



Band 8

Schriftenreihe des  
**Centrum**

für Deutsches & Europäisches

**Insolvenzrecht**

Herausgegeben von Stefan Smid, Silke Wehdeking  
und Mark Zeuner

Philipp Schlenkhoff

**Insolvenzgründe, Prognose  
und Antragspflicht**

# A. Einleitung

## I. Die Bedeutung der Insolvenzgründe und der Prognose

Werden in einer Volkswirtschaft fortlaufend Unternehmen gegründet, müssen im Gegenzug auch Unternehmen aus dem Wirtschaftskreislauf austreten. Für das Ende eines Unternehmens ist „eigentlich“ die Liquidation des Unternehmens vorgesehen.<sup>1</sup> Diese setzt voraus, dass die Gesellschafter frühzeitig erkennen, dass der Erfolg des Unternehmens langfristig nicht gegeben ist und daher oder aus privaten Gründen die werbende Tätigkeit eingestellt werden muss. Dieses Vorgehen ist aber nicht immer der Fall.<sup>2</sup> Viel eher werden die Gesellschafter, Geschäftsleiter und Mitarbeiter sinnvollerweise versuchen, sich abzeichnende Misserfolge abzuwenden.<sup>3</sup> Da diese Sanierungsversuche nicht immer erfolgreich verlaufen oder Probleme so kurzfristig und massiv auftreten oder auch so lange ignoriert wurden, dass sie nicht mehr zu beheben sind, kommt es zu Insolvenzen. Dass diese nicht gerade selten sind, auch wenn sie in den Jahren 2004 bis 2011 um ca. ein Viertel gesunken sind, zeigt Abbildung 1. So mussten 2011 trotz einer insgesamt florierenden Wirtschaft<sup>4</sup> in Deutschland etwas mehr als 30 000 Unternehmen Insolvenz

---

1 Richter bezeichnet die Liquidation als das allgemeine Verfahren zur Unternehmensbeendigung; *Richter*, in: Müller-Gugenberger/Alexander (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht* 2011, 2351, Rn. 26. Ulmer bezeichnet die Insolvenz als Sonderfall der Auseinandersetzung; *Ulmer/Schäfer*; *MüKo-BGB* (2008), § 730 BGB, Rn. 23.

2 Der Anteil der Insolvenzen an den Unternehmensliquidationen betrug 2010 bei GmbH und GmbH & Co.KG 43,8 % und für AG und KG a. A. 71,4 %; Quelle: eigene Berechnungen auf Basis *Günterberg*, *Gründungen, Liquidationen, Insolvenzen 2010 in Deutschland: Daten und Fakten*, Nr. 1, 2011, für die Anzahl der Liquidationen und *Statistisches Bundesamt*, *Insolvenzverfahren (Unternehmen): Deutschland, Jahre, beantragte Verfahren, Rechtsformen 2012*, für die Anzahl der Insolvenzen.

3 Seagon spricht in diesem Zusammenhang von einem Sanierungsauftrag; *Seagon*, in: Buth/Hermanns (Hrsg.), *Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz 2009*, 573, 619.

4 Das preisbereinigte Bruttoinlandsprodukt in Deutschland wuchs 2011 um 3,0 % im Vergleich zum Vorjahr; *Statistisches Bundesamt Wiesbaden*, *Deutsche Wirtschaft 2011 in sehr robuster Verfassung*, 2012.

anmelden. Der langfristige Rückgang der Insolvenzzahlen, unterbrochen von einem leichten Anstieg in den Jahren 2009 und 2010 infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise, gilt sowohl für die Unternehmen mit Haftungsbeschränkung als auch für die ohne. Der Anteil der Unternehmen mit beschränkter Haftung an der Zahl der gesamten Unternehmensinsolvenzen liegt, mit leichten Schwankungen, jedes Jahr bei 50 %.<sup>5</sup>

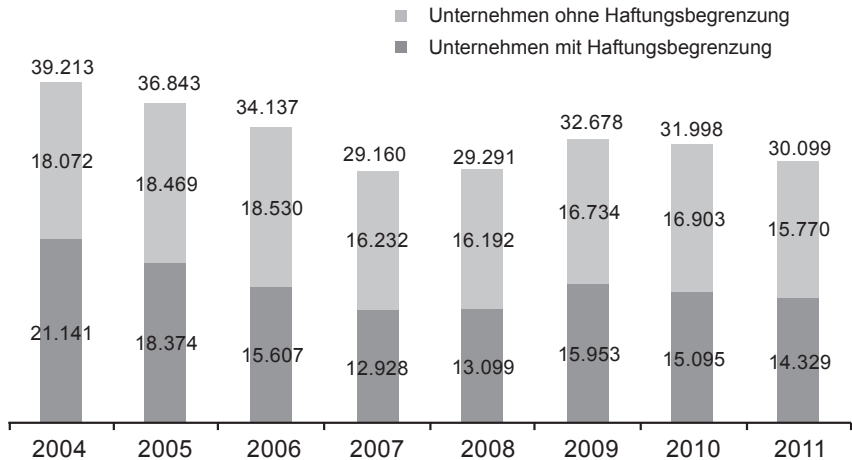


Abb. 1: Anzahl der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland<sup>6</sup>

Die Höhe der Schäden, die durch Insolvenzen verursacht werden, gemessen an dem Forderungsausfall der Unternehmensgläubiger und den damit verbundenen Arbeitsplatzverlusten, sind, wie Abbildung 2 zeigt, ebenfalls rückläufig. Dennoch wurden im Jahr 2012 16,2 Mrd. EUR an Schäden verursacht, und es gingen ca. 150 000 Arbeitsplätze verloren.

5 Eigene Auswertung der Zahlen des *Statistischen Bundesamtes*, Insolvenzverfahren (Unternehmen): Deutschland, Jahre, Beantragte Verfahren, Rechtsformen 2012.

6 Unternehmen mit beschränkter Haftung in der Statistik umfassen GmbH, GmbH & Co. KG, AG, KG a. A. sowie Genossenschaften. Quelle: *Statistisches Bundesamt*, Insolvenzverfahren (Unternehmen): Deutschland, Jahre, Beantragte Verfahren, Rechtsformen 2012.

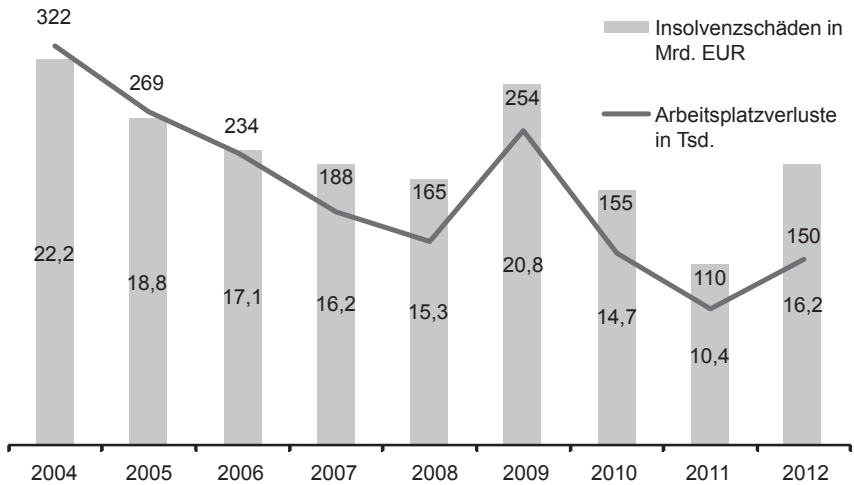


Abb. 2: Insolvenzschiäden und Arbeitsplatzverluste in Deutschland<sup>7</sup>

Insolvenzen gehören zum Wirtschaftsleben. Damit sind auch Insolvenzschiäden zu einem gewissen Grad unvermeidbar. Als ein Indiz dafür, dass die gegenwärtige Höhe der Insolvenzschiäden aber keineswegs einen unvermeidbaren Sockelbestand darstellt, sondern zumindest teilweise vermeidbar ist, können der Anteil an masselosen Insolvenzen und der Schaden herangezogen werden, der im Zusammenhang mit Insolvenzdelikten auftritt. Die Anzahl masseloser Insolvenzen liegt im Jahr 2011 bei 7 706 Unternehmen, was etwas mehr als einem Viertel aller Unternehmensinsolvenzen entspricht.<sup>8</sup> Auch wenn sich der Anteil seit Einführung der Insolvenzordnung deutlich reduziert hat,<sup>9</sup> repräsentieren die masselosen Insolvenzen einen Umstand, zu dem es bei korrekter Befolgung der Insolvenzantragspflicht gar nicht kommen dürfte.<sup>10</sup> Die Schiäden im Zusammenhang mit Insolvenzdelikten

7 Quelle: *Creditreform Wirtschaftsforschung*, Insolvenzschiäden und Arbeitsplatzverluste: Insolvenzen in Deutschland 2012; 2012 von Creditreform geschätzt.

8 *Statistisches Bundesamt*, Insolvenzverfahren (Unternehmen): Deutschland, Jahre, Beantragte Verfahren, Rechtsformen 2012.

9 So lag der Anteil der mangels Masse abgewiesenen Unternehmensinsolvenzen 1999 noch bei 63,9 % der Insolvenzen; eigene Berechnung auf Basis der Daten des *Statistischen Bundesamtes*, Insolvenzverfahren (Unternehmen): Deutschland, Jahre, Beantragte Verfahren, Rechtsformen 2012.

10 So der BGH in Bezug auf den Überschuldungsbegriff; BGH, Beschluss v. 17.07.2008 (IX ZB 225/07), ZInsO 2008, 859, Rn. 11.

sind solche, die bei strafrechtskonformen Verhalten in und vor allem vor der Insolvenz nicht aufgetreten wären. Die in Abbildung 3 dargestellten Zahlen zeigen für 2010 mit 1,7 Mrd. EUR eine, im Vergleich zu den Gesamtschäden dieses Jahres in Höhe von EUR 14,7 Mrd. (dargestellt in Abbildung 2) geringe Höhe. Bei strafrechtskonformen Verhalten wären diese Schäden vermeidbar gewesen. Hinzu kommt, dass im Bereich der strafrechtlichen Insolvenzdelikte, wie im Bereich der Wirtschaftskriminalität allgemein, von einer hohen Dunkelziffer ausgegangen werden muss,<sup>11</sup> die tatsächlichen Schäden also wesentlich höher sind.

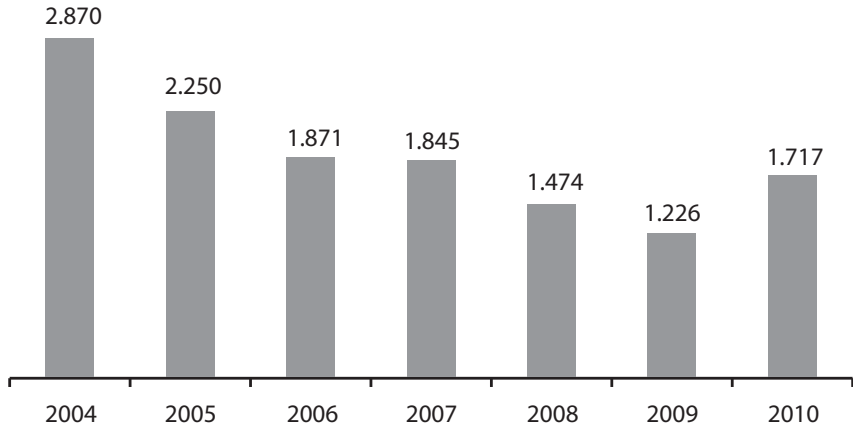


Abb. 3: Höhe der durch Insolvenzdelikte verursachten Schäden in Mio. EUR<sup>12</sup>

Insolvenzen und die damit verbundenen Schäden gehen derzeit zurück, und ein Sockelbetrag an Insolvenzen und -schäden ist in einer Volkswirtschaft unvermeidbar. Es entstehen bei Insolvenzen aber Schäden und Arbeitsplatzverluste, die bei einer gesetzeskonformen Handhabung des Problembereichs Insolvenz vermeidbar wären. Auf die Höhe dieser Schäden, die bei einer Insolvenz entstehen, hat der richtige Zeitpunkt der Insolvenzanmeldung maßgeblichen Einfluss. Erwirtschaftet ein Unternehmen fortlaufend Verluste, ohne Aussicht auf Besserung, wird das Unternehmensvermögen weiter aufgezehrt. Dieser Wertverzehr wird zunächst durch das Eigenkapital aufgefangen. Ist dieses „verbraucht“ gehen weitere Verluste

11 Bundeskriminalamt, Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität, 2010, 11.11.2010.

12 Eigene Abbildung auf Basis Bundeskriminalamt, Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität, 2010, 11.11.2010.

zulasten der Gläubiger, und es entsteht diesen ein Schaden.<sup>13</sup> Eine frühe Insolvenz kann in diesem Fall weitere Wertverluste durch die laufenden Unternehmensgeschäfte verhindern. Befindet sich ein Unternehmen in der Krise, ist aber absehbar, dass sich die Unternehmenskrise entspannt, ist eine Insolvenz kontraproduktiv, denn durch die Insolvenz selbst entstehen Wertverluste, da sich Kunden und Lieferanten vom Unternehmen abwenden und so der Erfolg einer in Aussicht stehenden Sanierung gefährdet werden kann. In einer solchen Situation ist eine möglichst späte Insolvenz vorteilhaft. Wertverluste können mithin verhindert werden, wenn eine Insolvenz „so früh wie nötig und so spät wie möglich“ angemeldet und eröffnet wird. Damit wird deutlich, dass nicht nur der gegenwärtige Zustand des Unternehmens von Bedeutung ist. Getreu dem Motto der Unternehmensbewertung „Für das Gewesene gibt der Kaufmann nichts“<sup>14</sup> ist bei der Beurteilung der Insolvenzreife zu berücksichtigen, wie sich das Unternehmen weiter entwickelt. Denn davon wird maßgeblich abhängen, ob eine Insolvenz vermeidbar ist oder nicht.

Diese Zusammenhänge werden auch nicht dadurch geändert, dass sich der Charakter der Insolvenz in den vergangenen Jahrzehnten gewandelt hat. Bis in die 1980er Jahre bedeutete eine Insolvenz meist automatisch die Zerschlagung des Unternehmens<sup>15</sup> und vielfach auch den bürgerlichen Tod des Unternehmers. Diese Zerschlagungstendenz außer Kraft zu setzen war u. a. Ziel der Einführung der Insolvenzordnung 1999.<sup>16</sup> Der Unternehmenserhalt wurde in die Ziele der Insolvenz (§ 1 InsO) mit aufgenommen. Eine ganze Reihe von Regelungen unterstützen die Unternehmen dabei. Dazu zählen beispielsweise das Instrument des Insolvenzplanes (§§ 217–269 InsO) mit der Möglichkeit der Eigenverwaltung (§§ 270–285 InsO), das Erfüllungswahlrecht laufender Verträge (§ 103 InsO) oder die Möglichkeit der Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes<sup>17</sup> für den Zeitraum des vorläufigen Insolvenzverfahrens. Zudem sind sowohl der vorläufige als auch der finale Insolvenzverwalter verpflichtet, das Unternehmen im Regelfall zunächst weiterzuführen.<sup>18</sup> Die Sanierung in der Insolvenz ist durch die Einführung des ESUG 2012 weiter erleichtert worden.<sup>19</sup>

---

13 Ähnlich beschreiben Egner/Wolff die Situation der Überschuldung; *Egner/Wolff*, AG 1978, 99, 101.

14 *Münstermann*, Wert und Bewertung der Unternehmung, 1970, 21.

15 *Beck*, in: Beck/Depré (Hrsg.), Praxis der Insolvenz, 2010, 671 (671).

16 BT-Drs. 12/2443, S. 77.

17 Das Insolvenzgeld steht den Arbeitnehmern nach § 165 SGB III für Arbeitsentgelt, dass bis zu drei Monate vor Eintritt eines Insolvenzereignisses nicht geleistet wurde.

18 *Beck*, in: Beck/Depré (Hrsg.), Praxis der Insolvenz, 2010, 671 (674).

19 BT-Drs. 17/5712, S. 1 f.

Dennoch entstehen durch eine Insolvenz nach wie vor negative Folgen für das Unternehmen, etwa durch Verunsicherung bei den Kreditgebern, den Kunden und Lieferanten und sonstigen Beteiligten.<sup>20</sup> Damit ist eine außergerichtliche Sanierung in vielen Fällen einer Sanierung im Insolvenzverfahren vorzuziehen, so sie denn möglich ist, was eine Insolvenzanmeldung so spät wie möglich sinnvoll bleiben lässt. Ist die Insolvenz aber auch für ein sanierungsfähiges Unternehmen unvermeidbar,<sup>21</sup> ist eine frühe Insolvenzanmeldung nach wie vor entscheidend. Denn um den Geschäftsbetrieb in der Insolvenz aufrechtzuerhalten, braucht ein Unternehmen in der Insolvenz, wie jedes andere auch, liquide Mittel. Ist die Unternehmenssubstanz aufgezehrt, stehen diese nicht mehr zur Verfügung. Auch die Unterstützung der Unternehmensfortführung nach Insolvenzanmeldung durch die Vorfinanzierung von Insolvenzgeld steht nicht mehr zur Verfügung, wenn das Unternehmen bereits bei Insolvenzanmeldung Lohnrückstände von mehr als drei Monaten aufweist.

Die Frage, ob ein Unternehmen insolvenzreif ist oder ob das Unternehmen weiter am regulären Wirtschaftskreislauf teilnehmen kann, ob eine Zerschlagung durch einfache Liquidation oder im Rahmen einer Insolvenz stattzufinden hat oder die Sanierung außergerichtlich oder gerichtlich erfolgen muss bzw. kann, ist Gegenstand der Insolvenzzgründe der Insolvenzordnung (InsO) §§ 17–19 InsO. Sie stellen damit Terminierungsregeln dar, die den Zustand beschreiben, der das Ungleichgewicht an Verfügungsgewalt und Haftung so groß werden lässt, dass es durch eine Antragspflicht der Gesellschaftsorgane beseitigt werden muss bzw. durch ein Antragswahlrecht für die Gesellschaftsorgane oder Antragsrecht für die Gläubiger beseitigt werden kann.<sup>22</sup> Das Vorliegen eines Insolvenzzgrundes ist nach § 16 InsO Voraussetzung für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Mit der Insolvenzeröffnung geht die Entscheidungsbefugnis über das Unternehmensvermögen gem. § 80 Abs. 1 InsO von den Gesellschaftsorganen auf den Insolvenzverwalter über. Ebenso tritt, soweit in einem Insolvenzplanverfahren nichts anderes bestimmt wird, die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung der

---

20 *Seagon*, in: Buth/Hermanns (Hrsg.), *Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz*, 2009, 573, 619.

21 Gründe hierfür können das Vorliegen einer Insolvenzantragspflicht aufgrund der zu untersuchenden Insolvenzzgründe, Vorteile der Sanierung in der Insolvenz gegenüber außergerichtlicher Sanierung oder Stakeholder-Konflikte sein, die eine außergerichtliche Sanierung scheitern lassen.

22 *Drukarczyk/Schüler*, in: Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e. V. (Hrsg.), *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung 2009*, S. 28, 29.

Insolvenzordnung nach § 1 InsO in Kraft. Hauptziel ist, die Gläubiger maximal zu befriedigen.<sup>23</sup>

Um die Insolvenzgründe durchzusetzen, besteht für den allgemeinen Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und den für juristische Personen speziellen Insolvenzgrund der Überschuldung § 19 InsO eine Antragspflicht § 15a InsO. An das Vorliegen der Insolvenzgründe und die Antragspflicht sind diverse zivil- und strafrechtliche Haftungsnormen geknüpft.<sup>24</sup> Diese sind das Korrelat zur Haftungsbeschränkung, das so im Sinne des Gläubigerschutzes verhindert werden soll, dass Verluste entstehen, die aufgrund der Haftungsbeschränkung bei aufgezehrtem Unternehmensvermögen einzig zulasten der Gläubiger gehen.<sup>25</sup> Haftungsnormen richten sich vornehmlich an die Gesellschaftsorgane,<sup>26</sup> die allein aufgrund der Nähe zum Unternehmen am besten über dessen Zustand und Aussichten informiert sind. Damit folgt auf eine unterlassene Antragstellung bei Vorliegen dieser Insolvenzgründe für die Gesellschaftsorgane, die im Nachfolgenden als Geschäftsleiter bezeichnet werden, potentiell eine Sanktionierung. Die Haftungsnormen und deren praktische Durchsetzung haben so wiederum einen Einfluss auf die Insolvenzgründe, da ein Geschäftsleiter diese in sein Antragstellungskalkül mit einbeziehen wird.

Damit ist die Insolvenz ein für alle Beteiligten und auch das Unternehmen selbst ein wesentliches Ereignis. Verfügungsrechte gehen verloren bzw. werden gewonnen, Sanierungschancen beeinflusst und Rechtspositionen im Wert geschmälert oder vermehrt. Die Auslöser einer Insolvenz, die Insolvenzgründe, müssen einen Ausgleich zwischen den Interessen der verschiedenen Beteiligten mit zum Teil gegensätzlichen Zielen finden. Dabei ist nicht nur der aktuelle Zustand des Unternehmens zu beachten, sondern ganz maßgeblich auch die zukünftige Unternehmensentwicklung, die prognostiziert werden muss. Die Bedeutung und praktische Relevanz dieser Prognose in den Insolvenzgründen, mit der der Gesetzgeber das beschriebene Terminierungsproblem lösen will, ist Gegenstand vorliegender Arbeit.

---

23 BT-Drs. 12/2443, S. 108; BVerfG, Beschluss v. 23.05.2006 (1 BvR 2530/04), BVerfGE 2006, 1, Rn. 34; BGH, Urt. v. 21.04.2005 (IX ZR 281/03), BGHZ 136, 32, Rn. 8.

24 Siehe dazu unter E Haftungsbewehrung.

25 *Ulmer/Hachenburg*, GmbHG (1997), § 63 GmbHG, Rn. 1; *Schmidt*, AG 1978, 334 (335); *Schmahl*, MüKo-InsO (2007), § 15 InsO, Rn. 91; ähnlich BGH, Urt. v. 06.06.1994 (II ZR 292/91), BGHZ 181, Rn. 27; a. A.: *Götz*, ZInsO 2000, 77, 81 f.

26 Siehe dazu unter E Haftungsbewehrung.