



# Stationen der (richterlichen) Prüfung des Zahlungsverbots nach § 64 Satz 1 GmbHG

– unter Zugrundelegung der aktuellen Gesetzgebung zur COVID-19-Pandemie

Der Gesetzgeber hat im Rahmen seiner Gesetzgebung zur COVID-19-Pandemie am 27. März 2020 das sog. COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (**COVInsAG**) erlassen.<sup>1</sup>

Unter bestimmten Voraussetzungen schränken die §§ 1, 2 COVInsAG die Haftung von Geschäftsführern einer GmbH für die Ausreichung von Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft gemäß § 64 Satz 1 GmbHG ein. Die nachfolgende Darstellung gibt einen Überblick über die sich hieraus ergebenden, wichtigsten materiell-rechtlichen Modifikationen und ihre prozessualen Folgen.

## I. Haftung gemäß § 64 Satz 1 GmbHG

### Prüfungsschema im Überblick

1. Insolvenzreife der GmbH
2. Zahlung eines Geschäftsführers
3. Keine privilegierte Zahlung nach § 64 Satz 2 GmbHG
4. Verschulden
5. Rechtsfolge: Erstattungspflicht

<sup>1</sup> Dieses „Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz“ ist Bestandteil des Gesetzes „zur Abmilderung der Folgen der Corona-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ (dort: Artikel 1) (BGBl. 2020, Teil I Nr. 14, S. 569).

## II. Zu 1 und 2: Insolvenzreife der GmbH und Zahlung eines Geschäftsführers

Mit Blick auf die nach § 64 Satz 1 GmbHG vorausgesetzte Zahlung eines Geschäftsführers zum Zeitpunkt einer materiellen Insolvenz der Gesellschaft ergeben sich durch das COVInsAG keine Änderungen. Insbesondere beseitigt die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG das Vorliegen einer materiellen Insolvenzreife nicht.<sup>2</sup>

### Darlegungs- und Beweislast

- Der den Geschäftsführer aus § 64 Satz 1 GmbHG in Anspruch nehmende Anspruchsteller hat die materielle Insolvenzreife der GmbH zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Zahlung darzulegen und zu beweisen.<sup>3</sup>

## III. Zu 3: Keine privilegierte Zahlung nach § 64 Satz 2 GmbHG

Die §§ 1, 2 COVInsAG setzen innerhalb des Prüfungsschemas von § 64 Satz 1 GmbHG beim Tatbestand der privilegierten Zahlung gemäß § 64 Satz 2 GmbHG an.

### 1. Normalfall des § 64 Satz 2 GmbHG

Nach § 64 Satz 2 GmbHG besteht eine Haftung aus § 64 Satz 1 GmbHG nicht, sofern die trotz bestehender Insolvenzreife ausgeführte Zahlung „mit der Sorgfalt eines

ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar“ ist (*privilegierte Zahlung*).

### Darlegungs- und Beweislast

- Im Grundsatz trägt der Geschäftsführer die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die Voraussetzungen für eine privilegierte Zahlung nach § 64 Satz 2 GmbHG.<sup>4</sup>

### 2. Modifikation durch das COVInsAG

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG schafft mit Blick auf § 64 Satz 1 GmbHG eine Haftungserleichterung für GmbH-Geschäftsführer. Sie dürfen trotz materieller Insolvenz der Gesellschaft in weitergehendem Umfang Zahlungen vornehmen.

#### a. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

Voraussetzung für die Haftungserleichterung ist die Vornahme der Zahlung in einem Zeitraum, in dem die Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG ausgesetzt ist. Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ist somit zugleich für die Haftung gemäß § 64 Satz 1 GmbHG relevant.

Nach § 1 Satz 1 COVInsAG ist die Insolvenzantragspflicht grundsätzlich für den Zeitraum vom 1. März bis zum 30. September 2020 ausgesetzt (*Aussetzungszeitraum*).<sup>5</sup> Der Aussetzungszeitraum könnte zukünftig per Rechtsverordnung des Bundesministeriums der Justiz und für

<sup>2</sup> Thole, ZIP 2020, 650, 651.

<sup>3</sup> Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 64 Rn. 113. Anspruchsteller ist nach eröffnetem Insolvenzverfahren grundsätzlich der Insolvenzverwalter (a.a.O., § 64 Rn. 28).

<sup>4</sup> MüKo GmbHG/Müller, 3. Aufl. 2018, § 64 Rn. 153 a.E.

<sup>5</sup> Der Beginn des Aussetzungszeitraums vor Erlass des COVInsAG erklärt sich dadurch, dass der Gesetzgeber in Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes „zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ ein rückwirkendes Inkrafttreten des COVInsAG zum 1. März 2020 angeordnet hat.

Verbraucherschutz (BMJ) noch bis zum 31. März 2021 verlängert werden (§ 4 COVInsAG).

Auf Grundlage der Rückausnahme zu § 1 Satz 1 COVInsAG in § 1 Satz 2 COVInsAG besteht eine Insolvenzantragspflicht allerdings ausnahmsweise dann, wenn (i) die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der COVID-19-Pandemie beruht *oder* (ii) keine Aussichten auf die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bestehen (*Ausnahmetatbestände*).<sup>6</sup> Die Darlegungs- und Beweislast ist hinsichtlich dieser Umstände demjenigen zugewiesen, der eine Insolvenzantragspflicht bzw. eine Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Satz 1 GmbHG geltend macht (*Beweislastumkehr*).

§ 1 Satz 3 COVInsAG enthält eine auf die Rückausnahme bezogene Vermutungsregelung, die den Beweis eines Ausnahmetatbestandes erschwert. Sofern die Gesellschaft bis zum 31. Dezember 2019 zahlungsfähig war, wird (widerleglich) vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Folgen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten auf eine Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bestehen.<sup>7</sup> Hierdurch sollen Haftungsrisiken für die Geschäftsführer minimiert werden, die sich aus den Unsicherheiten und

Schwierigkeiten bei der Feststellung der Ausnahmetatbestände ergeben können.<sup>8</sup>

#### Darlegungs- und Beweislast

- Der aus § 64 Satz 1 GmbHG in Anspruch genommene Geschäftsführer trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Ausreichung der Zahlung im Aussetzungszeitraum.
- Der Anspruchsteller hat das ihn begünstigende Eingreifen eines Ausnahmetatbestandes, d.h. das Fortbestehen der Insolvenzantragspflicht trotz Vornahme der Zahlung im Aussetzungszeitraum, darzulegen und zu beweisen (§ 1 Satz 2 COVInsAG).
- Sofern der Geschäftsführer zu seinen Gunsten die Voraussetzungen der Vermutungsregelung, d.h. Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft bis zum 31. Dezember 2019, beweisen kann<sup>9</sup>, hat der Anspruchsteller bei der Beweisführung im Rahmen des § 1 Satz 2 COVInsAG zusätzlich die zugunsten des Geschäftsführers streitende Vermutungswirkung des § 1 Satz 3 COVInsAG zu überwinden<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Eine Mitursächlichkeit der COVID-19-Pandemie für die Insolvenzreife neben anderen Faktoren soll für die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht indes genügen, vgl. *Thole*, ZIP 2020, 650, 652.

<sup>7</sup> „Derzeit“ bestehende Unsicherheiten und Schwierigkeiten sollen prinzipiell „in keiner Weise“ zulasten der Geschäftsführer gehen, vgl. Begr. zum RegE, BT-Drs. 19/18110, S. 22.

<sup>8</sup> Umstritten ist, wann es im Aussetzungszeitraum an der „Aussicht“ fehlt, die Zahlungsfähigkeit wiedererlangen zu können. Nach teilweise vertretener Auffassung soll, sofern erwartete Finanzierungen bzw. Finanzierungshilfen nicht zustande kommen, sofort eine Insolvenzantragspflicht bestehen (*Bitter*, ZIP 2020, 685, 689 f.). Nach anderer Auffassung besteht eine Insolvenzantragspflicht erst, wenn darüber hinaus keine Aussicht besteht, die Zahlungsfähigkeit bis zum Ende des Aussetzungszeitraums, d.h. derzeit bis zum 30. September 2020, wiedererlangen zu können (*Thole*, ZIP 2020, 650, 653; *Römermann*, NJW 2020, 1108, 1109). Eine vermittelnde Auffassung gesteht in Anlehnung an § 3 COVInsAG einen Zeitraum von ca. drei Monaten für die Wiedererlangung der Zahlungsfähigkeit zu (*Gehrlein*, DB 2020, 713, 714).

<sup>9</sup> Zu dem von dem Geschäftsführer zu beweisenden Anknüpfungspunkt der Vermutungsregelung des § 1 Satz 3 COVInsAG auch: *Bitter*, ZIP 2020, 685, 688.

<sup>10</sup> An den Nachweis, dass bei der Gesellschaft trotz Zahlungsfähigkeit bis zum 31. Dezember 2019 gleichwohl nicht pandemiebedingt Insolvenzreife eingetreten ist oder bei ihr keine Aussichten auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bestanden (Beweis des Gegenteils gemäß § 292 ZPO), sind nach dem Willen des Gesetzgebers „höchste Anforderungen“ zu stellen, vgl. Begr. zum RegE, BT-Drs. 19/18110, S. 23.

b. Voraussetzungen einer privilegierten Zahlung im Übrigen

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG werden im Falle einer Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (lit a.) in einem weitergehenden Umfang Zahlungen zugelassen als dies allein nach § 64 Satz 2 GmbHG der Fall wäre.

Gemeinhin ist bei der Prüfung einer privilegierten Zahlung nach § 64 Satz 2 GmbHG ein strenger Maßstab anzulegen. Es steht den Geschäftsführern nicht frei, bei materieller Insolvenz der Gesellschaft Zahlungen zum Zweck der Unternehmensfortführung oder -sanierung auszureichen. Derartige Zahlungen sind nur ausnahmsweise gestattet, sofern sie notwendig sind, um der Gesellschaft eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung zu erhalten.<sup>11</sup> Über die Durchführung eines geeigneten Sanierungskonzepts soll grundsätzlich nur ein (zukünftiger) Insolvenzverwalter oder der eigenverwaltende Schuldner unter Aufsicht eines Sachwalters entscheiden.<sup>12</sup>

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG gelten indes, sofern die Insolvenzantragspflicht gemäß § 1 COVInsAG zum Zeitpunkt der Zahlung ausgesetzt war, weitergehend „Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen“ als gemäß § 64 Satz 2 GmbHG pflichtgemäß. Geschäftsführer dürfen hiernach, wie die gesetzlichen Regelbeispiele klarstellen, auch Zahlungen ausreichen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs oder der Umsetzung eines (selbst gewählten) Sanierungskonzepts dienen.<sup>13</sup> Die

Regelung stützt den Gesetzeszweck des COVInsAG. Unternehmen, die pandemiebedingt in eine vorübergehende Krise geraten, sollen nicht ohne Weiteres auf ein Insolvenzverfahren zusteuern müssen (z.B. da Staatshilfen nur langsam anlaufen).<sup>14</sup>

Darlegungs- und Beweislast

- Den Geschäftsführer trifft die Darlegungs- und Beweislast für die Anforderungen an eine privilegierte Zahlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG.

IV. Zu 4: Verschulden

Erwartungsgemäß wird das COVInsAG daneben Einfluss auf das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des Verschuldens nehmen. Nach herrschender Meinung setzt die Haftung aus § 64 Satz 1 GmbHG zumindest Fahrlässigkeit in Bezug auf sämtliche anspruchsbegründende Tatsachen voraus. Erforderlich ist hierfür eine Erkennbarkeit der Insolvenzreife für die Geschäftsführer.<sup>15</sup>

Parallel hierzu ist nach §§ 1, 2 COVInsAG die Erkennbarkeit einer (im Nachhinein festgestellten) Nichtaussetzung der Insolvenzantragspflicht trotz Zahlung im Aussetzungszeitraum erforderlich. Es müsste folglich bei Ausreichung der Zahlung erkennbar gewesen sein, dass die Insolvenzreife nicht auf der COVID-19-Pandemie beruht bzw. keine Aussicht auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bestand. Hierin liegt ein (weiteres) Entlastungspotenzial für GmbH-Geschäftsführer.

<sup>11</sup> BGH NZG 2015, 998, 1001 Rn. 24; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 64 Rn. 91.

<sup>12</sup> Bitter, ZIP 2020, 685, 690.

<sup>13</sup> Eine Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG soll daneben denkbar sein (Römermann, NJW 2020, 1108, 1110; Thole, ZIP 2020, 650, 655). Anerkannt wird dabei jedoch bei bestehender Insolvenzreife ein weitgehender Gleichlauf des Pflichtenmaßstabes (Bitter, ZIP 2020, 685, 691; Thole, ZIP 2020, 650, 655).

<sup>14</sup> Vgl. Nerlich/Römermann/Römermann, InsO, 40. EL., März 2020, COVInsAG, § 2 Rn. 1.

<sup>15</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 64 Rn. 104.

## Kontakt

---



**Dr. Christian Meyer**

Rechtsanwalt, Partner

T +49 211 60035-172

E [christian.meyer@orthkluth.com](mailto:christian.meyer@orthkluth.com)



**Constanze Schmall**

Rechtsanwältin

T +49 211 60035-142

E [constanze.schmall@orthkluth.com](mailto:constanze.schmall@orthkluth.com)