

D. Mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbare und unvereinbare Zahlungen: Abs 1 S 2, Abs 2 und 3

I. Grundsatz (Abs 1 S 2)

Das Zahlungsverbot aus Abs 1 S 1 (ggf iVm Abs 6) gilt gem **Abs 1 S 2** nicht für Zahlungen, die ungeachtet des InsEintritts mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Die Zahlung etc ist dann nicht pflichtwidrig.¹³⁷ Der BGH nimmt (in seiner Rspr zu § 64 S 2 GmbHG aF) freilich an, dass dann das Verschulden entfällt.¹³⁸ Darlegungs- und Beweislast für die Vereinbarkeit mit der nämlichen Sorgfalt treffen den Geschäftsleiter.¹³⁹ Abs 1 S 2 entspricht der Sache nach den „Ausnahmeregelungen“¹⁴⁰ des früheren Rechts in § 64 S 2 GmbHG aF, § 92 Abs 2 S 2 AktG, §§ 130a Abs 1 S 2, 177a HGB, § 99 S 2 GenG, wo sich freilich teils abweichende Formulierungen fanden. So hatte § 64 S 2 GmbHG aF für Zahlungen (oder sonstige Masseschmälerungen) nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung auf die Vereinbarkeit mit der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns“ abgestellt. Anders als die Vorgängerbestimmungen enthält § 15b in seinem **Abs 2 und Abs 3** nunmehr konkretisierende Bestimmungen zur Vereinbarkeit bzw Unvereinbarkeit der Zahlungen (nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (dazu Rn 52 ff).

Auch nach früherem Recht (also auf Basis des § 64 S 2 GmbHG aF und seiner Schwesterbestimmungen) war freilich früh anerkannt, dass der Geschäftsleiter auch nach Eintritt der materiellen Ins zur Aufrechterhaltung des Betriebes gehalten sein kann, um **Sanierungsversuche** und Chancen für eine **Veräußerung** nicht zu schmälern, was die Aufrechterhaltung des Zahlungs-, Kredit- und Leistungsverkehrs voraussetzt.¹⁴¹ Nach Eintritt der Ins hat der Geschäftsleiter richtigerweise je nach Lage des Unternehmens eher statisch massebewahrend in Richtung auf die alsbaldige Ins oder (bei begründeter Sanierungsaussicht) eher beweglich mit dem Ziel der Unternehmenssanierung bzw -veräußerung zu handeln. Maßstab dieser Verhaltenspflicht muss der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter in der *Unternehmenskrise* sein; hatte sich der Geschäftsleiter zuvor am Verbandszweck auszurichten, so haben jetzt die Interessen der Gl am Erhalt des Gesellschaftsvermögens (und das öffentliche Interesse am Bestand überlebensfähiger Betriebe¹⁴²) Vorrang.¹⁴³

Vor diesem Hintergrund hatte die Rspr schon bislang Zahlungen etc als privilegiert angesehen, durch welche größere Nachteile für die Masse abgewendet werden (sog Notgeschäftsführung),¹⁴⁴ insbesondere weil andernfalls eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung im InsVerf zunichte gemacht würde,¹⁴⁵ oder die Zahlungen etwa auch vom – pflichtgemäß handelnden – (vorläufigen) InsVerw geleistet würden.¹⁴⁶ Bezogen auf die Anerkennung eines sog Sanierungsprivilegs formulierte der BGH zuletzt allerdings recht streng: „Allenfalls“ soweit „ausnahmsweise“ eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung im InsVerf zunichte gemacht werden würde, könnten Zahlungen zur Vermeidung noch größerer Nachteile mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sein.¹⁴⁷

137 Gleichsinnig *N/S/H/Haas* § 64 Rn 112 f; *Lieder/Wagner ZGR* 2021, 495, 523 f. Für § 64 S 2 GmbHG aF auch *Habersack/Foerster ZHR* 178 (2014) 387, 397 f.

138 S etwa *BGH* 23.6.2015 – II ZR 366/13, ZIP 2015, 1480 Rn 24 mwN.

139 *K/P/B/Bork/Kebekus* Rn 36 und 90 (Stand: März 2021); *Lieder/Wagner ZGR* 2021, 495, 523; s für § 64 S 2 GmbHG aF auch schon *BGH* 8.1.2001 – II ZR 88/99, ZIP 2001, 235, 238; *BGH* 5.2.2007 – II ZR 51/06, *GmbHR* 2007, 936, 937.

140 So die Formulierung in Begründung RegE SanInsFoG, BT-Drucks 19/24181, 194.

141 So inzident *BGHZ* 75, 96, 108; s auch *BGH* 23.6.2015 – II ZR 366/13, ZIP 2015, 1480 Rn 24.

142 Vgl *L/H/Kleindiek* 20. Aufl, § 64 Rn 33; insoweit krit zuletzt *B/H/Haas* 22. Aufl, § 64 Rn 92.

143 *BGH* 8.1.2001 – II ZR 88/99, *BGHZ* 146, 264, 275 = *GmbHR* 2001, 190.

144 *BGH* 8.1.2001 – II ZR 88/99, *BGHZ* 146, 264, 275 = *GmbHR* 2001, 190; *BGH* 5.11.2007 – II ZR 262/06, ZIP 2008, 72 Rn 6 (Zahlungen auf die Wasser-, Strom- und Heizrechnungen).

145 *BGH* 23.6.2015 – II ZR 366/13, *GmbHR* 2015, 925 Rn 24; *BGH* 4.7.2017 – II ZR 319/15, *GmbHR* 2017, 969 Rn 21; *BGH* 24.9.2019 – II ZR 248/17, *GmbHR* 2020, 772 Rn 19; *KG* 28.4.2022 – 2 U 39/18, *GmbHR* 2022, 794, 800; *OLG München* 22.6.2017 – 23 U 3769/16, *GmbHR* 2017, 1094, 1097 f; *OLG München* 18.1.2018 – 23 U 2702/17, *GmbHR* 2018, 368, 370; ähnlich *OLG Brandenburg* 12.1.2016 – 6 U 123/13, *GmbHR* 2016, 810, 812: Die zum Erhalt der Sanierungschancen unter Beachtung der Pflicht zum Masseerhalt erforderlichen Zahlungen.

146 *BGH* 8.1.2001 – II ZR 88/99, *BGHZ* 146, 264, 275 f = *GmbHR* 2001, 190; *OLG Celle* 23.12.2003 – 9 U 176/03, *GmbHR* 2004, 568, 570; *OLG Hamburg*, 25.6.2010 – 11 U 133/06, *GmbHR* 2011, 371, 374; *OLG Koblenz* 23.12.2014 – 3 U 1544/13, *GmbHR* 2015, 357, 363; *OLG München* 6.11.2013 – 7 U 571/13, *GmbHR* 2014, 139, 141 f; *Knittel/Schwall NZI* 2013, 782, 783 ff.

147 *BGH* 21.5.2019 – II ZR 337/17, ZIP 2019, 1719 Rn 18.

- 49 Im Rahmen sorgfaltskonformer Zahlungen war der Geschäftsführer schon nach bisherigem Recht nicht zur Gleichbehandlung der Gl verpflichtet.¹⁴⁸ Das wäre mit der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes gar nicht zu verwirklichen. Umstritten war iÜ, ob eine Privilegierung nach Ablauf der (seinerzeit maximal dreiwöchigen) Antragsfrist aus § 15a Abs 1 aF gänzlich ausgeschlossen¹⁴⁹ oder auch dann noch denkbar, jedoch – solange der InsAntrag nicht gestellt ist – an strenge Voraussetzungen zu binden war.¹⁵⁰
- 50 Lag Überschuldung vor und hatte der Geschäftsführer noch Zahlungen etc geleistet, so konnte er sich auf die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns“ iSd § 64 S 2 GmbHG aF jedenfalls nur dann berufen, wenn er sich überhaupt ausreichend um die finanzielle Situation der Gesellschaft gekümmert und nicht einfach alles hatte treiben lassen.¹⁵¹ Vor Beauftragung eines Dritten mit kostspieligen Sanierungsmaßnahmen muss sich ein Geschäftsleiter über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft Klarheit verschaffen.¹⁵²
- 51 **Abs 2 und Abs 3** treffen nunmehr konkretisierende Bestimmungen dazu, wann Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar bzw regelmäßig nicht vereinbar anzusehen sind. Nach der Begründung zum RegE SanInsFoG sollen damit gewisse Abweichungen von der (restriktiveren) Rspr des BGH zu den bisherigen Zahlungsverbotsregelungen intendiert sein.¹⁵³ Im Einzelnen:

II. Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang (Abs 2 S 1)

- 52 Als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar gelten nach **Abs 2 S 1** Zahlungen, die **im ordnungsgemäßen Geschäftsgang** erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der **Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs** dienen. Der – unbestimmte – Maßstab des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs ist an die Regelung in § 2 Abs 1 Nr 1 COVInsAG (jetzt SanInsKG, vgl Rn 5) angelehnt. Im Anwendungsbereich jener Vorschrift zählen zu den Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang auch solche, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen (s Rn 5).
- 53 Unter der Geltung von § 15b Abs 2 S 1 sind im Ausgangspunkt zumindest alle Zahlungen privilegiert, die für die Betriebsfortführung objektiv erforderlich sind.¹⁵⁴ Die Formulierung des Gesetzes geht freilich tendenziell noch weiter, denn Abs 2 S 1 stellt darauf ab, ob die Zahlungen „der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen“.¹⁵⁵ Das ist ein deutlich großzügigerer Maßstab als es der – in der Rspr zuletzt recht eng eingegrenzten – Notgeschäftsführung nach altem Recht entsprach (dazu oben Rn 48). Im Rahmen jenes ordnungsgemäßen Geschäftsgangs ist der Geschäftsleiter – wie auch schon nach § 64 S 2 GmbHG aF (oben Rn 49) – nicht zur Gleichbehandlung der Gl verpflichtet.¹⁵⁶
- 54 An jenem Maßstab sind auch **Zahlungen auf Dienstleistungen** zu messen. Zahlungen von Arbeitslöhnen dürften sich regelmäßig im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs iSv Abs 2 S 1 halten, da sie der Mitarbeiterbindung und der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen.¹⁵⁷ Von der Privilegierung nach Abs 2 S 1 strikt zu unterscheiden ist iÜ die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die (an sich masseschmälernde) Zahlungen auf Dienstleistungen schon durch in die Masse gelangte Gegenleistungen kompensiert werden; dazu oben Rn 32.

148 L/H/Kleindiek 20. Aufl, § 64 Rn 34 mwN.

149 So etwa Geißler ZInsO 2013, 167; Hk-GmbHG/Kolmann § 64 Rn 46: Privilegierung nur vor Ablauf des Drei-Wochen-Zeitraums.

150 Vgl etwa OLG Hamburg 25.6.2010 – 11 U 133/06, GmbHR 2011, 371, 374 sowie die Nachw bei L/H/Kleindiek 20. Aufl, § 64 Rn 34.

151 OLG Celle 7.5.2008 – 9 U 191/07, GmbHR 2008, 1034, 1035; OLG Düsseldorf 30.7.1992 – 6 U 251/91, GmbHR 1993, 159.

152 BGH 5.2.2007 – II ZR 51/06, GmbHR 2007, 936.

153 Begründung RegE SanInsFoG, BT-Drucks 19/24181, 194.

154 Im Grundsatz in diesem Sinne K/P/B/Bork/Kebeke Rn 42f (Stand: März 2021); H.-F. Müller GmbHR 2021, 737, 739; Thole BB 2021, 1347, 1352f.

155 Jakobs/Kruth DSr 2021, 2534, 2537f stellen denn auch auf die Dienlichkeit für die Betriebsfortführung ab. Eine angemessene Rücksichtnahme sowohl auf das „Gesamtgläubiger- als auch Gesellschaftsinteresse“ sieht N/S/H/Haas § 64 Rn 117 als entscheidend an. An die vermutete Zustimmung eines „objektiv denkenden Gläubigers“ anknüpfend Bitter ZIP 22021, 321, 326; Bitter GmbHR 2021, 57, 59.

156 N/S/H/Haas § 64 Rn 117; Jakobs/Kruth DSr 2021, 2534, 2537.

157 Im Wesentlichen übereinstimmend etwa Bitter GmbHR 2022, 57, 60 und 69; Gehrlein DB 2020, 2393, 2393f; N/S/H/Haas § 64 Rn 116; Jakobs/Kruth DSr 2021, 2534, 2537f; Thole BB 2021, 1347, 1353; krit (auch unter Hinweis auf das Insolvenzausfallgeld) Baumert NZG 2021, 443, 446f.

Allerdings wird die Privilegierung nach Abs 2 S 1 durch die weiteren Bestimmungen des Gesetzes modifiziert: Sie steht zum einen unter dem ausdrücklichen Vorbehalt des **Abs 3**, der Zahlungen nach verstrichener Antragsfrist aus § 15a Abs 1 S 1 und 2 betrifft, die als „in der Regel“ sorgfaltswidrig qualifiziert werden (dazu Rn 64 ff). Zum anderen gelten die Vorgaben nach **Abs 2 S 2** für Zahlungen innerhalb des Zeitraums für die rechtzeitige Stellung des InsAntrags (dazu Rn 56 f) sowie nach **Abs 2 S 3** für Zahlungen im Zeitraum zwischen der Stellung des Antrags und der Eröffnung des InsVerf (dazu Rn 58 ff). Zur speziellen Bestimmung des § 89 Abs 3 StaRUG für die Rechtshängigkeit einer Restrukturierungssache s Rn 66 f.

III. Zahlungen innerhalb des Zeitraums für die rechtzeitige Stellung des Insolvenzantrags (Abs 2 S 2)

Gem **Abs 2 S 2** sind die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgenden Zahlungen iSv Abs 2 S 1 (oben Rn 52 ff) während der Laufzeit des für eine rechtzeitige Antragstellung maßgeblichen (maximal) drei- bzw sechswöchigen Zeitraums nach § 15a Abs 1 S 1 und 2 (dazu § 15a Rn 12, dort auch zur temporären Verlängerung der Sechswochenfrist auf acht Wochen nach Maßgabe von § 4a SanInsKG) nur privilegiert, solange die Antragspflichtigen Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der InsReife oder zur Vorbereitung eines InsAntrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreiben. Das Betreiben solcher Maßnahmen haben die Normadressaten darzulegen und ggf zu beweisen.¹⁵⁸ Sind derartige Maßnahmen nicht darzulegen, dürfte eine gleichwohl vorgenommene Zahlung nur unter strengen Voraussetzungen als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar (iSv Abs 1 S 2) anzusehen sein. Abs 2 S 2 kommt freilich nur bis zum Ablauf des Karenzzeitraums zur Anwendung. Ist der für eine rechtzeitige Antragstellung maßgebliche Zeitpunkt verstrichen, ohne dass der Antragspflichtige einen InsAntrag gestellt hat, greift vielmehr Abs 3 (su Rn 64 ff). Ab Stellung des Antrags (und bis zur Verfahrenseröffnung) ist iÜ Abs 2 S 3 einschlägig (Rn 58 ff).

Zu den Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der InsReife (zu denen nicht notwendig auch die nämliche Zahlung gehören muss¹⁵⁹) zählen solche, die aus ex ante-Sicht (insgesamt) geeignet sind, die bestehende InsReife dauerhaft zu beheben (Sanierung),¹⁶⁰ so dass in absehbarer Zeit auch nicht mit erneutem Eintritt der materiellen Ins zu rechnen ist.¹⁶¹ Maßnahmen zur Vorbereitung eines InsAntrags können auch auf die Einleitung eines Plan- oder Eigenverwaltungsverfahrens zielen.¹⁶² Hier wie dort sind von der Privilegierung ggf auch Zahlungen an Berater umfasst,¹⁶³ soweit es um die Vorbereitung eines InsAntrags geht, aber keineswegs nur solche Zahlungen an Berater.¹⁶⁴

IV. Zahlungen im Zeitraum zwischen der Stellung des Antrags und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Abs 2 S 3)

Gem **Abs 2 S 3** gelten Zahlungen, die im Zeitraum zwischen der Stellung des InsAntrags und der Eröffnung des InsVerf geleistet werden, auch dann als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar, wenn diese mit Zustimmung eines vorläufigen InsVerw vorgenommen wurden.

Damit ist zunächst klargestellt, dass die Regelungen des § 15b zu den Zahlungsverboten „auch nach Stellung eines InsAntrags fortgelten“,¹⁶⁵ also auch im **(Regel-)InsEröffnungsVerf** Anwendung finden. Solange der Gesellschaft die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach Antragstellung uneingeschränkt verbleibt, sind allein solche Zahlungen privilegiert, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind (Abs 1 S 2). Im eröffneten InsVerf ist § 15b indes – ebensowenig wie § 64 GmbHG aF¹⁶⁶ – nicht länger anwendbar;¹⁶⁷ nach Verfahrenseröffnung greifen die gläubigerschützenden Verfahrensregeln der InsO. Zum vorläufigen oder eröffneten **Eigenverwaltungsverfahren** s Rn 63.

Hat das InsGer einen vorläufigen InsVerw bestellt und der Gesellschaft ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt (§ 21 Abs 2 S 1 Nr 2 Fall 1), geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den („starken“) vorläufigen InsVerw über (§ 22 Abs 1 S 1); die von diesem veranlassten Zahlungen etc sind dem Geschäftsleiter nicht zurechenbar.¹⁶⁸

158 N/S/H/Haas § 64 Rn 119; Thole BB 2021, 1347, 1353.

159 K/P/B/Bork/Kebekus Rn 50 (Stand: März 2021); Brinkmans ZInsO 2021, 1, 16; aA wohl Poertzgen ZInsO 2020, 2509, 2517; Baumert ZRI 2021, 962, 965.

160 N/S/H/Haas § 64 Rn 119.

161 Brinkmans ZInsO 2021, 1, 16; Poertzgen ZInsO 2020, 2509, 2517.

162 H.-F. Müller GmbHR 2021, 737, 739.

163 Jakobs/Kruth DSStR 2021, 2534, 2538.

164 So aber offenbar Gehrlein DB 2020, 2393, 2394 f.

165 Begründung RegE SanInsFoG, BT-Drucks 19/24181, 195

166 Dazu L/H/Kleindiek 20. Aufl., § 64 Rn 10 mwN.

167 K/P/B/Bork/Kebekus Rn 32 (Stand: März 2021); N/S/H/Haas § 64 Rn 109 und 111; A. Schmidt ZRI 2021, 389, 391.

168 Begründung RegE SanInsFoG, BT-Drucks 19/24181, 195.

- 61 Wo die Verfügungen der InsSchu aber lediglich dem (Wirksamkeits-)Erfordernis der Zustimmung des („schwachen“) vorläufigen InsVerw unterworfen sind (§ 21 Abs 2 S 1 Nr 2 Fall 2), gilt schon eine mit Zustimmung des Verw vorgenommene Zahlung nach Abs 2 S 3 per se¹⁶⁹ als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar und mithin als privilegiert. In der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es dazu:¹⁷⁰ Bei einem „schwachen“ vorläufigen Verw, der seine Zustimmung zur Zahlung erkläre, bleibe für die Anwendung der Regelungen zu den Zahlungsverboten mit Blick auf die Verantwortlichkeit des vorläufigen Verw kein Raum. Dieser habe bei seiner Zustimmungsentscheidung eigenständig das Interesse der Gl an einer bestmöglichen Massesicherung zu wahren. Bei der Verletzung seiner dahingehenden Pflichten hafte der vorläufige Verw. – Vor diesem Hintergrund wird die Privilegierung nach Abs 2 S 3 auch im Fall verspäteter Antragstellung durch den Geschäftsleiter (oder wenn nach Ablauf der Antragsfrist ein GIAntrag gestellt worden ist) zu gelten haben.¹⁷¹
- 62 Nimmt der Geschäftsleiter Zahlungen ohne erklärte Zustimmung eines vorläufigen Verw vor, sind diese nur privilegiert, wenn der Nachweis ihrer Vereinbarkeit mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters iSv Abs 1 S 2 iVm Abs 2 S 1 gelingt.¹⁷²
- 63 § 15b trifft keine spezifische Bestimmung für das (**vorläufige oder eröffnete**) **Eigenverwaltungsverfahren**. Gem § 276a Abs 3 idFd SansInsFoG findet im Zeitraum zwischen der Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung oder der Anordnung vorläufiger Maßnahmen nach § 270c Abs 3 und der Verfahrenseröffnung aber § 276a Abs 2 entsprechende Anwendung. Nach § 276a Abs 2, der das eröffnete Eigenverwaltungsverfahren betrifft, haften auch die Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person (sowie die zur Vertretung ermächtigten Gesellschafter bzw die organschaftlichen Vertreter einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit) nach Maßgabe der §§ 60–62, also nach den Regeln der InsVerwHaftung. Im Regelungskonzept des SanInsFoG besteht ein die Vorschrift des § 15b verdrängender Vorrang der Geschäftsleiterhaftung aus § 276a Abs 2/3 iVm §§ 60, 61.¹⁷³

V. Zahlungen nach verstrichener Antragsfrist (Abs 3)

- 64 Ist der nach § 15a Abs 1 S 1 und 2 für eine rechtzeitige Antragstellung maßgebliche Zeitpunkt verstrichen und hat der Antragspflichtige keinen InsAntrag gestellt, sind gem **Abs 3** Zahlungen „in der Regel“ mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters unvereinbar. Im Stadium der InsVerschleppung sind Zahlungen und sonstige Masseschmälerungen also grds nicht länger privilegiert. Nach verspäteter Antragstellung durch den Geschäftsleiter gilt Abs 2 S 3 (s oben Rn 61). IU dürften Zahlungen auch nach verspäteter Antragstellung dann als privilegiert anzusehen sein, wenn der Nachweis ihrer Vereinbarkeit mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters iSv Abs 1 S 2 iVm Abs 2 S 1 gelingt.¹⁷⁴
- 65 Auch die Unvereinbarkeit mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nach Maßgabe von Abs 3 beansprucht freilich nur „in der Regel“ Geltung. **Ausnahmen** sind indes an sehr strenge Voraussetzungen („Ausnahmebedingungen“¹⁷⁵) zu knüpfen, denn der Geschäftsleiter ist nicht anstelle des (vorläufigen) InsVerw bzw der GlVersammlung entscheidungsbefugt.¹⁷⁶ Als ausnahmsweise weiterhin privilegiert kommen insbesondere solche Zahlungen in Betracht, die (bei fristgerechter Antragstellung) auch ein vorläufiger InsVerw zwingend veranlasst hätte, v.a um Sanierungsversuche und Chancen für eine Veräußerung des Unternehmens nicht erheblich zu schmälern.¹⁷⁷

169 Vgl auch *Bitter* ZIP 2021, 321, 326; *Bitter* GmbHHR 2022, 57, 59; *K/P/B/Bork/Kebekus* Rn 54 (Stand: März 2021); *Gehrlein* DB 2020, 2393, 2395; *N/S/H/Haas* § 64 Rn 122.

170 Begründung RegE SanInsFoG, BT-Drucks 19/24181, 195.

171 *N/S/H/Haas* § 64 Rn 122.

172 Im Ausgangspunkt übereinstimmend *Bitter* GmbHHR 2022, 57, 59; *H/C/L/Casper* Anh § 62 Rn 150; *Gehrlein* DB 2020, 2393, 2395; insofern wohl **aA** (Privilegierung ausschließend) *Brüinkmans* ZInsO 2021, 1, 19; *N/S/H/Haas* § 64 Rn 122.

173 So Begründung RegE SanInsFoG, BT-Drucks 19/24181, 195; vgl auch *N/S/H/Haas* § 64 Rn 110f; *Thole* BB 2021, 1347, 1354.

174 Für eine Privilegierung iSv Abs 2 S 1 ab Antragstellung auch *H.-F. Müller* GmbHHR 2021, 737, 740.

175 So Begründung RegE SanInsFoG, BT-Drucks 19/24181, 195.

176 Nachw zur Rechtslage nach altem Recht bei *L/H/Kleindiek* 20. Aufl, § 64 Rn 34.

177 Ähnlich *K/P/B/Bork/Kebekus* Rn 52 (Stand: März 2021); *N/S/H/Haas* § 64 Rn 121; wohl auch *Jakobs/Kruth* DStR 2021, 2534, 2538: Wenn Zahlung „dem Werterhalt des Schuldnervermögens dient“; enger *Brüinkmans* ZInsO 2021, 1, 17; *Gehrlein* DB 2020, 2393, 2396: Zur Abwehr eines unmittelbar drohenden Schadens erforderliche Zahlungen; ähnlich *H/C/L/Casper* Anh § 62 Rn 151; sehr restriktiv *Bitter* GmbHHR 2021, 57, 62: „Notmaßnahmen im Katastrophenfall“.

VI. Rechtshängigkeit einer Restrukturierungssache

Eine spezifische Bestimmung trifft iÜ § 89 Abs 3 StaRUG für die **Rechtshängigkeit einer Restrukturierungssache**: Mit dem **Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz – StaRUG)** – in Kraft getreten zum 1.1.2021 als Art 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG) v 22.12.2020 (BGBl I 2020, 3256) – hat der Gesetzgeber einen rechtlichen Rahmen (Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen) für die vorinsolvenzliche Sanierung von insolvenzfähigen Schu geschaffen (dazu Anh § 15b Rn 119). Die Restrukturierungssache wird rechtshängig, wenn das Restrukturierungsvorhaben beim zuständigen Restrukturierungsgericht angezeigt worden ist (§ 31 StaRUG). Der Schu hat die Restrukturierungssache mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers zu betreiben und dabei die Interessen der Gesamtheit der Gl zu wahren (§ 32 Abs 1 StaRUG). Er hat dem Restrukturierungsgericht unverzüglich mitzuteilen, wenn das Restrukturierungsvorhaben keine Aussicht auf Umsetzung (mehr) hat (§ 32 Abs 4 StaRUG). Ein während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache eintretender InsGrund ist dem Restrukturierungsgericht vom Schu unverzüglich anzuzeigen (§ 32 Abs 3 StaRUG). Die Verpflichtung zu dieser Anzeige trifft (strafbewehrt nach § 42 Abs 3 StaRUG) auch die Mitglieder des Vertretungsorgans (oder die Abwickler) einer juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, die Adressaten der InsAntragspflicht gem § 15a InsO sind (§ 42 Abs 1 S 2 StaRUG). Als rechtzeitige Erfüllung der Anzeigepflicht gilt die Stellung eines den Anforderungen des § 15a InsO genügenden InsAntrags (§ 42 Abs 2 StaRUG); freilich ruht die InsAntragspflicht aus § 15a Abs 1–3 InsO während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache (§ 42 Abs 1 S 1 StaRUG). Die InsReife führt zur Aufhebung der Restrukturierungssache durch das Restrukturierungsgericht, sofern dem nicht – angesichts des schon erreichten Verfahrensstandes – die Interessen der Gesamtheit der Gl entgegenstehen (dazu und zu den weiteren Aufhebungsgründen § 33 StaRUG). Mit Aufhebung der Restrukturierungssache lebt die ruhende InsAntragspflicht nach § 15a Abs 1–3 InsO wieder auf (§ 42 Abs 4 StaRUG).

66

Hat der Schu eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung angezeigt, so gilt gem **§ 89 Abs 3 StaRUG** bis zur Aufhebung der Restrukturierungssache jede Zahlung im ordnungsgemäßen Geschäftsgang, insbesondere Zahlungen, die für die Fortführung der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit und die Vorbereitung und Umsetzung des angezeigten Restrukturierungsvorhabens erforderlich sind, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar; davon ausgenommen sind jedoch Zahlungen, die bis zu der absehbar zu erwartenden gerichtlichen Entscheidung über die Aufhebung zurückgehalten werden können, ohne dass damit Nachteile für eine Fortsetzung des Restrukturierungsvorhabens verbunden sind.¹⁷⁸

67

VII. Auflösung von Pflichtenkollisionen

In seiner jüngeren Rspr hatte der II. Zivilsenat des BGH auf den bisherigen § 64 S 2 GmbHG auch zurückgegriffen, um den Normenkonflikt bei (Nicht-)Abführung der **Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung** bzw (Nicht-)Begleichung von Steuerschulden zu bewältigen (sogleich Rn 69 ff). Insoweit hat der Gesetzgeber des SanInsFoG mit dem neu geschaffenen § 15b Abs 8 InsO für gewisse Korrekturen gesorgt (näher Rn 77 ff).

68

1. Stand der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des § 15b InsO. – a) Geschäftsleiterpflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung. Der GmbH- Geschäftsführer (ebenso das Mitglied des Vorstands einer AG etc) hat – strafbewehrt nach § 266a Abs 1, § 14 Abs 1 Nr 1 StGB – für die **Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung (§§ 28a ff SGB IV)** zu sorgen; er haftet auch deliktsrechtlich gem § 823 Abs 2 BGB iVm § 266a Abs 1, § 14 Abs 1 Nr 1 StGB gegenüber dem Sozialversicherungsträger auf Schadensersatz, wenn und soweit jene Arbeitnehmeranteile nicht abgeführt werden. Diese Abführungspflicht endet nicht mit dem Eintritt der materiellen Ins: Zwar setzt die Verwirklichung des Tatbestands des § 266a Abs 1 StGB voraus, dass der Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer die Beitragsabführung zum Fälligkeitszeitpunkt möglich war. Daran kann es fehlen, wenn die Gesellschaft zum Fälligkeitszeitpunkt nicht mehr zahlungsfähig ist. Aber Zahlungsunfähigkeit im insoweit maßgeblichen Sinn ist nach der Rspr erst dann gegeben, wenn dem Arbeitgeber die Mittel nicht mehr zur Verfügung stehen, um ganz konkret die fälligen Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung (und nur diese) abzuführen. Und das ist erst dann der Fall, wenn der BeitragsSchu – unter Hintanstellung sonstiger Verbindlichkeiten – nicht einmal mehr (auch nicht durch Inanspruchnahme eines bestehenden Kreditrahmens) ausreichende Liquidität zur Begleichung der fälligen Arbeitnehmeranteile aufzubringen vermag; Überschuldung führt noch nicht zur Unmöglichkeit der Pflichterfüllung. Und selbst bei bestehender Zahlungsunfähigkeit der

69

178 S dazu auch *Baumert* ZRI 2021, 962, 964; *K/P/B/Bork/Kebeke* Rn 44f (Stand: März 2021); *N/S/H/Haas* § 64 Rn 124; *Thole* BB 2021, 1347, 1352.

Gesellschaft zum Fälligkeitszeitpunkt haftet der Geschäftsführer (straf- wie zivilrechtlich), wenn und soweit ihm die Herbeiführung dieser Zahlungsunfähigkeit als (bedingt vorsätzliches) pflichtwidriges Verhalten zur Last zu legen ist; das ist ggf auch dann der Fall, wenn die Zahlungsunfähigkeit darauf beruht, dass vor Fälligkeit der Arbeitnehmerbeiträge Leistungen an andere Gl, sei es auch in „kongruenter Deckung“ auf bestehende Verbindlichkeiten des Arbeitgebers, erbracht wurden. Mit dieser Rspr wird im Ergebnis eine Verpflichtung zur (gegenüber der Erfüllung anderer Verbindlichkeiten) vorrangigen Abführung der Arbeitnehmeranteile postuliert („**Vorrangrechtsprechung**“).¹⁷⁹

- 70 Vor diesem Hintergrund ergab sich mit Eintritt der materiellen Ins ein Konflikt zwischen der (strafbewehrten) Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung einerseits und dem Masseschmälerungsverbot aus (dem früheren) § 64 S 1 GmbHG (zuvor § 64 Abs 2 S 1) andererseits. Der **II. Zivilsenat des BGH** hatte hier zunächst den Vorrang des Masseschmälerungsverbots angenommen und gefolgert, dass der Geschäftsführer nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung auch Arbeitnehmerbeiträge nicht mehr abführen darf. Das Bestreben des Geschäftsführers, sich durch Zahlungen trotz materieller Ins einer persönlichen deliktischen Haftung aus § 823 Abs 2 BGB iVm § 266a Abs 1 StGB zu entziehen, sei kein im Rahmen des § 64 GmbHG beachtlicher Umstand. Vielmehr handele der Geschäftsführer, wenn er sich insoweit lückenlos normgerecht verhalte (also auch an andere GesellschaftsGl keine nicht durch § 64 Abs 2 S 2 aF gedeckten Zahlungen leiste)¹⁸⁰, im Blick auf die kollidierende Pflicht aus § 266a Abs 1 StGB deliktisch nicht schuldhaft.¹⁸¹ Indes legte der **5. Strafsenat des BGH** den Straftatbestand in § 266a Abs 1 StGB weiterhin im Sinne einer Pflicht zur vorrangigen Abführung der Sozialversicherungsbeiträge aus; allein für die Dauer der Drei-Wochen-Frist nach dem früheren § 64 Abs 1 GmbHG (später § 15a Abs 1 InsO) hatte er eine rechtfertigende (die Strafbarkeit hindernde) Pflichtenkollision anerkennen wollen:¹⁸² Die aus jenen Vorschriften hergeleitete Rechtfertigung solle lediglich den noch aussichtsreichen Sanierungsversuch privilegieren, und zwar beschränkt auf einen Zeitraum von höchstens drei Wochen. Dem vom II. Zivilsenat verfochtenen generellen Vorrang der Massesicherungspflichten in der Ins hatte der 5. Strafsenat angesichts der Strafbewehrung einer Nichtabführung von Sozialabgaben hingegen die Gefolgschaft ausdrücklich versagt.¹⁸³
- 71 Der damit schwebende, für die Praxis belastende und dauerhaft nicht hinnehmbare Normenkonflikt (mit dem im Ergebnis zivilrechtlich eingefordert wurde, was zugleich einer strafrechtlichen Sanktion unterlag) veranlasste den **II. Zivilsenat des BGH** in seiner **Grundsatzentscheidung v 14.5.2007** zum Einlenken:¹⁸⁴ Mit Rücksicht auf die Einheit der Rechtsordnung könne es dem organschaftlichen Vertreter nicht angeschlossen werden, die Massesicherungspflicht zu erfüllen und fällige Leistungen an die Sozialkasse nicht zu erbringen, wenn er sich dadurch „strafrechtlicher Verfolgung“ aussetze. Sein die entsprechenden sozialrechtlichen Vorschriften befolgendes Verhalten müsse deswegen im Rahmen der nach dem damaligen § 64 Abs 2 S 2 GmbHG (später § 64 S 2) anzustellenden Prüfung als mit den Pflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar angesehen werden.¹⁸⁵ Nicht ganz eindeutig war insoweit zunächst, ob der Senat jene Exkulpation schon für Zahlungen auf die Arbeitnehmerbeiträge ab InsReife oder erst für solche nach Ablauf der seinerzeit (maximal) dreiwöchigen Karenzfrist (InsAntragsfrist des damaligen § 64 Abs 1 GmbHG) gewähren wollte; denn für aussichtsreiche Sanierungsversuche innerhalb der Drei-Wochen-Frist drohte „strafrechtliche Verfolgung“ nach der Rspr des 5. Strafsenats gerade nicht (s Rn 70). Indes ist eine genaue Verortung dieses Zeitfensters praktisch kaum möglich. Später hat der II. Zivilsenat klargestellt, dass die Privilegierung der Beitragszahlungen nach § 64 S 2 GmbHG aF ab materieller InsReife (und nicht erst nach Ablauf der InsAntragsfrist) gelten soll: Weil der innerhalb jener Frist gewährte Rechtfertigungsgrund rückwirkend entfalle, wenn der Geschäftsführer den InsAntrag nicht fristgerecht stelle.¹⁸⁶

179 Zu Einzelheiten und Nachweisen s *LH/Kleindiek* 20. Aufl., § 43 Rn 91 ff; zur daran von Teilen des strafrechtlichen Schrifttums geübten Grundsatzkritik s zuletzt etwa *Rönnau/Wegner* ZInsO 2021, 1137, 1140 mwN.

180 S zu dieser Voraussetzung *BGH* 29.9.2008 – II ZR 162/07, *GmbHR* 2008, 1324, 1325; *BGH* 18.1.2010 – II ZA 4/09, *GmbHR* 2010, 364.

181 *BGH* 8.1.2001 – II ZR 88/99, *BGHZ* 146, 264, 275 = *GmbHR* 2001, 190; *BGH* 18.4.2005 – II ZR 61/03, *GmbHR* 2005, 874, 876 f.

182 *BGH* 30.7.2003 – 5 StR 221/03, *ZIP* 2003, 2213, 2214 = *DStR* 2004, 283 mit Anm *Goette*.

183 *BGH* 9.8.2005 – 5 StR 67/05, *GmbHR* 2005, 1419.

184 *BGH* 14.5.2007 – II ZR 48/06, *GmbHR* 2007, 757.

185 *BGH* 14.5.2007 – II ZR 48/06, *GmbHR* 2007, 757, 758 f; bestätigend *BGH* 2.6.2008 – II ZR 27/07, *GmbHR* 2008, 815; *BGH* 25.1.2011 – II ZR 196/09, *GmbHR* 2011, 367, 368; zur Dogmatik der Auflösung jener Pflichtenkollision s *Poelzig/Thole* *ZGR* 2010, 836, 853 ff.

186 So *BGH* 25.1.2011 – II ZR 196/09, *GmbHR* 2011, 367 Rn 29 unter Bezugnahme auf *BGH* 29.9.2008 – II ZR 162/07, *GmbHR* 2008, 1324 Rn 10 – II. ZS und *BGH* 9.8.2005 – 5 StR 67/05, *GmbHR* 2005, 1419, 1420 f – 5. Strafs.