglichst weiter Spielraum gelassen werden, um die Weiterführung des Unternehmens zu ermöglichen. Letztlich sind es nämlich diese Unternehmen, die in der Lage sind, die Wirtschaft Deutschlands zu stabilisieren und zu gegebenem Zeitpunkt wieder anzukurbeln. Sollte es dennoch zu einem Missbrauch der Lockerungen durch das COVInsAG kommen, ist es an den Gerichten und den Insolvenzverwaltern dies zu verfolgen. Dies kann zum einen über die Insolvenzreife der Unternehmen erfolgen. Hier zeigt sich, dass die gänzliche Abschaffung des Eröffnungsgrundes Überschuldung nicht ratsam ist. Gerade das COVInsAG

45 *Bitter*, ZIP 2020, 685, 688; *Thole*, ZIP 2020, 650, 653.

46 *Bitter*, ZIP 2020, 685, 688.

47 *Thole*, ZIP 2020, 650, 655.

48 *Morgen/Schinkel*, ZIP 2020, 660, 661.

49 *Rämmermann* (Fn. 15), § 2 COVInsAG Rn. 12.

50 *Thole*, ZIP 2020, 650, 655; dazu allgemein jüngst: *Gehrlein*, ZRI 2020, 183, 188.

zeigt dies eindrücklich. Effektiver wird eine Missbrauchsbe- kämpfung über das Merkmal des ordnungsgemäßen Ge- schäftsgangs möglich sein. Hier ist es möglich für den Ein- zelfall gerechte Lösungen zu finden und gleichzeitig Missbräuchen effektiv zu begegnen. Grds. gilt, dass es nicht

sinnvoll ist, dauerhaft überschuldete Unternehmen am Markt agieren zu lassen. Das würde einen volkswirtschaftlichen Schaden bedeuten. Es besteht vielmehr die Chance die Krise zur Neuausrichtung einer zukunftsfähigen Volkswirtschaft zu nutzen.

ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport

Fachpresse – Kurzmeldungen*

Zuschuss des Bundes für Freiberufler, Selbständige und Kleinunternehmen

Ralf Jahn, *NWB 2020, 1342*

Jahn legt einleitend dar, dass die Bundesregierung mehrere milliardenschwere Hilfspakete auf den Weg gebracht hat, um zu verhindern, dass Freiberufler und Unternehmen in Schief- lage geraten. Für Freiberufler, Selbstständige und Kleinunter- nehmen mit bis zu zehn Mitarbeitern gibt es zur Linderung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise einen Sofortzu- schuss des Bundes von bis zu 15.000 € im Einzelfall. Der Autor geht auf das Antrags- und Auszahlungsverfahren ein und zeigt auf, dass die Soforthilfe als freiwillige Zahlung (Billigkeits- leistung) zu gewähren ist, wenn Unternehmen aufgrund von Liquiditätsengpässen infolge der Corona-Krise in ihrer Exis- tenz bedroht sind. Ein Rechtsanspruch auf Leistungsgewäh- rung besteht nicht. Jahn befasst sich mit dem Verhältnis des Bundeszuschusses zu den ergänzenden Länderhilfen. Er zeigt auf, dass die Soforthilfeprogramme der Länder grds. hinter das Bundesprogramm zurücktreten. Danach weist er darauf hin, dass eine Kombination mit sofortigen Hilfen (z.B. Darlehen) zum Ausgleich der unmittelbar infolge der Corona-Pandemie eingetretenen Liquiditätsengpässe grds. möglich ist. Bedin- gung ist allerdings, dass trotz der sonstigen Hilfen weiterhin (oder wieder) eine existenzgefährdende Wirtschaftslage für das Unternehmen und ein Liquiditätsengpass besteht.

Im Folgenden untersucht der Autor materielle Fragen zum An- tragsverfahren „Bundeszuschuss“. Zunächst befasst er sich mit den Anforderungen an die Antragsberechtigung und zeigt auf, dass Öffentliche Unternehmen von der Soforthilfe ausge- schlossen sind. Wesentlich für die Bezuschussung von Unter- nehmen im Rahmen der Soforthilfe ist der Umstand, dass ein Liquidationsengpass coronabedingt ist. Ausführungen zur Höhe der Soforthilfe schließen sich an. Sodann legt Jahn dar, dass eine Kumulierung des Bundeszuschusses mit anderen öffentlichen Hilfen (vgl. Entschädigung nach dem Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen [IISG], Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II) zulässig ist, soweit dadurch keine Überkompensation eintritt. Ausführungen zur Steuerpflicht von Sofortzuschüssen schließen sich an. Ferner geht der Autor auf formelle Fragen zum Antragsverfahren „Bundeszuschussprogramm“ ein. Dar- legungen zur Nachschau und zur etwaigen Rückforderung von Zuschüssen bilden den Abschluss des Beitrags. In Fällen einer Überkompensation, bei denen die bewilligten Zuschussmittel nachweislich den Liquiditätsbedarf des Antragstellers überstei-

gen, sind die überzahlten Zuschüsse zurückzuzahlen; die Rück- zahlung wird durch Bescheid festgesetzt.

Die Rechtsprechung zum Verbraucherinsolvenz- und Rest- schuldbefreiungsverfahren im Jahre 2019

Werner Sternal, *NZI 2020, 354*

Der Autor geht im ersten Abschnitt auf Rechtsprechung zum Schuldenbereinigungsplanverfahren ein. Er untersucht das außergerichtliche Schuldenbereinigungsverfahren und zeigt auf, dass das OLG Stuttgart eine erhöhte Geschäftsgebühr auch bei einer anwaltlichen Tätigkeit mit dem Ziel einer außer- gerichtlichen Einigung auf der Grundlage eines sog. Null- plans zubilligt (vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.2.2019 – 8 W 236/17; anders noch OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.2.2014 – 8 W 35/14). Sodann geht der Autor auf den Eröffnungsantrag ein. Er zeigt auf, dass nach Ansicht des AG Göttingen (Beschl. v. 17.7.2019 – 74 IK 173/19) auch bei einem Eigenantrag des Schuldners die Möglichkeit besteht, einen nicht rechtskräftigen Eröffnungsbeschluss noch nach Ablauf der Beschwerdefrist von Amts wegen aufzuheben, sofern der Schuldner rechtzeitig innerhalb der Beschwerdefrist ein Rechtsmittel eingelegt hat. Sternal befasst sich im Folgenden mit der Entscheidung des LG Hamburg v. 8.3.2019 – 330 T 14/19, wonach bei einem unter Betreuung stehenden Schuldner die gem. § 287 Abs. 2 InsO abzugebende Abtretungserklärung einer gerichtlichen Geneh- migung bedarf. Im nächsten Abschnitt geht der Autor auf Ent- scheidungen zur Stundung der Verfahrenskosten ein (vgl. LG Düsseldorf, Beschl. v. 28.11.2018 – 25 T 556/18; LG Karls- ruhe, Beschl. v. 8.3.2018 – 11 T 30/18). Sodann legt der Autor dar, dass eine Zustimmungsersetzung zu einem vorgelegten Schuldenbereinigungsplan gem. § 309 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO nicht möglich ist, wenn der von der Ersetzung betroffene Gläu- biger durch den Plan wirtschaftlich schlechter gestellt wird, als bei der Durchführung des Insolvenzverfahrens mit anschlie- ßender Wohlverhaltensperiode (vgl. AG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2019 – 513 IK 174/17).

Sternal untersucht im Folgenden das eröffnete Insolvenzverfah- ren. Er zeigt auf, dass mit der Eröffnung des Insolvenzverfah-

* Die Kurzbeiträge sind der Fachpresseauswertung des Verlages entnommen, in der online 107 Fachzeitschriften aus 37 Rechtsgebieten inhaltlich um- fänglicher ausgewertet werden.