

Die Eröffnungsgründe des Insolvenzverfahrens

Von Dipl.-Kfm. **Stefan Greil** und Ref. iur. **Eva Herden**, Rodgau

Das Insolvenzeröffnungsverfahren wird nur auf Antrag hin eingeleitet. Das zuständige Gericht prüft, ob dieser Antrag zulässig (§ 14 Abs. 1 InsO) und begründet (§ 16 InsO) ist. Begründet ist ein solcher Antrag, wenn einer der drei abschließend in der InsO genannten Gründe vorliegt, welche im vorliegenden Beitrag dargestellt werden sollen.

I. Überblick

Durch die Insolvenzordnung (InsO), welche mit Wirkung zum 1. Januar 1999 in Kraft trat und die bis dahin geltende Vergleichs- und Konkursordnung sowie Gesamtwangsvollstreckungsordnung ablöste,¹ wird ein Einheitsverfahren angeboten, welches dazu dient die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen. Dabei bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Zum einen in der Verwertung des Vermögens des Schuldners und anschließenden Verteilung des Erlöses an die Gläubiger, um eine optimale sowie gleichmäßige Gläubigerbefriedigung herbeizuführen. Zum anderen kann in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung, insbesondere zum Erhalt bzw. Sanierung des Unternehmens getroffen werden (§ 1 S. 1 Alt. 2 InsO). Hierdurch wird der Sanierungsgedanke deutlich, womit die Gesamtheit aller Maßnahmen organisatorischer, finanzieller und rechtlicher Natur gemeint sind, die ein Unternehmen aus einer ungünstigen wirtschaftlichen Situation herausführen sollen, um dessen weitere Existenz zu sichern.² Daneben besteht auch die Möglichkeit einer übertragenden Sanierung. Hierbei wird ein überlebensfähiges Unternehmen ganz oder teilweise auf einen anderen Rechtsträger übertragen. Der Erlös hieraus wird ebenfalls auf die Gläubiger gleichmäßig quotale verteilt. Angestrebt wird mit einem Insolvenzverfahren also die bestmögliche Verwertung des Schuldnervermögens und die optimale Abwicklung oder Umgestaltung der Finanzstruktur des Schuldners im Interesse seiner Gläubiger.³

Es ist zu unterscheiden zwischen materieller und formeller Insolvenz. Die formelle Insolvenz bezeichnet dabei die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das zuständige Gericht. Die materielle Insolvenz dient hierfür als Grundlage; sie ist gegeben, wenn das Vermögen eines Schuldners nicht ausreicht um alle Gläubiger befriedigen zu können.⁴ Die Verfahrenseröffnung setzt einen Grund voraus (§ 16 InsO). In der InsO werden drei Gründe abschließend aufgezählt:

- Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO),
- drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) und
- Überschuldung (§ 19 InsO).

Diese Eröffnungsgründe sollen festlegen, zu welchem Zeitpunkt der Schuldner mit der privatautonomen Steuerung seiner Vermögens- und Haftungsverhältnisse endgültig gescheitert ist und das Prinzip der eigenverantwortlichen Steuerung der Vermögens- und Haftungsverhältnisse durch eine amtliche Haftungsabwicklung ersetzt wird.⁵

Nach § 13 Abs. 1 S. 1 InsO wird das Insolvenzverfahren auf schriftlichen Antrag hin eröffnet, wobei prinzipiell sowohl Gläubiger als auch Schuldner antragsberechtigt sind (§ 13 Abs. 1 S. 2 InsO). Für die Insolvenzeröffnungsgründe der §§ 17 und 19 InsO besteht für den Schuldner jedoch eine Antragspflicht gemäß § 15a InsO.

II. Die Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungstatbestand des Insolvenzverfahrens

Nach § 17 Abs. 1 InsO gilt die Zahlungsunfähigkeit als allgemeiner Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren. Zahlungsunfähigkeit ist dabei nach § 17 Abs. 2 InsO gegeben, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Angenommen werden kann dies, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Jedoch sollen geringfügige Liquiditätslücken nicht das Insolvenzverfahren einleiten. Entsprechend ist die Zahlungsunfähigkeit von einer Zahlungsstockung – vorübergehende Illiquidität, die den Zeitraum nicht überschreitet, den eine kreditwürdige Person braucht um sich die erforderlichen Mittel zu beschaffen – zu differenzieren.⁶ Die Zahlungsunfähigkeit ist zugleich Ausdruck des Unvermögens des Schuldners seine Geldschulden zu begleichen und stellt eine zeitpunktbezogene Beurteilung eines gewissen Zustands dar, welcher die Insolvenz zwar regelmäßig zu spät auslöst, aber als Insolvenzeröffnungstatbestand ökonomisch legitimiert gilt, da eine Gläubigergefährdung vorliegt.⁷

Um zu eruieren, ob der Schuldner zahlungsunfähig ist, hat dieser einen stichtagsbezogenen Liquiditätsstatus zu erstellen, anhand dessen zu beurteilen ist, ob eine Liquiditätslücke gegeben ist. In diesem Liquiditätsstatus werden daher zum Stichtag die verfügbaren Zahlungsmittel den fälligen Zahlungsverpflichtungen gegenübergestellt.

¹ Vgl. *Becker*, Insolvenzrecht, § 1 Rn. 51.

² Vgl. *Kirchhof*, in: Festschrift für Walter Gerhardt, 2004, S. 443; *Patzschke*, Reorganisation der Kapitalgesellschaften im Insolvenzverfahren, 2000, S. 17.

³ Vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 79; *Becker* (Fn. 1), § 1 Rn. 52; Siehe auch *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833.

⁴ Vgl. *Foerste*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2006, § 1 Rn. 1.

⁵ Vgl. *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 95 f.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, S. 147.

⁶ Vgl. BGH NJW 2005, 3062 (3063).

⁷ Vgl. *Hommel*, ZfB 1998, 297 (300, 307); *Drukarczyk/Schüler* (Fn. 5), S. 105; *Groß/Amen*, WPg 2002, 225 (228).

Mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sind sowohl der Schuldner als auch die Gläubiger berechtigt einen Insolvenzantrag zu stellen. Jedoch haben die Geschäftsleiter von juristischen Personen ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, den Antrag einzureichen, wenn zwischenzeitliche Sanierungsbemühungen nicht erfolgreich waren (§ 15a Abs. 1 InsO).

III. Die drohende Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungstatbestand des Insolvenzverfahrens

§ 18 InsO gibt dem Schuldner seit der Etablierung der InsO im Jahr 1999 die Möglichkeit, einen Insolvenzantrag zu stellen, wenn eine drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Dem Schuldner wird mit diesem Eröffnungstatbestand das Recht eingeräumt, den Schutz des Insolvenzverfahrens zu erlangen,⁸ um eine rechtzeitige Sanierung des Unternehmens zu ermöglichen, denn regelmäßig ist es bei Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung hierfür zu spät.⁹ Jedoch wird gerade die drohende Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren regelmäßig nicht genutzt, was auch aus Tab. 1 hervorgeht.

Tab. 1: Anzahl Insolvenzeröffnungstatbestände

Insolvenzeröffnungstatbestände 2003-04.2010	
Zahlungsunfähigkeit	187.856
Drohende Zahlungsunfähigkeit	1.513
Überschuldung	4.627
Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung	57.228
Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung	451
Gesamt	251.675

Um den Eröffnungstatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit in Anspruch nehmen zu können, müssen die in § 17 Abs. 2 InsO vorgegebenen Kriterien der Zahlungsunfähigkeit vorrausichtlich, also mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, eintreten. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ist anzunehmen, wenn der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit mit einer Wahrscheinlichkeit von über 50 % gegeben ist. Um die drohende Zahlungsunfähigkeit zu prüfen, ist ein Finanzplan aufzustellen, in dem alle bestehenden Zahlungsverpflichtungen unabhängig von ihrer Fälligkeit einbezogen werden müssen. Ebenfalls sind die vorhandene Liquidität und die zu erwartenden Einnahmen zu berücksichtigen. Hierbei sind die im Liquiditätsstatus

aufgeführten Positionen dynamisch weiterzuentwickeln.¹⁰ Die Zahlungsfähigkeit ist dann nicht erfüllt, wenn zu jedem beliebigen Zeitpunkt die verfügbaren Zahlungsmittel die jeweiligen Auszahlungen nicht decken.

Um eine drohende Zahlungsunfähigkeit festzustellen, ist also eine Prognose vonnöten, die eine Objektivierung dieses Insolvenztatbestandes erschwert, da Prognosen auf Annahmen basieren und erhebliche Manipulationsspielräume eröffnen, so dass es sich nur um ein Antragswahlrecht handeln kann.¹¹ Darüber hinaus hat, im Gegensatz zur Zahlungsunfähigkeit und auch der Überschuldung, nur der Schuldner das Recht, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, denn nur der Schuldner verfügt über die notwendigen Informationen, um über die drohende Zahlungsunfähigkeit zu urteilen.

IV. Die Überschuldung als Eröffnungstatbestand des Insolvenzverfahrens

Ziel einer Überschuldungsprüfung ist es, den vermögensrechtlichen Status aufzuzeigen, der im Falle der Insolvenz zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung steht. Es ist das tatsächlich vorhandene Schuldendeckungspotential zu ermitteln.¹² Gemäß § 19 Abs. 2 InsO liegt eine Überschuldung eines Unternehmens dann vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt und dementsprechend eine konkrete Gefährdung der Gläubiger gegeben ist, was dazu führt, dass der Tatbestand der Überschuldung als ökonomisch legitimiert gilt.

Nach § 19 Abs. 1 InsO gilt die Überschuldung als Eröffnungsgrund nur für juristische Personen des Privatrechts; nach § 11 Abs. 2 S. 2 InsO ebenfalls für den nicht rechtsfähigen Verein, der einer juristischen Person gleichgestellt ist. Für juristische Personen des öffentlichen Rechts hingegen nur, soweit diese § 12 InsO folgend insolvenzfähig sind. Gemäß § 19 Abs. 3 InsO erstreckt sich der Anwendungsbereich des Überschuldungstatbestandes auch auf Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, für deren Verbindlichkeiten keine natürliche Person haftet, wie bei der GmbH & Co. KG. Hintergrund ist, dass bei Schuldnern mit beschränktem Haftungsfonds das Insolvenzverfahren nicht erst eingeleitet werden soll, wenn bereits eine Zahlungsunfähigkeit gegeben ist und die Gläubiger vor weiteren Vermögensschädigungen bewahrt werden sollen.¹³

¹⁰ Vgl. Hess, *Insolvenzrecht*, 6. Aufl. 2003, Rn. 67; Harz, *ZInsO* 2001, 193 (196).

¹¹ Vgl. Hommel, *ZfB* 1998, 297 (297, 301 f.); Barthel, *DStR* 2010, 1198 (1199). Dieselbe Problematik besteht bei Unternehmensbewertungen. Zwar mag das Prognoseproblem nicht lösbar sein, dennoch kann es durch plausible und konsistente Annahmen gemindert werden.

¹² Vgl. Uhlenbruck (Fn. 9), § 19 Rn. 4. Allgemein zum Begriff der Überschuldung vgl. Greil/Herden, *ZInsO* 2010, 833.

¹³ Vgl. Drukarczyk/Schüler, in: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2008, § 19 Rn. 1.

⁸ Vgl. Kind, in: *Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 3. Aufl. 2007, § 18 Rn. 1.

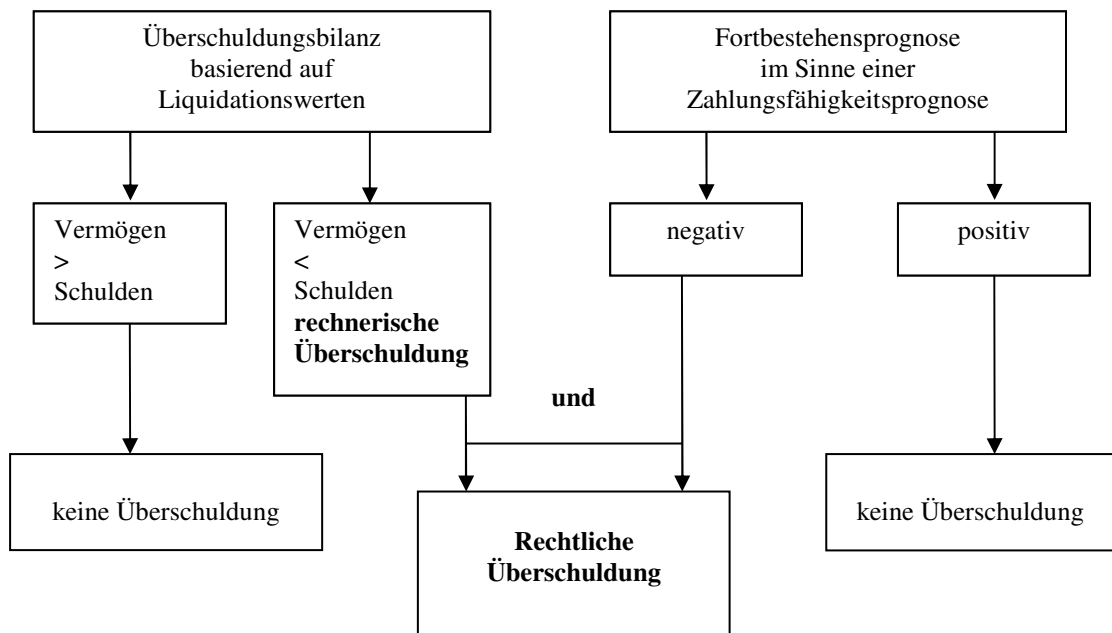
⁹ Vgl. Kind (Fn. 8), § 18 Rn. 2; Uhlenbruck, in: *Kommentar zur Insolvenzordnung*, 12. Aufl. 2003, § 18 Rn. 2.

Die Feststellung, ob eine Überschuldung vorliegt, erfolgt dabei grundsätzlich in zwei Schritten, wobei differenziert werden muss, zu welchem Zeitpunkt die Überschuldungsprüfung erfolgt. Durch Art. 5 Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG)¹⁴ wurde der ursprünglich in der InsO eingeführte Überschuldungsbegriff außer Kraft gesetzt, sodass bis einschließlich 31.12.2013 ein Überschuldungsbegriff gilt, der für die Konkursordnung maßgebend war (siehe Abb. 1). Danach liegt derzeit eine Überschuldung nur dann vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft bewertet zu Liquidationswerten die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt (rechnerische Überschuldung) und die Finanzkraft der Gesellschaft mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht (rechtliche Überschuldung).¹⁵ Hieraus folgt, dass im Fall einer positiven Fortführungsprognose eine Überschuldung ausgeschlossen ist.¹⁶ Die Prognose steht gleichrangig neben der Feststellung der rechnerischen Überschuldung.

Mit dem Inkrafttreten der InsO im Jahr 1999 wurde aber eine zweistufige Prüfungsmethode eingeführt. Diese soll auch ab dem 1.1.2014 wieder Gültigkeit besitzen (siehe Abb. 2). Zunächst werden mittels einer Fortbestehensprognose die Überlebenschancen des Unternehmens ermittelt. Vornehmlich soll die künftige Entwicklung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners ersichtlich werden.¹⁷ Die Fortbestehensprognose entspricht dabei der Prognose der drohenden Zahlungsunfähigkeit; das Ergebnis hängt demnach von der Einschätzung der zukünftigen Zahlungsfähigkeit ab. Sie ist als positiv einzuschätzen, wenn der Schuldner seine Zahlungsverpflichtungen in Zukunft wahrscheinlich erfüllen kann. Dies ist über einen hinreichend langen Prognosezeitraum – i.d.R. das laufende und das darauf folgende Geschäftsjahr – darzustellen.¹⁸

In einem weiteren Schritt wird das Vermögen den Schulden in einer sog. Überschuldungsbilanz (oder Überschuldungsstatus), unabhängig von dem Ergebnis der

Abb. 1: Derzeit geltende Überschuldungsprüfung (in Anlehnung an: *Drukarczyk/Schüler*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 123).



¹⁴ Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes, vom 17.10.2008 (BGBl. I 2008, S. 1982).

¹⁵ Vgl. BGHZ 119, 201 (214). *Schmidt*, ZIP 1980, 233 (235 f.); *Wackerbarth*, NZI 2009, 145.

¹⁶ Vgl. *Schmidt*, AG 1978, 334 (337 f.); *Möhlmann-Mahlau/Schmitt*, NZI 2009, 19.

¹⁷ Vgl. *Harz*, ZInsO 2001, 193 (198 f.).

¹⁸ Vgl. *Greil/Herden*, ZInsO 2010, 833 (838).

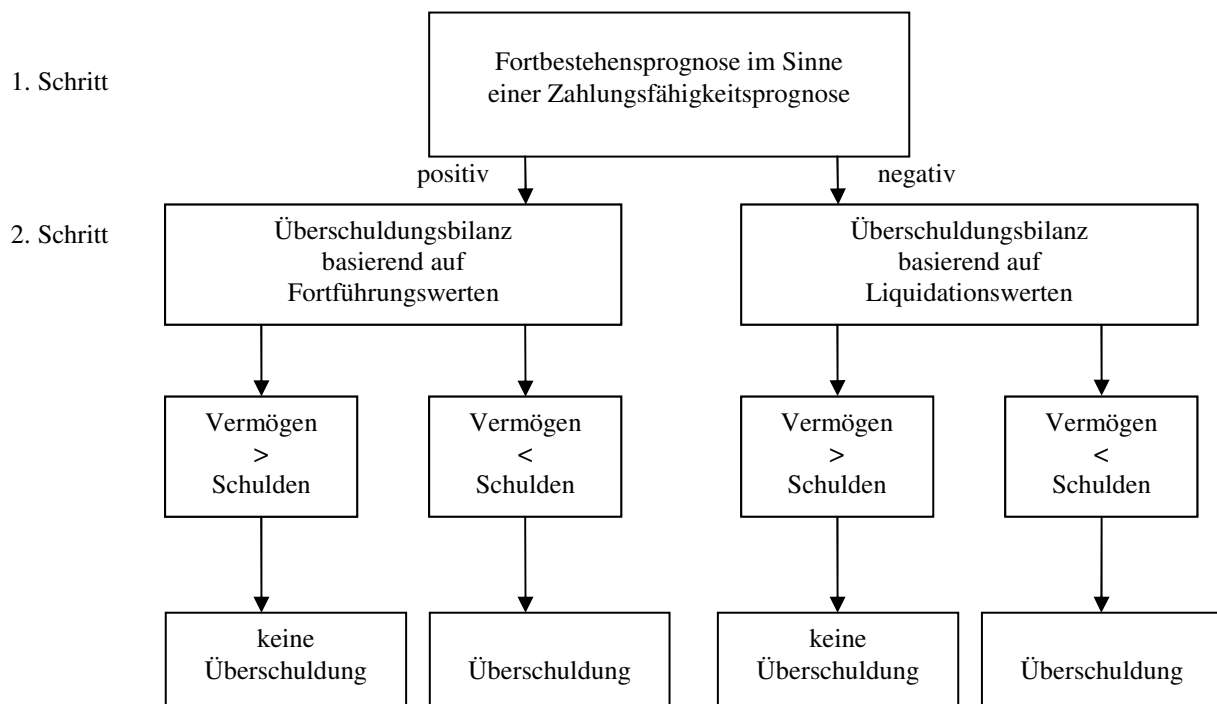
Fortbestehensprognose, gegenübergestellt. Jedoch bestimmt das Ergebnis der Fortbestehensprognose den Ansatz und die Bewertung der Vermögenswerte und Schulden.¹⁹ Allerdings fehlen hierfür gesetzliche Ansatz- und Bewertungsvorschriften, sodass eine Orientierung am Zweck der Überschuldungsprüfung zu erfolgen hat. Weder handels- noch steuerrechtliche Ansatz- und Bewertungsvorschriften sind maßgebend. Für die Gläubiger ist allein das vorhandene Schuldendeckungspotenzial von Interesse. Liegt eine negative Fortbestehensprognose der Erstellung des Überschuldungsstatus zugrunde, ist das Reinvermögen des Unternehmens mit Liquidationswerten anzusetzen. Liquidationswerte stellen Nettoeinzerveräußerungswerte dar, die zu erzielen wären, wenn der einzelne Vermögensgegenstand aus dem Unternehmen heraus veräußert würde, ohne dessen bisherige Nutzungsmöglichkeit zu berücksichtigen.

Ist von einer Fortführung des Unternehmens auszugehen, so sind Fortführungswerte für die Vermögenswerte

und Schulden maßgebend.²⁰ Fortführungswerte oder auch *going concern*-Werte sind die Werte, mit denen ein einzelner Gegenstand im Falle einer Veräußerung des Unternehmens im Ganzen unter der Annahme, dass der Käufer das Unternehmen fortführt, berücksichtigt werden würde. Diesen ist inhärent, dass ein Gegenstand durch seine Integration in ein Unternehmen an einem Prozess der Wertschöpfung teilnehmen wird, die den Wert über den reinen Substanzwert steigen lässt.

Ergibt sich aus der – in Abhängigkeit der zuvor angefertigten Fortbestehensprognose – aufgestellten Überschuldungsbilanz, dass das bestehende Vermögen die Schulden nicht deckt, ist der Tatbestand der Überschuldung erfüllt. Gemäß § 15a InsO ist dann binnen drei Wochen von den Leitungsorganen des Unternehmens ein Insolvenzantrag zu stellen. Diese Antragspflicht – siehe auch §§ 92 Abs. 2 AktG, 64 Abs. 1 GmbHG – greift daher, wenn sich eine betriebswirtschaftliche Krise zu einer rechtlichen manifestiert hat.²¹

Abb. 2: Ab dem Jahr 2014 wieder geltende Überschuldungsprüfung (in Anlehnung an: *Drukarczyk/Schüler*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 124).



¹⁹ Vgl. *Wengel*, DStR 2001, 1769; *Zimmermann*, Grundriss des Insolvenzrechts, 7. Aufl. 2008, S. 11; *Häsemeyer* (Fn. 5), S. 153; *Drukarczyk/Schüler* (Fn. 5), S. 124; *Bork*, ZIP 2000, 1709; IDW, FAR 1/1996 (Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen), WPg 1997, 22 (24).

²⁰ Vgl. *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2005, S. 48.

²¹ Vgl. *Stahlschmidt*, JR 2002, 89; *Kind*, NZI 2008, 475 (476).