

# ZRI 2025, 283

Matthias Tresselt\* / Felicitas Kugel\*\*

## Die Verteidigung gegen § 15b InsO-Ansprüche

In Krisensituationen einer Gesellschaft ist die Lage oft unübersichtlich. Insbesondere im insolvenznahen Umfeld ist es für Geschäftsleiter nicht einfach, gesicherte wirtschaftliche Entscheidungen zu treffen. Regelmäßig ist es aus der Ex-ante-Perspektive der Geschäftsleiter schwierig, den exakten Zeitpunkt des Eintritts der (zwingenden) Insolvenzreife zu bestimmen. Mit Eintritt der Insolvenzreife greift aber auch das Zahlungsverbot gem. § 15b Abs. 1 Satz 1 InsO. Sofern der Geschäftsleiter nach Eintritt der Insolvenzreife noch bestimmte Zahlungen vornimmt, setzt er sich gegebenenfalls einer Haftung aus § 15b Abs. 4 Satz 1 InsO gegenüber dem Insolvenzverwalter aus. Auch wenn § 15b InsO bereits vor einiger Zeit in Kraft getreten ist, gibt es hinsichtlich verschiedener Einzelfragen im Zusammenhang mit der Norm noch einige offene Streitpunkte. Der folgende Beitrag beleuchtet die Sicht des Geschäftsleiters, der sich gegen eine solche Inanspruchnahme zur Wehr setzen will und greift verschiedene praxisrelevante Einzelprobleme des § 15b InsO auf.

### A. Die Beratungssituation aus Sicht der Verteidigung

Grundsätzlich ist die Beratung von Geschäftsleitern hinsichtlich einer Haftung aus § 15b InsO zunächst präventiv geprägt. In diesem Stadium ist die Dokumentation sämtlicher Vorgänge und Entscheidungen der Geschäftsleiter – insbesondere im insolvenznahen Bereich – essenziell („Solvenz-Monitoring“). Dabei sollte vor allem auch eine sorgfältige Buchhaltung sichergestellt werden; nur so kann bei einer Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter gegebenenfalls der (sekundären) Darlegungs- und Beweislast nachgekommen werden.<sup>1</sup> Besonderes Augenmerk muss dabei auch auf dem Monitoring der Zahlungsunfähigkeit liegen. Dieses erfolgt regelmäßig über einen 13-Wochen-Liquiditätsplan, sowie über die fortlaufende Prüfung der Fortführungsprognose über die Geschäftsleiterprotokolle und einen 13-Monats-Liquiditätsplan.

Sobald der Insolvenzverwalter den Geschäftsleiter in Anspruch nimmt, ändert sich die Beratungssituation von der präventiven, hin zur reaktiven Beratung zur Abwehr der Ansprüche. Im Vordergrund steht dann regelmäßig zunächst die Ermittlung des (behaupteten) haftungsrelevanten Sachverhaltes innerhalb der insolventen Gesellschaft. Anschließend ist dieser Sachverhalt rechtlich zu bewerten und eine Verteidigungsstrategie zu entwickeln. Am Abschluss dieses häufig komplexen und langwierigen Prozesses steht dann entweder eine außergerichtliche Lösung über einen Vergleich oder ein gerichtliches Urteil.

ZRI 2025, 284

### B. Typische Ansatzpunkte für die Verteidigung und praktische Hinweise

#### I. Kein Vorliegen eines Insolvenzgrundes

Als Erstes ist zu überprüfen, ob in dem vom Insolvenzverwalter behaupteten Zeitpunkt ein zwingender Insolvenzgrund i. S. v. § 17 InsO oder § 19 InsO vorlag. Denn das Vorliegen eines Insolvenzgrundes ist die grundlegende Voraussetzung für einen Anspruch gem. § 15b InsO (vgl. § 15b Abs. 1 Satz 1 InsO).

Regelmäßig ist hier ein besonderes Augenmerk auf die bei der Ermittlung des mutmaßlichen Insolvenzgrundes zugrunde gelegte Methodik zu richten und ob alle maßgeblichen Positionen korrekt ermittelt und berücksichtigt wurden.<sup>2</sup> Gerade im Hinblick auf den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit wird oft nicht sauber zwischen der Zahlungsunfähigkeit und dem bloßen Vorliegen einer Zahlungsstockung unterschieden.<sup>3</sup> Häufig werden die Aktiva II auch nicht hinreichend als Vermögenswerte berücksichtigt, obwohl der Schuldner einen entsprechenden Willen zur Liquidierung binnen drei Wochen hatte.<sup>4</sup> Der Insolvenzverwalter wird sich zudem regelmäßig vor allem auf die Ex-post-Perspektive stützen; insofern ist im Rahmen der Verteidigung die Ex-ante-Perspektive mit einzubringen, um sicherzustellen, dass diese zugunsten des Geschäftsleiters hinreichend berücksichtigt wird.<sup>5</sup> Für den Fall, dass der Insolvenzgrund der Überschuldung geltend gemacht wurde, gilt hinsichtlich der Fortführungsprognose ein Beurteilungsspielraum der Geschäftsleiter sowie die Business Judgment Rule.<sup>6</sup> Diese Spielräume der Geschäftsleiter werden von Seiten der Insolvenzverwalter oft zu eng ausgelegt.

#### II. Keine Zahlung i. S. d. § 15b Abs. 1 InsO

Nächster möglicher Ansatzpunkt für die Verteidigung eines Anspruchs gem. § 15b InsO ist die Frage, ob überhaupt eine „Zahlung“ i. S. d. § 15b Abs. 1 InsO vorlag. Denn es liegt bereits auf Tatbestandsebene keine Zahlung im Sinne der Norm vor, wenn die Masseschmälerung im unmittelbaren Zusammenhang durch eine Gegenleistung kompensiert worden ist, mithin lediglich ein Aktiventausch vorlag.<sup>7</sup> So liegt beispielsweise keine tatbestandsmäßige Zahlung vor, wenn es sich um eine Zug-um-Zug-Leistung handelte oder mit der Zahlung ein Aussonderungsrecht abgelöst wurde.<sup>8</sup> Sofern die Zahlung eine Vorleistung darstellt, ist der hinreichende unmittelbare Zusammenhang hingegen nicht gegeben.<sup>9</sup> Im Übrigen wird der Zahlungsbegriff weit ausgelegt und umfasst neben Geldleistungen auch sonstige Vermögensabflüsse.<sup>10</sup> Die Beweislast für das Vorliegen einer entsprechenden Zahlung liegt beim Insolvenzverwalter.<sup>11</sup> Deshalb ist insbesondere zu überprüfen, ob dieser die einzelnen Zahlungsvorgänge hinreichend substantiiert vorgetragen hat.

Näher zu betrachten sind schließlich Zahlungen auf debitorische Konten. Bei diesen handelt es sich grundsätzlich um

masseschmälernde Zahlungen i. S. d. § 15b Abs. 1 InsO.<sup>12</sup> Hierzu ist die Frage, ob es sich gegebenenfalls um Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang handelt (dazu siehe sogleich). Von dem benannten Grundsatz gibt es zwei Ausnahmen: Zum einen liegt keine relevante/solche Zahlung vor, wenn die eingezogene Forderung an die das debitorische Konto führende Bank zur Sicherheit abgetreten ist.<sup>13</sup> Dies gilt allerdings nicht, wenn die Sicherungszession erst nach Eintritt der Antragspflicht vorgenommen wurde oder die eingezogene Forderung erst nach diesem Zeitpunkt entstanden oder werthaltig geworden ist.<sup>14</sup> Zum anderen liegt keine masseschmälernde Zahlung vor, wenn durch die Einziehung und Verrechnung der Forderung sonstige Sicherheiten frei werden, die dann zur Befriedigung der ungesicherten Gläubiger zur Verfügung stehen.<sup>15</sup>

### **III. Vorliegen einer erlaubten Zahlung**

Ein weiterer Ansatzpunkt für die Verteidigung ist es, geltend zu machen, dass die durch den Geschäftsleiter getätigte Zahlung nicht dem Zahlungsverbot gem. § 15b Abs. 1 InsO unterlag. Das ist dann der Fall, wenn sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar und damit erlaubt war, § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO.

#### **1. Maßstab**

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Zahlung sorgfaltsgemäß war, liegt beim Geschäftsleiter; dies ergibt sich schon aus der (negativen) Formulierung des § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO.<sup>16</sup> Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgt sind,

ZRI 2025, 285

sind gem. § 15b Abs. 2 Satz 1 InsO grundsätzlich als sorgfaltsgemäß anzusehen. Zu berücksichtigen ist aber, dass sich während des für die Stellung des Insolvenzantrages maßgeblichen Zeitraums gem. § 15a Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO und später noch einmal nach Verstreichen dieses Zeitraums, der Maßstab hinsichtlich der Sorgfaltsanforderungen jeweils verschärft, vgl. § 15b Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 InsO.

Unklarheiten bestehen oftmals bezüglich der Frage, wann das Zahlungsverbot gem. § 15b Abs. 1 Satz 1 InsO eigentlich endet. Unproblematisch lässt sich dies für den Fall beantworten, dass ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet wird. Dann endet das Zahlungsverbot mit der Verfahrenseröffnung.<sup>17</sup> Für den Fall, dass kein Insolvenzverfahren eröffnet wird, ist für die Beendigung des Zahlungsverbots richtigerweise die nachhaltige Beseitigung der Insolvenzreife zu fordern, das Merkmal aus § 15b Abs. 2 Satz 2 InsO ist also zu übertragen. Denn anderenfalls verbliebe angesichts der Spezialregelungen in § 15b Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 InsO kein relevanter Anwendungsbereich für § 15b Abs. 1 Satz 1 InsO. Zudem besteht ansonsten die Gefahr, dass der Geschäftsleiter während einer absehbar kurzzeitigen Beseitigung der Insolvenzreife das Gesellschaftsvermögen haftungsfrei an ausgesuchte Gläubiger verteilt.<sup>18</sup> Dies widerspricht dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz. Die Insolvenzreife ist bei entsprechender Anwendung der Grundsätze zu § 15a InsO dann *nachhaltig* beseitigt, wenn die Insolvenzreife beseitigt ist und es eine belastbare Perspektive gibt, dass diese nicht erneut eintritt.<sup>19</sup> So ist es im Fall der Zahlungsunfähigkeit erforderlich, dass diese mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in nächster Zeit nicht mehr eintritt, maßgeblich ist dabei ein Zeitraum von drei bis sechs Monaten.<sup>20</sup> Bei Vorliegen des Insolvenzgrundes der Überschuldung ist eine wiederhergestellte positive Fortführungsprognose erforderlich. Diese kann dann angenommen werden, wenn es ein erhöhtes Maß an Wahrscheinlichkeit dafür gibt, dass der Schuldner in der Lage sein wird, seine fälligen Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu bedienen.<sup>21</sup>

#### **2. Zum ordnungsgemäßen Geschäftsgang**

Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang sind insbesondere Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen, wie z. B. laufende Miet- oder Lohnzahlungen, Zahlungen für Telekommunikationsdienstleistungen und Versicherungen.<sup>22</sup> Der ordnungsgemäße Geschäftsgang ist damit weiter zu verstehen als die Grundsätze zur Notgeschäftsführung, welche die Rechtsprechung noch zu § 64 GmbHG a. F. entwickelt hatte.<sup>23</sup> Nach herrschender Meinung ist dabei entscheidend, ob die Gegenleistung des Zahlungsempfängers für die Betriebsfortführung objektiv aus Sicht der Gläubigerschaft erforderlich ist.<sup>24</sup>

Daneben können aber auch Maßnahmen zur Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs und der Umsetzung eines Sanierungskonzepts im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, denn der Begriff ist in Kontinuität zu § 2 Abs. 1 № 1 COVInsAG auszulegen.<sup>25</sup> Hierfür spricht bereits der Wortlaut des § 15b Abs. 2 Satz 1 InsO, nach dem „insbesondere“ Zahlungen die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen, erfasst sind.<sup>26</sup> Die Aufzählung ist also nicht abschließend.

Auch Zahlungen auf debitorische Konten erfolgen regelmäßig im ordnungsgemäßen Geschäftsgang.<sup>27</sup> Denn dem Schuldner bleibt in diesem Fall keine ordnungsgemäße Handlungsalternative. Es kann nicht von ihm verlangt werden, seine Gläubiger anzuweisen, auf ein anderes – kreditorisch geführtes – Konto einzuzahlen. Dies muss erst recht dann gelten, wenn ansonsten ein bestehender Kreditvertrag nicht eingehalten würde.<sup>28</sup> Gerade auch, weil die Bank regelmäßig zur Unterstützung künftiger Sanierungsbemühungen benötigt wird.

#### **3. Sonderfall des § 15b Abs. 8 InsO**

Der Umgang mit § 15b Abs. 8 InsO ist regelmäßig ebenfalls wichtig für die Beratung aus Verteidigungsperspektive. Durch die Einführung des § 15b Abs. 8 InsO ist nun klar, dass der Fiskus gegenüber anderen Gläubigern nicht mehr privilegiert ist.<sup>29</sup> Es gilt „ein Vorrang des insolvenzrechtlichen Zahlungsverbots vor dem steuerrechtlichen Zahlungsgebot“.<sup>30</sup> Der Wortlaut der Norm sowie des Regierungsentwurfs lassen keinen Raum für eine analoge

Anwendung der Vorschrift auf die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung.<sup>31</sup> Einigkeit besteht auch darüber, dass die Mittelvorsorgepflicht ab dem Zeitpunkt der

Insolvenzreife im Einklang mit der Steuerzahlungspflicht ebenfalls suspendiert ist.<sup>32</sup> Dies ergibt sich aus dem engen Zusammenhang, in dem die Mittelvorsorgepflicht mit der Erfüllung der Steuerzahlungspflicht steht.<sup>33</sup>

Unklar ist bislang allerdings, wie mit den vor Eintritt der Insolvenzreife vorgesorgten Mitteln umzugehen ist, denn schließlich besteht die Mittelvorsorgepflicht bis zu diesem Zeitpunkt noch.<sup>34</sup> Regelmäßig wird es schwierig sein nachzuweisen, dass die Mittelvorsorgepflicht in diesem vorgelagerten Stadium erfüllt wurde. Die einzige praktikable Lösung aus Sicht eines Geschäftsleiters ist es, in Verbindung mit einer entsprechenden Information an das Finanzamt, trotz des bestehenden Zahlungsverbotes die entsprechenden steuerrechtlichen Zahlungspflichten, für welche die Mittel vor Eintritt der Insolvenzreife vorgehalten wurden, zu erfüllen.<sup>35</sup> Dem Geschäftsleiter kann dann jedenfalls kein Verstoß gegen die Mittelvorsorgepflicht angelastet werden. Der Insolvenzverwalter kann das Geld über die Insolvenzanfechtung vom Finanzamt zurückverlangen.

#### **IV. Kein Verschulden**

Die getätigte Zahlung muss dem Geschäftsleiter auch haftungsbegründend vorgeworfen werden können. Teilweise wird also auch das Verschulden ein Ansatzpunkt für die Verteidigung sein. Aus der Negativformulierung ergibt sich bereits, dass das Verschulden grundsätzlich vermutet wird.<sup>36</sup> Bezugspunkt ist dabei das Kennenmüssen der Insolvenzreife, eine Erkennbarkeit der Insolvenzantragsvoraussetzungen ist bereits ausreichend.<sup>37</sup> Der Geschäftsleiter kann sich aber exkulpieren, wenn er darlegen und ggf. beweisen kann, dass die Insolvenzreife trotz ausreichender Vorkehrungen nicht erkennbar war.<sup>38</sup> Solche Vorkehrungen sind beispielsweise organisatorische Mechanismen, die dem Geschäftsleiter die Überprüfung der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft – insbesondere bei entsprechenden Krisenanzeichen – ermöglichen.<sup>39</sup> Sofern der Geschäftsleiter keine ausreichenden (Sach-)Kenntnisse hat, um die Situation beurteilen zu können, muss er eine entsprechend qualifizierte Person um Rat fragen.<sup>40</sup> Dabei muss er alle für die Beurteilung maßgeblichen Unterlagen und Umstände offenlegen, zudem muss er die erhaltenen Ergebnisse einer Plausibilitätskontrolle unterziehen.<sup>41</sup> Die Exkulpation ist – entgegen der Ansicht einzelner Autoren<sup>42</sup> – grundsätzlich auch dann möglich, wenn die Vorgaben des § 1 StaRUG nicht (vollständig) eingehalten worden sind. Der Anwendungsbereich des § 1 StaRUG liegt im Vorfeld der Insolvenz, durch die Einhaltung der normierten Pflichten soll der Eintritt der Insolvenz gerade vermieden werden.<sup>43</sup> Demgegenüber greift § 15b InsO ausschließlich dann, wenn die Insolvenzreife bereits eingetreten ist (vgl. § 15b Abs. 1 Satz 1 InsO). Das Zahlungsverbot soll letztlich die Erhaltung der Masse zugunsten der Insolvenzgläubiger sicherstellen.<sup>44</sup> Angesichts der völlig unterschiedlichen Regelungszwecke und Anwendungsbereiche von § 1 StaRUG und § 15b InsO ist es nicht ersichtlich, weshalb § 1 StaRUG in diesem Zusammenhang maßgeblich sein sollte. Die Anforderungen hinsichtlich einer Exkulpation im Rahmen des § 15b InsO sind deshalb losgelöst von § 1 StaRUG zu bestimmen.

#### **V. Nachweis eines geringeren Schadens gem. § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO**

Sofern der Geschäftsleiter einen geringeren Schaden der Gläubigerschaft nachweisen kann, ist die Haftung gem. § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO auf diesen begrenzt. Mithin stellt dieser Nachweis einen weiteren Ansatzpunkt für die Verteidigung dar. Stark umstritten ist dabei die Frage, inwiefern Vermögenszuflüsse während der Insolvenzreife zu berücksichtigen sind. Nach der einen Ansicht ist jede geleistete Zahlung einzeln zu erstatten, etwaige Vermögenszuflüsse sind mithin nicht zu berücksichtigen („Einzelbetrachtung“).<sup>45</sup> Nach der wohl herrschenden Meinung ist im Rahmen von § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO eine Gesamtbetrachtung anzustellen.<sup>46</sup> Regelmäßig erfolgt dabei eine Gleichsetzung mit dem Quotenschaden, mithin wird die Differenz zwischen der tatsächlichen Insolvenzquote und der hypothetischen Insolvenzquote, welche bei rechtzeitiger Antragstellung erzielt worden wäre, berechnet.<sup>47</sup> Seltener besprochen wird der Fall, wie der Schaden zu berechnen ist, wenn der Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt wurde. Richtigerweise sind dann die Vermögensverhältnisse in dem Zeitraum vom Zeitpunkt der ersten verbotenen Zahlung bis zum Zeitpunkt der letzten verbotenen Zahlung miteinander zu vergleichen, einmal ohne und einmal mit den verbotenen Zahlungen.<sup>48</sup> Dabei sind aber die jeweils erhaltenen Gegenleistungen, welche nicht schon den Tatbe-

stand der Zahlung entfallen lassen – beispielsweise die Gegenleistung einer Vorleistung –, zu berücksichtigen.<sup>49</sup> Für die Gesamtbetrachtung und damit gegen die Ansicht der Einzelbetrachtung spricht schon, dass es auch möglich sein muss, etwaige positive Vermögensveränderungen während der Insolvenzreife entlastend zu berücksichtigen.

Noch nicht abschließend geklärt sind allerdings die genauen Anforderungen an den Gegenbeweis im Zusammenhang mit dem Quotenschaden. Nach einer Entscheidung des LG Hamburg muss der Geschäftsleiter den geringeren Gesamtschaden „schlüssig und substantiiert“ vortragen.<sup>50</sup> Die wohl herrschende Lehre stellt relativ hohe Anforderungen, indem sie fordert, dass der Geschäftsleiter die tatsächlich eingetretene Differenz konkret beziffert.<sup>51</sup> In Anbetracht dessen gestaltet sich der Gegenbeweis regelmäßig schwierig. Allerdings muss der Insolvenzverwalter dem Geschäftsleiter alle zur Ermittlung der Insolvenzquote erforderlichen Daten und Unterlagen zur Verfügung stellen.<sup>52</sup> Dies umfasst neben hinreichenden Angaben zum Stand des Insolvenzverfahrens auch die elektronische Buchhaltung des Schuldners.<sup>53</sup>

#### **VI. Mögliche Gegenrechte**

Nicht vergessen werden sollte schließlich die Prüfung des Sachverhalts auf die Möglichkeit hin, gegebenenfalls die Einrede der Verjährung zu erheben. § 15b Abs. 7 InsO regelt die für den Anspruch geltenden Verjährungsfristen. Nach herrschender Meinung beginnt die Verjährungsfrist gem. § 200 Satz 1 BGB unterjährig und unabhängig von jeglichen subjektiven Umständen bereits mit der Vornahme der maßgeblichen Zahlung.<sup>54</sup>

## VII. Potenzielle Handlungsmöglichkeiten bei tatsächlich bestehendem Anspruch

Trotz allem kann es sein, dass sich der Geschäftsleiter am Ende tatsächlich einem Anspruch aus § 15b Abs. 4 Satz 1 InsO ausgesetzt sieht und zur Zahlung verpflichtet ist. In diesem Fall können dem Geschäftsleiter im Anschluss an die Zahlung verschiedene Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Sofern während der Krisensituation externe Berater involviert waren, kann der Geschäftsleiter gegebenenfalls einen Regressanspruch gegenüber diesen Beratern geltend machen. Denn er ist regelmäßig als Dritter in den Schutzbereich des Beratungsvertrages zwischen der Gesellschaft und den Beratern einbezogen, wenn der Berater die Insolvenzreife der Gesellschaft prüfen sollte oder mit der Beurteilung bzw. Bearbeitung einer krisennahen Situation betraut war.<sup>55</sup>

Daneben wird oft die Inanspruchnahme einer bestehenden D&O-Versicherung in Betracht kommen. Der Anspruch aus § 15b Abs. 4 InsO ist dogmatisch als Ersatzanspruch eigener Art einzuordnen.<sup>56</sup> Die ganz herrschende Meinung geht zu Recht unabhängig hiervon davon aus, dass der Versicherungsschutz auch dann greift, wenn die Versicherungspolice den Schutz eigentlich nur für „Schadensersatzansprüche“ vorsieht.<sup>57</sup> Zu beachten ist, dass manche Versicherungsbedingungen nur für Vorgänge bis zum Eintritt der Insolvenzreife greifen – es ist aber noch zu klären, ob solche Einschränkungen der Inhaltskontrolle überhaupt standhalten.<sup>58</sup> Aus Sicht der Verteidigung ist es zudem essenziell, die Ausschlussklauseln auch im Übrigen genauestens zu prüfen. Vor der Inanspruchnahme sollten auch der Stand der Prämienzahlungen, etwaige Nachmeldefristen und der vorläufige Deckungsschutz abgeklärt werden.

Teilweise kommt auch die Anmeldung eines deckungsgleichen Gegenanspruchs zur Tabelle in Betracht. Denn durch die verbotene Zahlung des Geschäftsleiters wurde die offene Forderung der Gläubiger gem. § 362 BGB erfüllt. Wenn nun der Geschäftsleiter im Rahmen seiner Inanspruchnahme den vollen Betrag an die Gesellschaft bzw. den Insolvenzverwalter zurückzahlt, ist die Masse im Ergebnis bessergestellt als zuvor. Deshalb kann der Geschäftsleiter nach Erstattung des Betrages einen Anspruch zur Tabelle anmelden, welcher in Rang und Höhe dem Anspruch entspricht, den die Gläubiger ohne die verbotene Zahlung gegen die Masse gehabt hätten.<sup>59</sup> In dem Urteil über § 15b Abs. 4 InsO ist ein entsprechender „Quotenvorbehalt“ aufzunehmen.<sup>60</sup>

Sofern die vom Geschäftsleiter vorgenommene Zahlung anfechtbar gem. §§ 129 ff. InsO ist, kann der Geschäftsleiter analog § 255 BGB die Abtretung des Anfechtungsanspruchs verlangen und diesen Anspruch gegenüber dem Anfechtungsgegner geltend machen.<sup>61</sup> Wenn es mehrere Geschäftsleiter innerhalb der Gesellschaft gibt, kommt schließlich auch ein Regressanspruch gem. § 426 BGB gegenüber diesen in Betracht.<sup>62</sup>

## C. Zusammenfassung

**1.** Um eine effiziente und zielführende Beratung zu ermöglichen, ist es als rechtlicher Berater eines Geschäftsleiters wichtig,

tig, sich der maßgeblichen Beratungssituation und damit der entsprechenden Handlungsmöglichkeiten bewusst zu sein.

**2.** Zahlungen auf debitorische Konten sind mangels Handlungsalternative regelmäßig als im ordnungsgemäßen Geschäftsgang i. S. d. § 15b Abs. 2 Satz 1 InsO erfolgt anzusehen.

**3.** Um etwaige Vorwürfe des Finanzamts im Hinblick auf die Erfüllung der Mittelvorsorgepflicht bis zum Eintritt der Insolvenzreife zu vermeiden, sollte die korrespondierende steuerrechtliche Zahlungspflicht trotz des § 15b Abs. 8 InsO zusammen mit einer entsprechenden Information an das Finanzamt erfüllt werden. Der Insolvenzverwalter kann das Geld später vom Finanzamt im Wege der Insolvenzanfechtung zurückverlangen.

**4.** Die Exkulpation des Geschäftsleiters im Rahmen des § 15b Abs. 4 Satz 1 InsO ist grundsätzlich auch dann möglich, wenn die Vorgaben des § 1 StaRUG nicht vollständig eingehalten worden sind. Die Anforderungen hinsichtlich der Exkulpation sind im Rahmen des § 15b InsO angesichts der unterschiedlichen Regelungszwecke losgelöst von § 1 StaRUG zu bestimmen.

**5.** Für eine Gesamtbetrachtung im Rahmen des § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO spricht schon, dass es auch möglich sein muss, etwaige positive Vermögensänderungen während der Insolvenzreife zugunsten des Geschäftsleiters zu berücksichtigen. Für den Fall, dass der Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt wurde und somit der Quotenschaden nicht nach dem gängigen Muster berechnet werden kann, sind die Vermögensverhältnisse im Zeitraum vom Eintritt der Insolvenzreife bis zum Ende des Zahlungsverbots unter Abzug erhaltener Gegenleistungen, einmal ohne und einmal mit den verbotenen Zahlungen zu vergleichen.

**6.** Vor der Inanspruchnahme der D&O Versicherung sind die Versicherungsbedingungen und Ausschlussklauseln genauestens zu prüfen. Zudem sollten vorab offene Fragen hinsichtlich des Stands der Prämienzahlungen, etwaiger Nachmeldefristen sowie des vorläufigen Deckungsschutzes geklärt werden.

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, Gleiss Lutz, Stuttgart. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser auf der RWS-Jahrestagung zum Insolvenz- und Restrukturierungsrecht 2024 gehalten hat.

\*\* Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Gleiss Lutz, Stuttgart.

- 1 Vgl. hierzu KPB/Bork/Kebekus, InsO, 87. Lfg., Stand: 3/2021, § 15b Rz. 89.
- 2 Zu den maßgeblichen Positionen Ampferl/Kilper, in: Beck/Depré/Ampferl, Praxis der Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl., 2023, § 2 Rz. 95, 66 ff.
- 3 Vgl. zur Zahlungsstockung BGH v. 24. 5. 2005 – IX ZR 123/04, ZVI 2005, 408 = NZI 2005, 547, 548; Gutmann, NZI 2021, 473, 478 f.
- 4 Zum Liquidierungswillen BGH v. 19. 12. 2017 – II ZR 88/16, NJW 2018, 1089, 1095; KPB/Steffek, InsO, 78. Lfg., Stand: 11/2018, § 17 Rz. 43; Uhlenbruck/Mock, InsO, 15. Aufl., 2019, § 17 Rz. 74.
- 5 Vgl. hierzu Ampferl/Kilper (Fußn. 2), § 2 Rz. 95; K. Schmidt/K. Schmidt/Herchen, InsO, 20. Aufl., 2023, § 17 Rz. 32.
- 6 BGH v. 6. 6. 1994 – II ZR 292/91, NJW 1994, 2220, 2224; MünchKomm-Müller, GmbHG, 4. Aufl., 2022, § 64 GmbHG a. F. Rz. 31; BeckOGK/Fleischer, Stand: 1. 2. 2024, § 92 AktG Rz. 89.
- 7 Braun/Weber/Dömmcke, InsO, 10. Aufl., 2024, § 15b Rz. 14 f.; Graf-Schlicker/Bremen, InsO, 6. Aufl., 2022, § 15b Rz. 12; noch zu § 64 GmbHG a. F. BGH v. 27. 10. 2020 – II ZR 355/18, ZRI 2021, 29, Rz. 58 m. w. N.
- 8 Ganter, NZI 2024, 200, 204; KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 25, 29; vgl. Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 15.
- 9 BGH ZRI 2021, 29, Rz. 44 ff.; Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 15; KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 25; Kleindiek, in: Kayser/Thole, InsO, 11. Aufl., 2023, § 15b Rz. 30; Ganter, NZI 2024, 200, 203.
- 10 K. Schmidt/K. Schmidt/Herchen (Fußn. 5), § 15b Rz. 21; BeckOK InsO/Wolfer, 36. Ed., Stand: 15. 7. 2024, § 15b Rz. 11; Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 7.
- 11 Arnold, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2024, § 15b InsO Rz. 67; Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 8.
- 12 Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 10; Jakobs/Kruth, DStR 2021, 2534, 2536; K. Schmidt/K. Schmidt/Herchen (Fußn. 5), § 15b Rz. 21; Graf-Schlicker/Bremen (Fußn. 7), § 15b Rz. 15.
- 13 BGH v. 8. 12. 2015 – II ZR 68/14, NJW 2016, 1092, 1093; BGH v. 23. 6. 2015 – II ZR 366/13, NZG 2015, 998, 999; KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 21; vgl. K. Schmidt/K. Schmidt/Herchen (Fußn. 5), § 15b Rz. 21.
- 14 BGH NJW 2016, 1092, 1093; BGH NZG 2015, 998, 1000.
- 15 BGH ZRI 2021, 29, Rz. 30 ff.; Cahn, DK 2022, 221, 222; KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 21.
- 16 Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 22; Arnold (Fußn. 11), § 15b InsO Rz. 67.
- 17 KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 32.
- 18 Hölzle, ZRI 2024, 841, 845.
- 19 Vgl. zu § 15a InsO MünchKomm-Klöhn, InsO, 4. Aufl., 2019, § 15a Rz. 135; BGH, Versäumnisurt. v. 12. 3. 2007 – II ZR 315/05, NJW 2007, 3130, Rz. 15; zu § 15b Abs. 2 Satz 2 InsO Poertzgen, ZInsO 2020, 2509, 2517; MünchKomm-Klöhn, StaRUG, 1. Aufl., 2023, § 15b InsO Rz. 43; KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 50.
- 20 Vgl. Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl., 2023, § 15a InsO Rz. 82.
- 21 Vgl. Kleindiek (Fußn. 20), § 15a InsO Rz. 82; Salger, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 9. Aufl., 2024, § 49 Rz. 29.
- 22 KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 42 f.; BeckOK InsO/Wolfer (Fußn. 10), § 15b Rz. 22; Bitter, GmbHHR 2022, 57, 59 f.; Brünkmans, ZInsO 2021, 1, 16; Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 25 f.; Müller, GmbHHR 2021, 737, 739.
- 23 Begr. RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 194; BeckOK InsO/ Wolfer (Fußn. 10), § 15b Rz. 16; Kranzfelder/Ressmann, ZInsO 2021, 191, 196 f.; Müller, GmbHHR 2021, 737, 738 f.
- 24 KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 42 f.; BeckOK InsO/Wolfer (Fußn. 10), § 15b Rz. 22; Bitter, GmbHHR 2022, 57, 59 f.; Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 25 f.; Müller, GmbHHR 2021, 737, 739; Hodgson, NZI-Beilage 2021, 85, 86.
- 25 Hodgson, NZI-Beilage 2021, 85, 86; Gehrlein, DB 2020, 2393; Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 27; Jakobs/Kruth, DStR 2021, 2534, 2537; Kleindiek (Fußn. 9), § 15b Rz. 52; wohl auch KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 41; a. A. Baumert, NZG 2021, 443, 445 ff.; MünchKomm-Klöhn, StaRUG (Fußn. 19), § 15b InsO Rz. 33.
- 26 Hodgson, NZI-Beilage 2021, 85, 86; vgl. Kleindiek (Fußn. 9), § 15b Rz. 52.
- 27 A. A. KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 43.
- 28 Vgl. hierzu Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 25.
- 29 Desch/Hochdorfer, in: Desch, Das neue Restrukturierungsrecht, 2021, § 6 Rz. 41 f.; Hodgson, NZI-Beilage 2021, 85, 86; Müller, GmbHHR 2021, 737, 739.
- 30 K. Schmidt/K. Schmidt/Herchen (Fußn. 5), § 15b Rz. 27; vgl. auch Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 56.
- 31 BT-Drucks. 19/24181, S. 195, der Gesetzgeber hat sich mit den sozialversicherungsrechtlichen Zahlungspflichten

- beschäftigt und trotzdem keine entsprechende Regelung vorgesehen; AG Ludwigshafen v. 12. 12. 2022 – 3a IN 389/22, NZI 2023, 174 Rz. 13 f.; A. Schmidt, ZRI 2021, 389, 393; KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 56, Fußn. 167; K. Schmidt/K. Schmidt/Herchen (Fußn. 5), § 15b Rz. 28.
- 32 Wittfeld/Dannemann, NZI 2021, 905, 907; Kahler, WPg 2021, 321, 327 f.
- 33 Kahler, WPg 2021, 321, 327 f., für die Mittelvorsorgepflicht als Steuerzahlungspflicht der Verweis auf BFH v. 29. 8. 2018 – XI R 57/17, NZI 2019, 89, Rz. 45 ff.; Wittfeld/Dannemann, NZI 2021, 905, 907.
- 34 Die Geschäftsführung ist ganz grundsätzlich dazu verpflichtet Mittel vorzuhalten, damit die Steuer mit Eintritt der Fälligkeit rechtzeitig entrichtet werden kann, vgl. Sonnleitner, in: Sonnleitner/Wittfeld, Insolvenz- und Sanierungssteuerrecht, 2. Aufl., 2022, Kap. 3 Rz. 250. Die Suspension der Steuerzahlungs- und damit der Mittelvorsorgepflicht ist gem. § 15b Abs. 8 Satz 1 InsO insbesondere an den Eintritt der Insolvenzreife geknüpft.
- 35 So bereits die Handlungsempfehlung zu § 64 GmbHG a. F., vgl. hierzu MünchKomm-Klöhn, StaRUG (Fußn. 19), § 15b InsO Rz. 83.
- 36 K. Schmidt/K. Schmidt/Herchen (Fußn. 5), § 15b Rz. 23; vgl. noch zu § 64 GmbHG a. F. BGH, Hinweisbeschl. v. 24. 9. 2019 – II ZR 248/17, NZI 2020, 180, 181; ebenso BGH v. 6. 11. 2018 – II ZR 11/17, NZG 2019, 225 f.
- 37 KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 34; Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 38; Bauer, in: Bauer, Die GmbH in der Krise, 7. Aufl., 2022, § 9 Rz. 1594.
- 38 KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 34.
- 39 KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 34 m. w. N.; noch zu § 64 GmbHG a. F. Gehrlein ZRI 2020, 183, 184 ff.; vgl. hierzu auch unter B.
- 40 Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 38; Bauer (Fußn. 37), § 9 Rz. 1596 ff.
- 41 Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 38; KG v. 28. 4. 2022 – 2 U 39/18, ZRI 2022, 461 = NZI 2022, 573 Rz. 59; noch zu § 64 GmbHG a. F. BGH NZI 2020, 180 Rz. 21; Bauer (Fußn. 37), § 9 Rz. 1596 ff.
- 42 Hölzle, ZRI 2024, 841, 844.
- 43 Goetker, in: Flöther, StaRUG, 1. Aufl., 2021, § 1 Rz. 2; BeckOK StaRUG/Mock, 14. Ed., Stand: 1. 10. 2024, § 1 Rz. 3.
- 44 Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 1; Mönnig, in: Römermann, InsO, 49. EL, Stand: Januar 2024, § 15b Rz. 10; KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 4.
- 45 Hölzle, ZRI 2024, 841, 845 ff.; KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 64 ff.; Thole, BB 2021, 1347, 1353; A. Schmidt, ZRI 2024, 93, 94.
- 46 Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 43; Bitter, ZIP 2021, 321, 328; Desch/Hochdorfer (Fußn. 29), § 6 Rz. 61; Baumert, NZG 2021, 443, 448; Altmeppen, ZIP 2023, 721, 726.
- 47 BeckOK InsO/Wolfer (Fußn. 10), § 15b Rz. 33 f.; Mönnig (Fußn. 44), § 15b Rz. 29; Braun/Weber/Dömmcke (Fußn. 7), § 15b Rz. 43; Trenker, KTS 2023, 495, 514 ff.; Desch/Hochdorfer (Fußn. 29), § 6 Rz. 64.
- 48 MünchKomm-Klöhn, StaRUG (Fußn. 19), § 15b InsO Rz. 54 ff.
- 49 Vgl. Kleindiek (Fußn. 9), § 15b Rz. 109.
- 50 LG Hamburg v. 3. 6. 2021 – 326 T 27/21, ZIP 2021, 1722, 1723.
- 51 Müller, GmbHR 2021, 737, 743; Jakobs/Kruth, DStR 2021, 2534, 2540 f., welche die Aufstellung einer Stichtagsliquidationsbilanz vorschlagen; Baumert, NZG 2021, 443, 448; Pacheco, ZInsO 2023, 1560, 1568; vgl. KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 70; BeckOK InsO/Wolfer (Fußn. 10), § 15b Rz. 33.
- 52 Desch/Hochdorfer (Fußn. 29), § 6 Rz. 66.
- 53 Desch/Hochdorfer (Fußn. 29), § 6 Rz. 66.
- 54 BeckOK InsO/Wolfer (Fußn. 10), § 15b Rz. 46 f.; K. Schmidt/K. Schmidt/Herchen (Fußn. 5), § 15b Rz. 33; Kleindiek (Fußn. 9), § 15b Rz. 160.
- 55 Vgl. BGH v. 29. 6. 2023 – IX ZR 56/22, ZRI 2023, 902 = ZVI 2024, 77 = NJW 2023, 2775, 2777.
- 56 KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 5; Kleindiek (Fußn. 9), § 15b Rz. 110; Ganter, NZI 2024, 200, 201; vgl. noch zu § 64 Satz 1 GmbHG a. F. BGH v. 18. 11. 2020 – IV ZR 217/19, ZRI 2021, 22 = ZVI 2021, 12, Rz. 20; BGH, Versäumnisur. v. 19. 11. 2019 – II ZR 233/18, NZG 2020, 260, Rz. 15.
- 57 BeckOK InsO/Wolfer (Fußn. 10), § 15b Rz. 31; KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 5; Brinkmann/Schmitz-Justen, ZIP 2021, 24; zu § 64 Satz 1 GmbHG a. F. BGH ZRI 2021, 22 = ZVI 2021, 12, Rz. 10 ff.; a. A. OLG Düsseldorf v. 20. 7. 2018 – I-4 U 93/16, NZI 2018, 758 Rz. 72 ff.; hieran festhaltend OLG Düsseldorf v. 26. 6. 2020 – 4 U 134/18, NJW-RR 2020, 1429 Rz. 82 ff.
- 58 Vgl. hierzu Bauer (Fußn. 37), § 9 Rz. 1481.
- 59 Noch zu § 64 GmbHG a. F. BGH v. 26. 1. 2016 – II ZR 394/13, NZI 2016, 588, Rz. 49; BGH v. 19. 2. 2013 – II ZR 296/12, NZI 2013, 395, Rz. 3.

60 *A. Schmidt*, ZRI 2024, 93, 96 f.

61 *A. Schmidt*, ZRI 2024, 93.

62 KPB/Bork/Kebekus (Fußn. 1), § 15b Rz. 80.