

## 2 Das Insolvenzeröffnungsverfahren

Über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens entscheidet das Insolvenzgericht durch Eröffnungsbeschluss (§ 27 InsO). Es orientiert sich hierbei an folgender Checkliste, welche letztendlich vom Gesetz vorgegeben ist:

### Checkliste: Eröffnung des Insolvenzverfahrens

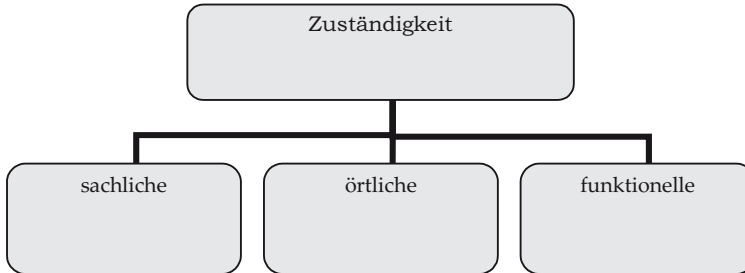
1. **Zuständigkeit des Insolvenzgerichtes**
  - a) Örtliche Zuständigkeit
  - b) Sachliche Zuständigkeit
  - c) Funktionelle Zuständigkeit
2. **Zulässigkeit der Verfahrensart**
3. **Ordnungsgemäße Antragstellung**
4. **Antragsberechtigung / Insolvenzfähigkeit**
5. **Vorliegen eines Insolvenzgrundes**
  - a) Zahlungsunfähigkeit
  - b) Drohende Zahlungsunfähigkeit
  - c) Überschuldung
6. **Zusätzliche Voraussetzungen bei einem Fremdantrag** (Rechtsschutzinteresse, Glaubhaftmachung der Forderung und des Insolvenzgrundes)
7. **Kostendeckende Masse**

Unzulässig ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Bundes, eines Landes oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (§ 12 InsO).

### 2.1 Zuständigkeit des Insolvenzgerichtes

Nur ein zuständiges Insolvenzgericht kann das Insolvenzverfahren wirksam eröffnen. Bei der Frage der Zuständigkeit des Insolvenzgerichtes sind drei Bereiche zu unterscheiden.

Abbildung 2.1 Zuständigkeit



### 2.1.1 Örtliche Zuständigkeit

Zuständig für das Insolvenzverfahren ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat, wobei das Insolvenzgericht für den kompletten Bezirk des Landgerichts gemäß § 2 Abs. 1 InsO zuständig ist.

Oft haben damit kleinere Amtsgerichte kein Insolvenzgericht, sondern oft ist das Amtsgericht Insolvenzgericht, welches seinen Sitz am Sitz des Landgerichtes hat (§ 2 Abs. 2 InsO; sog. **örtliche Konzentration**). Begründung für diese (außergewöhnliche) Zuständigkeit ist, dass so sichergestellt werden soll, dass beim Insolvenzgericht ein oder mehrere Spezialisten sitzen, die ständig mit dieser, auch für viele Juristen eher ungewöhnlichen Materie, zu tun haben.

#### > Beispiel:

Zum Landgerichtsbezirk Augsburg gehören fünf Amtsgerichte. Nicht alle Amtsgerichte haben hier eine eigene Insolvenzabteilung, sondern das Amtsgericht Augsburg als Insolvenzgericht ist für den gesamten Landgerichtsbezirk Augsburg zuständig.

### 2.1.2 Sachliche Zuständigkeit

Sachliche Zuständigkeit meint das richtige Gericht in innerhalb des Gerichtsaufbaus. Die sachliche Zuständigkeit des Insolvenzgerichtes besteht unabhängig im Hinblick auf die Höhe der Schulden. Gemäß § 4 InsO i.V.m. § 40 Abs. 2 ZPO handelt es sich bei der sachlichen Zuständigkeit um eine **ausschließliche Zuständigkeit**, so dass hier durch eine abweichende Parteivereinbarung nicht eine andere Zuständigkeit begründet werden kann.

Gemäß § 2 Abs. 1 InO ist das **Amtsgericht** sachlich zuständig für Insolvenzverfahren.

### 2.1.3 Funktionelle Zuständigkeit

Innerhalb eines Gerichts entscheiden regelmäßig Richter oder Rechtspfleger über einen Vorgang. Richter haben im Regelfall ein rechtswissenschaftliches Studium und eine entsprechende Vorbereitungszeit bei der Justiz hinter sich, während Rechtspfleger üblicherweise Fachabitur oder Abitur haben und an einer Rechtspflegerschule ausgebildet wurden.

Im Insolvenzverfahren ist grundsätzlich gemäß § 3 Nr. 2e RPfLG der **Rechtspfleger** zuständig.

Gemäß § 18 RPfLG ist abweichend von dieser grundsätzlichen Regelung ein **Richter** in folgenden Fällen zuständig, wobei es sich innerhalb des Insolvenzverfahrens um bedeutende Vorgänge handelt:

- Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 27 InsO
- Auswahl und Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters gemäß § 22 InsO
- Ernennung des Insolvenzverwalters gemäß § 27 InsO bzw. eines Treuhänders gemäß § 313 Abs. 1 InsO
- Verfahren über einen Schuldenbereinigungsplan gemäß §§ 305 ff. InsO
- Gewährung und Widerruf der Restschuldbefreiung gemäß §§ 300 ff. InsO

Allerdings kann gemäß § 18 Abs. 2 RPfLG der Richter die Sache, die grundsätzlich beim Rechtspfleger ist, jeder Zeit an sich ziehen bzw. wieder an den Rechtspfleger abgeben.

Im vielen Fällen haben die zuständigen Richter neben den allgemeinen juristischen Kenntnissen auch betriebswirtschaftliche Vorkenntnisse.

#### § 18 RPfLG Insolvenzverfahren

(1) In Verfahren nach der Insolvenzordnung bleiben dem Richter vorbehalten,

1. das Verfahren bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag unter Einschluss dieser Entscheidung und der Ernennung des Insolvenzverwalters sowie des Verfahrens über einen Schuldenbereinigungsplan nach den §§ 305 bis 310 der Insolvenzordnung,
2. bei einem Antrag des Schuldners auf Erteilung der Restschuldbefreiung die Entscheidungen nach den §§ 289, 296, 297 und 300 der Insolvenzordnung, wenn ein Insolvenzgläubiger die Versagung der Restschuldbefreiung beantragt, sowie die Entscheidung über den Widerruf der Restschuldbefreiung nach § 303 der Insolvenzordnung,
3. Entscheidungen nach den §§ 344 bis 346 der Insolvenzordnung

(2) Der Richter kann sich das Insolvenzverfahren ganz oder teilweise vorbehalten, wenn er dies für geboten erachtet. Hält er den Vorbehalt nicht mehr für erforderlich, kann er das Verfahren dem Rechtspfleger übertragen. Auch nach der Übertragung kann er das Verfahren wieder an sich ziehen, wenn und solange er dies für erforderlich hält.

(3) Die Entscheidung des Rechtspflegers über die Gewährung des Stimmrechts nach den §§ 77, 237 und 238 der Insolvenzordnung hat nicht die in § 256 der Insolvenzordnung bezeichneten Rechtsfolgen. Hat sich die Entscheidung des Rechtspflegers auf das Ergebnis einer Abstimmung ausgewirkt, so kann der Richter auf Antrag eines Gläubigers oder des Insolvenzverwalters das Stimmrecht neu festsetzen und die Wiederholung der Abstimmung anordnen; der Antrag kann nur bis zum Schluss des Termins gestellt werden, in dem die Abstimmung stattgefunden hat.

(4) Ein Beamter auf Probe darf im ersten Jahr nach seiner Ernennung Geschäfte des Rechtspflegers in Insolvenzsachen nicht wahrnehmen.

## 2.2 Zulässigkeit der Verfahrensart

Nach der Insolvenzordnung ist das Regelinsolvenzverfahren, wie der Name schon sagt, der Standardfall. Lediglich in Ausnahmefällen kommt das sog. Verbraucherinsolvenzverfahren gemäß §§ 304 ff. InsO, das Restschuldbefreiungsverfahren gemäß §§ 286 ff. InsO, die Eigenverwaltung gemäß §§ 270 ff. InsO, oder das Insolvenzplanverfahren gemäß §§ 217 ff. InsO in Betracht.

Wird die **falsche Verfahrensart** beantragt, ist der Antrag als unzulässig zurückzuweisen oder dem Antragsteller Gelegenheit zu geben, die fehlenden Voraussetzungen der richtigen Verfahrensart nachzuholen.

### > Beispiel:

Eine natürliche Person kann kein Regelinsolvenzverfahren beantragen, ohne vorher einen Schuldenbereinigungsplan versucht zu haben (§ 305 Abs. 1 InsO). Wenn das Gericht nunmehr das Verbrauchinsolvenzverfahren eröffnen will, so ist dies nicht möglich. Gemäß § 305 Abs. 3 InsO wird das Gericht dem Antragsteller die Möglichkeit geben, diesen innerhalb einer bestimmten Frist nachzureichen.

## 2.3 Ordnungsgemäße Antragstellung

Das Insolvenzverfahren wird nicht von Amts wegen, sondern nach § 13 Abs. 1 S. 1 InsO nur auf Antrag eröffnet.

Hierbei ist ein **schriftlicher Antrag** erforderlich, der die ladungsfähige Anschrift des Antragstellers enthalten muss.

Muster: Insolvenzantrag

<u>Insolvenzantrag</u>	
des .....	- Antragsteller -
(Vertreter: .....)	
gegen	
.....	- Antragsgegner -
(Vertreter: .....)	
Sehr geehrte Damen und Herren,	
ich vertrete ..... (Vollmacht liegt bei), für den ich beantrage, das Insolvenzverfahren über das Vermögen des ..... zu eröffnen.	
<b>Gründe:</b>	
Der Antragsteller hat gegen den Schuldner eine fällige Forderung in Höhe von ..... €. Beim Antragsgegner liegt der Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit vor. Das ergibt sich schon daraus, dass die Zwangsvollstreckung in das schuldnerische Vermögen erfolglos war.	
Zur Glaubhaftmachung der Forderung des Antragstellers und zur Glaubhaftmachung des Insolvenzgrundes überreiche ich: .....	
Zur Sicherung der künftigen Insolvenzmasse rege ich die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen gemäß § 21 InsO an, insbesondere die Anordnung von ..... Die Anordnung der angeregten Sicherungsmaßnahmen erscheint erforderlich, weil .....	
Mit freundlichen Grüßen ..... (Rechtsanwalt/Rechtsanwältin)	
Anlagen wie im Text erwähnt	

Wird der Antrag über einen Bevollmächtigten des Antragstellers gestellt, muss gemäß §§ 4 InsO, 80 Abs. 1 S. 2 ZPO eine **schriftliche Vollmacht** im Original oder in beglaubigter Form mit vorgelegt werden. Wird die Vollmacht per Telefax übermittelt, ist das Original nachzureichen. Allerdings wird gemäß §§ 4 InsO, 88 ZPO für den Fall, dass der Insolvenzantrag durch einen Rechtsanwalt unter Hinweis auf seine Bevollmächtigung gestellt wird, dieser nur auf eine Rüge hin nachgeprüft.

### § 88 Mangel der Vollmacht

- (1) Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden.
- (2) Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn nicht als Bevollmächtigter ein Rechtsanwalt auftritt.

Der Insolvenzantrag ist als Prozesshandlung **bedingungs- und befristungsfeindlich**, d. h. er kann weder unter einer Bedingung, noch mit einer Befristung gestellt werden.

Gemäß § 13 Abs. 2 InsO kann allerdings der Insolvenzantrag bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder bis zur rechtskräftigen Abweisung des Antrages jederzeit zurückgenommen werden.

Gemäß § 46b Abs. 4 KWG<sup>1</sup> und gemäß § 88 VAG<sup>2</sup> bestehen bei der Antragstellung gegen Banken und private Versicherungen Besonderheiten.

## 2.4 Antragsberechtigung

Hinsichtlich der Antragsberechtigung ist zwischen dem Eigenantrag und dem Fremdantrag zu unterscheiden (§ 13 Abs. 1 InsO):

### 2.4.1 Eigenantrag

Ein Antrag des Schuldners selbst ist grundsätzlich immer zulässig. Allerdings setzt die Antragstellung einer natürlichen Person auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr eigenes Vermögen zu deren Wirksamkeit die **uneingeschränkte Geschäfts- und damit Prozessfähigkeit** gemäß § 4 InsO i.V.m. § 51 Abs. 1 ZPO voraus.

#### > Beispiel:

Auch die Vor-GmbH, welche sich im Gründungsstadium zwischen dem Notartermin (Errichtung) oder Handelsregistereintragung befindet, ist rechtsfähig. Über deren Vermögen kann Insolvenzantrag gestellt werden.

Wird ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer juristischen Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit gestellt, ist jedes Mitglied das Vertretungsorgan; bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder einer KGaA jeder persönlich haftende Gesellschafter sowie Abwickler gemäß § 15 Abs. 1 InsO.

<sup>1</sup> Kreditwesengesetz

<sup>2</sup> Versicherungsaufsichtsgesetz

Abbildung 2.2 Antragsbefugte Vertreter im Gesellschaftsrecht

<b>AG</b>	Vorstand (§ 78 AktG)
<b>GmbH</b>	Geschäftsführer (§ 35 GmbHG)
<b>GbR</b>	alle Gesellschafter (§§ 709, 714 BGB)
<b>OHG</b>	jeder Gesellschafter (§ 125 Abs. 1 HGB)
<b>KG</b>	nur Komplementär (§ 125 Abs. 1 HGB) nicht jedoch Kommanditist (§ 170 HGB)

Für den Fall, dass der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans, allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder Abwicklern gestellt wird, ist dieser nur zulässig, wenn der vorgetragene Eröffnungsgrund glaubhaft gemacht wird. Gemäß § 15 Abs. 2 InsO hat das Insolvenzgericht die übrigen Mitglieder des Vertretungsorgans, persönlich haftende Gesellschafter oder Abwickler, dann zu hören. Glaubhaftmachung in diesem Zusammenhang bedeutet gemäß § 4 InsO, § 294 ZPO, das entsprechende Unterlagen dem Insolvenzgericht vorgelegt werden, aus denen sich der Insolvenzgrund ergibt.

#### > **Beispiel:**

Eine GmbH hat zwei Geschäftsführer, welche gesamtvertretungsberechtigt sind (§ 35 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Stellen beide Geschäftsführer den Insolvenzantrag, so ist dies unproblematisch möglich. Stellt dagegen nur ein Geschäftsführer den Insolvenzantrag, so ist eine zusätzliche Glaubhaftmachung erforderlich.

Eine **Prokura** gemäß § 48 HGB oder eine **Handlungsvollmacht** gemäß § 54 HGB berechtigen nicht zur Stellung eines Insolvenzantrages.

Anders ist dagegen die Rechtslage beim **faktischen Geschäftsführer**, welcher durch folgende Merkmale gekennzeichnet ist; er kann einen Insolvenzantrag stellen:

- Gestaltung von Geschäftsbeziehungen mit Vertragspartnern der Gesellschaft
- Verhandlungen mit Kreditgebern und Banken
- Kontrolle über Finanzströme der Gesellschaft
- Entscheidung über Steuerangelegenheiten
- Steuerung der Buchhaltung und Bilanzierung

- Entscheidungen über die Unternehmenspolitik
- Organisation des Unternehmens
- Eigenständige Einstellung von Mitarbeitern

Ein Insolvenzantrag kann weder bedingt noch befristet gestellt werden.<sup>3</sup>

## 2.4.2 Fremdantrag

Nach § 13 Abs. 1 S. 2 InsO sind auch die persönlichen Gläubiger, die einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben, zur Stellung des Insolvenzantrages berechtigt, wobei Gläubiger i.S.d. § 13 Abs. 1 S. 2 InsO vor allem Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO sind.

Ein **Vermögensanspruch** ist dabei eine Forderung, die eine Geldleistungspflicht zum Gegenstand hat, oder sollte sie nicht auf eine Geldzahlung gerichtet sein, sich aber dennoch in einen Geldleistungsanspruch inhaltlich umwandeln lässt.

### > Beispiele:

- Arbeitnehmer bzgl. ihrer Forderungen auf rückständigen Arbeitslohn
- Zahlungs- oder Schadensersatzanspruch aufgrund eines Kaufvertrags

Auch können Absonderungsberechtigte nach § 49 InsO und Massegläubiger nach § 53 InsO antragsberechtigte Gläubiger sein.

### > Beispiel:

Der Vermieter des insolventen Schuldners hat offene Mietzinsansprüche. Diese sind über das Vermieterpfandrecht (§§ 562 ff BGB) abgesichert, wobei der Vermieter Insolvenzgläubiger diesbezüglich ist.

Dagegen ist der Aussonderungsberechtigte nach § 47 InsO kein Insolvenzgläubiger, da sein Anspruch außerhalb des Insolvenzverfahrens zu erfüllen ist.

### > Beispiel:

Ein Dritter hat vor Eröffnung der Insolvenz dem Schuldner einen Gegenstand geliehen. Der Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB ist gemäß § 47 S. 2 InsO außerhalb des Insolvenzverfahrens geltend zu machen. Der Dritte ist damit kein Insolvenzgläubiger.

---

<sup>3</sup> BGH NJW 2006, S. 2701, 2702

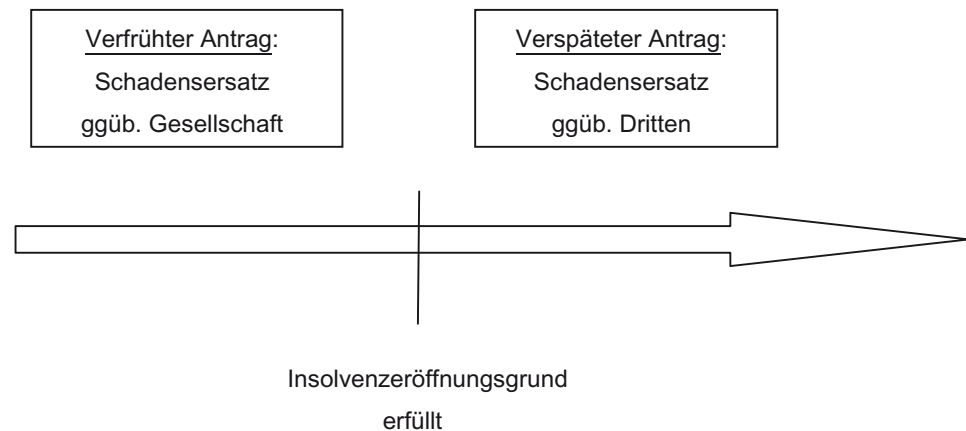


### 2.4.3 Antragsverpflichtung

Oft ist der Schuldner nicht nur nach § 13 Abs. 1 S. 2 InsO berechtigt, den Insolvenzantrag zu stellen, sondern sogar nach § 15a InsO verpflichtet, ab einem bestimmten Zeitpunkt Insolvenzantrag zu stellen. Hiernach ist nämlich der Insolvenzantrag **unverzüglich, spätestens aber binnen drei Wochen** ab Kenntnis des Insolvenzgrundes zu stellen. Wie sich aus der Formulierung eindeutig ergibt, ist die drei Wochen Frist eine Obergrenze. Der Insolvenzantrag muss ohne schuldhaftes Zögern gestellt werden, was unverzüglich bedeutet (§ 121 BGB). Dies bedeutet, dass nach Feststellung des Insolvenzeröffnungsgrundes und einer kurzen Überlegungsphase der Antrag gestellt werden muss.<sup>4</sup>

In der Praxis stellen GmbH-Geschäftsführer im Durchschnitt mit neun Monaten **Ver-spätung** einen Insolvenzantrag. Hintergrund ist der Umstand, dass ein verfrühter Insolvenzantrag abgewiesen werden würde und der Gesellschaft einen Schaden zufügen würde, für welchen der Geschäftsführer haftbar wäre. Eine im Jahr 2009 erstellte Statistik zeigt, dass 66 % aller Insolvenzanträge zu spät gestellt werden, während 25 % gerade noch rechtzeitig erfolgen. In 9 % der Fälle wird der Antrag dagegen zu früh gestellt. Die zu späte Antragsstellung von einem Verpflichteten ist sogar mit Strafe bedroht (vgl. § 84 GmbHG, § 401 AktG, § 148 GenG<sup>5</sup>).

Auch stellt die Insolvenzantragsverpflichtung nach § 15a InsO eine sog. drittschützende Norm i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB dar.<sup>6</sup> § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO ist damit eine Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche.



<sup>4</sup> BGH NJW 1979, S. 1823, 1826

<sup>5</sup> Genossenschaftsgesetz

<sup>6</sup> Bundestags-Drucksache 16/6140

Wird ein **Steuerberater** für einen insolvenzreifen Mandanten tätig, ist allerdings der Steuerberater nicht nach § 15a InsO verpflichtet, Insolvenzantrag zu stellen, da nach dem eindeutigen Wortlaut des § 15a InsO nur ein Geschäftsführer dazu verpflichtet ist. Allerdings kann sich der Steuerberater nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 830 Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig machen. Hier kommt als verletztes Schutzgesetz § 15 a Abs. 4 InsO in Betracht, wobei hierfür Beihilfe nach § 27 StGB ausreichend ist.

### § 27 StGB Beihilfe

(1) Mit der Verurteilung durch ein inländisches Gericht wegen einer oder mehrerer mit Vorsatz begangener strafbarer Handlungen zu einer Freiheitsstrafe ist bei einem Beamten der Verlust des Amtes verbunden, wenn

- 1 die verhängte Freiheitsstrafe ein Jahr übersteigt,
- 2 die nicht bedingt nachgesehene Freiheitsstrafe sechs Monate übersteigt oder
- 3 die Verurteilung auch oder ausschließlich wegen des Vergehens des Missbrauchs eines Autoritätsverhältnisses (§ 212 StGB) erfolgt ist.

(2) Zieht eine strafgerichtliche Verurteilung nach einem Bundesgesetz eine andere als die im Abs. 1 genannte Rechtsfolge nach sich, so endet die Rechtsfolge, wenn nichts anderes bestimmt ist, soweit sie nicht im Verlust besonderer auf Wahl, Verleihung oder Ernennung beruhender Rechte besteht, nach fünf Jahren. Die Frist beginnt, sobald die Strafe vollstreckt ist und vorbeugende Maßnahmen vollzogen oder weggefallen sind; ist die Strafe nur durch Anrechnung einer Vorhaft verbüßt worden, so beginnt die Frist mit Rechtskraft des Urteils.

Voraussetzung ist hierfür, dass der Steuerberater Hilfe zu einer vorsätzlichen Insolvenzverschleppung des Mandanten geleistet hat.

Der Steuerberater kann seine **Haftung nur vermeiden**, wenn er seinem Mandanten nachweisbar zur Stellung des Insolvenzantrages geraten hat. Hierfür kommen folgende Tätigkeiten in Betracht:

- Erstellung der Buchhaltung
- Erstellung des Jahresabschlusses
- Wirtschaftliche Beratung

Nimmt ein Geschädigter den Steuerberater auf Schadensersatz in Anspruch, muss er die den Schadensersatzanspruch begründenden Tatsachen beweisen. Nach § 138 Abs. 2 ZPO gilt allerdings, dass sowohl der insolvenzantragspflichtige Mandant, als auch der Steuerberater Aufklärungspflichten im Prozess haben. Gegenstand dieser Aufklärungspflicht ist hierbei insbesondere die Frage, inwieweit der beratende Steuerberater an der schadensbegründenden Handlung mitgewirkt hat.



<http://www.springer.com/978-3-658-03277-7>

Insolvenzrecht

Grundkurs für Wirtschaftswissenschaftler

Kramer, R.; Peter, F.K.

2014, XIV, 215 S. 63 Abb., Softcover

ISBN: 978-3-658-03277-7