

*RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein*

## **Insolvenzantragspflicht und Organhaftung in Zeiten von Corona**

16. Mannheimer Insolvenzrechtstag  
Online-Veranstaltung am 23. Juni 2020

### **Gliederung**

- A. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht  
(§ 1 COVInsAG)
- B. Zulässigkeit von Zahlungen aus Vermögen der Gesellschaft nach  
Insolvenzreife (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG)

## I. Rechtliche Grundlagen

### 1. Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleiter (§ 15a InsO)

Eintritt der Insolvenzreife infolge Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO)

- a) Zahlungsunfähigkeit feststellbar mit Hilfe einer Liquiditätsbilanz oder aus einer Zahlungseinstellung (§ 17 Abs. 2 InsO)
- b) Überschuldung: Vermögen deckt die Verbindlichkeiten nicht und es fehlt an einer positiven Fortführungsprognose: Positive Prognose bei Zahlungsfähigkeit im laufenden und kommenden Geschäftsjahr; im Falle negativer Prognose keine akute Zahlungsunfähigkeit

### 2. Antragspflicht gilt ab Eintritt der Insolvenzreife

- maßgeblich ist objektiver Eintritt der Insolvenzreife, nicht Erkennbarkeit eines Insolvenzgrundes
  - BGH Urteil vom 29. 11. 1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184, 185
  - BGH Urteil vom 5. 2. 2007 – II ZR 234/05, BGHZ 171, 46, Rn. 8
- Antragspflicht ist unverzüglich, spätestens binnen drei Wochen zu genügen
- keine Fristverlängerung selbst unter außergewöhnlichen Umständen wie der Corona-Krise
- Antragspflicht soll hinausgeschoben werden, damit staatliche Unterstützungen vor Antragspflicht greifen können

## Wortlaut des § 1 COVInsAG – Aussetzung der Antragspflicht

<sup>1</sup>Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a der Insolvenzordnung und nach § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist bis zum 30. September 2020 ausgesetzt. <sup>2</sup>Dies gilt 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 Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. <sup>3</sup>War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig, wird vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. <sup>4</sup>Ist der Schuldner eine natürliche Person, so ist § 290 Absatz 1 Nummer 4 der Insolvenzordnung mit der Maßgabe anzuwenden, dass auf die Verzögerung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Zeitraum zwischen dem 1. März 2020 und dem 30. September 2020 keine Versagung der Restschuldbefreiung gestützt werden kann. <sup>5</sup>Die Sätze 2 und 3 gelten entsprechend.

## II. Voraussetzungen der Aussetzung der Antragspflicht aus § 15a InsO gemäß § 1 COVInsAG

- Regelung ist einer zur Zeiten der Hochwasserkatastrophe erlassenen Vorschrift nachgebildet

### 1. Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

a) Antragspflicht des § 15a InsO wird bis 30.9.2020 ausgesetzt

b) Aussetzungshindernisse gemäß § 1 Satz 2 COVInsAG

- Zahlungsunfähigkeit beruht nicht auf der Corona-Pandemie

= Unternehmen war wegen sonstiger Umstände insolvenzreif

- Aussetzung greift, wenn Coronakrise neben sonstigen Umständen Insolvenz verursacht hat (Restaurant/Brauerei); keine hypothetische Betrachtung

- Keine Aussichten für Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit  
= es müssen konkrete Aussichten bestehen, die zeitlich fixierbar sind:
  - (1) Begriff der Aussichten erfordert konkrete Tatsachen: öffentliche Unterstützung, Aufhebung betriebsbehindernder Anordnungen, erfolgsversprechende Produktionsumstellung
  - (2) Behebung der Zahlungsunfähigkeit in Anlehnung an § 3 CoVInsAG binnen drei Monaten oder vielleicht sogar bis 30.9.2020
  - (3) Aussichten müssen sich bei längerem Zeitraum auf Gewissheit der Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit verdichten

### c) Beweislast

#### aa) Gesetz setzt Antragspflicht gemäß § 1 Satz 1 COVInsAG aus

Durch § 1 Satz 2 COVInsAG wird Ausnahmetatbestand begründet. Die Ausnahme muss beweisen, wer Aussetzung der Antragspflicht bestreitet

- Gläubiger von Ansprüchen aus Insolvenzverschleppungshaftung (§ 823 Abs. 2 BGB, § 15a InsO)
- Insolvenzverwalter bei Ansprüchen aus § 64 GmbHG

Beweislast umfasst bestehenden Insolvenzgrund, fehlendes Beruhen auf Corona-Krise und keine Aussicht auf Wiedergewinnung der Zahlungsfähigkeit

Beweislast gilt auch, wenn die Beweiserleichterung des § 1 Satz 3 COVInsAG nicht durchgreift: Bei fehlender Zahlungsfähigkeit zum 31.12.2019 ist der Gegenbeweis aber ohne weiteres zu führen

bb) Weitere Entlastung der Geschäftsleiter durch gesetzliche Vermutung des § 1 Satz 3 COVInsAG: Unsicherheiten der Ursächlichkeit und Prognostizierbarkeit nicht zu Lasten der Geschäftsleiter

Vermutungstatbestand und Rechtsfolge: Bei bestehender Zahlungsfähigkeit zum 31.12.2019 wird vermutet, dass Insolvenzreife auf Corona-Krise beruht und Aussichten für Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bestehen

Vermutungstatbestand ist vom Geschäftsleiter zu beweisen

Gelingt dies, sind höchste Anforderungen an Widerlegung nach § 1 Satz 2 COVInsAG zu stellen

### 2. Insolvenzgrund der Überschuldung (§ 19 InsO)

Die Aussetzung der Antragspflicht nach § 1 Satz 1 COVInsAG gilt auch für den Eröffnungsgrund der Überschuldung

#### a) Aussetzungshindernis

Ein Aussetzungshindernis ist nur gegeben, wenn die Überschuldung nicht auf der Pandemie beruht: Bei Überschuldung fehlt es an Zahlungsunfähigkeit, die folglich nicht beseitigt werden muss

Aussetzung auch bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Unternehmens, die erst nach Pandemie in Überschuldung umschlagen

Infolge Pandemie überschuldetes Unternehmen darf bis 30.9.2020 fortbetrieben werden

### b) Gesetzliche Vermutung

Vermutung des § 1 Satz 3 COVInsAG ist auf Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit zugeschnitten

Anwendbarkeit der Vermutung erscheint fraglich, wenn Unternehmen am 31.12.2019 mangels positiver Fortbestehensprognose überschuldet, aber auf drei Wochen bezogen zahlungsfähig war

Aus vorhandener Zahlungsfähigkeit kann schwerlich geschlossen werden, dass am 31.12.2019 gegebene Überschuldung nicht auf Pandemie beruht

Aussetzung findet nach § 1 Satz 1 COVInsAG nur statt, wenn Beweis misslingt, dass Überschuldung nicht auf Pandemie beruht (§ 1 Satz 2 COVInsAG)

### 3. Zeitliche Anforderungen

Rückwirkende Anwendbarkeit des § 1 Satz 1 COVInsAG ab 1.3.2020: Ab diesem Zeitpunkt insolvenzreifem Unternehmen kommt Aussetzung zugute

Fraglich, ob Bestimmung auch für Unternehmen gilt, bei denen längst Insolvenzreife eingetreten war und die sich in der Verschleppung befinden

Ein am 7.2.2020 insolvenzreifes Unternehmen hätte bis spätestens 28.2.2020 und damit vor Inkrafttreten des § 1 Satz 1 COVInsAG Antrag stellen müssen

Auf 31.12.2019 bezogene gesetzliche Vermutung des § 1 Satz 3 COVInsAG zeigt, dass auch bei Verschleppung Aussetzung gilt

Rücknahme eines vor dem 1.3.2020 gestellten Antrags möglich, wenn Aussetzung Unternehmen zugute kommt

### 4. Gläubigerantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Gläubiger können gegen Unternehmen gemäß § 14 InsO Insolvenzantrag stellen

Gläubigerantrag könnte Aussetzung durch § 1 Satz 1 COVInsAG unterlaufen

Darum schafft § 3 COVInsAG eine Einschränkung: Antrag zwischen 28.3.2020 und 28.6.2020 nur begründet, wenn schon am 1.3.2020 Insolvenzreife vorlag

Insolvenzgrund muss gemäß § 27 InsO im Eröffnungszeitpunkt gegeben sein; § 3 COVInsAG verlangt weitergehend, dass er auch am 1.3.2020 bestand

Für bis zum 27.3.2020 gestellte Anträge gilt allein § 27 InsO

Missbräuchlicher Antrag kann unbeachtlich sein: Zweck des Antrags liegt allein in Entfernung eines Mitbewerbers

### 5. Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleiter

a) Haftungsvoraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB, § 15a InsO

Versäumung eines Insolvenzantrags trotz Insolvenzreife

Vertragsschluss insbesondere mit Neugläubiger

Rechtsfolge: Ersatz des Vertrauensschadens

b) Beweislast

Grundsätzlich ist der Gläubiger für die Voraussetzungen der Insolvenzverschleppungshaftung beweisbelastet

Wird die Insolvenzreife und damit die Antragspflicht für einen früheren Zeitpunkt bewiesen, gilt der Beweis auch für zeitnah danach erfolgte Aufträge als erbracht (9 Monate bis ein Jahr)

### c) Folgerungen für Corona-Pandemie

Haftung bei Unanwendbarkeit des § 1 COVInsAG und fehlenden Aussetzungsvoraussetzungen pandemiebedingter Insolvenzreife

Keine Haftung bei begründeter Aussetzung für danach eingegangene Verbindlichkeiten

Problem einer Haftung für nach Insolvenzreife begründete Verbindlichkeiten und späterer Aussetzung der Antragspflicht:  
Rückwirkende Aussetzung lässt auch Haftung entfallen

Zudem Problem des Verschuldenserfordernisses angesichts der unklaren Rechtslage

### Wortlaut des § 2 COVInsAG – Folgen der Aussetzung

(1) Soweit nach § 1 die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ausgesetzt ist,  
1. 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 im Sinne des § 64 Satz 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, des § 92 Absatz 2 Satz 2 des Aktiengesetzes, des § 130a Absatz 1 Satz 2, auch in Verbindung mit § 177a Satz 1, des Handelsgesetzbuchs und des § 99 Satz 2 des Genossenschaftsgesetzes vereinbar;



**I. Gesetzliche Grundlagen der Haftung aus § 64 GmbHG**

1. Insolvenzzreife der Gesellschaft: keine Drei-Wochen-Frist
2. Veranlassung von Zahlungen durch Geschäftsleiter zu Lasten der Gesellschaft nach Insolvenzzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
3. Verschulden des Geschäftsleiters
  - Erkennbarkeit der Insolvenzzreife
  - Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht gewahrt (§ 64 Satz 2 GmbHG)
4. Rechtsfolge: Ersatzpflicht der Geschäftsleiter für nach Eintritt der materiellen Insolvenz bewirkte Zahlungen

**II. Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 64 Satz 2 GmbHG) bei Zahlungen nach Aussetzung der Antragspflicht gewahrt****1. Grundsatz**

§ 64 GmbHG greift nach Insolvenzzreife ein

Dies gilt unabhängig von Aussetzung der Antragspflicht

### 2. Privilegierung der Geschäftsleiter (§ 64 Satz 2 GmbHG)

Fortführung des Unternehmens soll nach Aussetzung der Antragspflicht ermöglicht werden

Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang entsprechen Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 64 Satz 2 GmbHG)

Zahlungen zur Aufrechterhaltung, aber auch zur Neuausrichtung des Geschäftsbetriebs sind privilegiert (Hotel vermietet an Studenten, statt Leibwäsche werden Atemschutzmasken produziert)

Beweislast des Geschäftsführers

### 3. Binnenhaftung nach § 43 GmbHG

Problem der Binnenhaftung für strategische Entscheidungen einer Betriebsumstellung

*Business Judgement Rule* begründet Haftungsfreistellung für vertretbare Maßnahmen

Pflichtenmaßstab ist flexibel an dem *übereinstimmenden* Interesse der Gesellschafter und Gläubiger am Unternehmenserhalt auszurichten; eine Weisung der Gesellschafter wirkt nicht mehr entlastend (vgl. *Bitter*, ZIP 2020, 685, 691: *shift of duties*)

Gleichlauf von § 43 und § 64 Satz 2 GmbHG

© 2020

Prof. Dr. Markus Gehrlein

Honorarprofessor an der Universität Mannheim



Zentrum für Insolvenz und Sanierung  
an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)  
[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)