

Ivens Henrique Hübert

Sorgfaltskonforme Prognosen und Pflichten der Geschäftsleiter im Vorfeld der Insolvenz

Ein Beitrag mit rechtsvergleichenden Bezügen



Nomos

Schriften zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln und
Prof. Dr. Christoph Paulus, Humboldt-Universität zu Berlin

Band 65

Ivens Henrique Hübert

Sorgfaltskonforme Prognosen und Pflichten der Geschäftsleiter im Vorfeld der Insolvenz

Ein Beitrag mit rechtsvergleichenden Bezügen



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-4074-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-8383-8 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit, die in den Jahren von 2008 bis 2013 entstanden ist, wurde im Sommersemester 2016 von der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurde sie im Wesentlichen auf den Stand von Juni 2017 gebracht.

Zum erreichten Erfolg haben viele Personen beigetragen, denen ich meinen Dank schulde. Als erstes möchte ich mich herzlich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Heribert Hirte, bedanken. Seine Betreuung hat mich bei der Auseinandersetzung mit vielen wichtigen Fragen den roten Faden gezeigt und mir somit ermöglicht, das Thema mit der notwendigen Nüchternheit zu bearbeiten und die in diesem Buch dargestellten Ergebnisse zu erreichen. Besonderen Dank muss auch Herrn Prof. Dr. Reinhard Bork ausgeschrieben werden, der als Zweitgutachter nicht nur sehr schnell sein Votum erstellt, sondern auch triftige Kritik ausgeübt und mich auf diese Weise zur Verbesserung der Arbeit bewegt hat. Alle eventuell verbleibenden Mängel in dieser Arbeit sind mir allein zuzurechnen.

Zudem sind Herr PD Dr. Sebastian Mock und Herr Bela Knof zu bedanken, die mir besonders am Anfang bei der Themenauswahl und der Bestimmung der Schwerpunkte der gegenwärtigen gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Diskussion in Deutschland viel geholfen haben. Herrn Dr. Felix Steffek, Herrn Dr. Jan Peter Schmidt und Herrn PD Dr. Walter Doralt gebührt auch ein besonderer Dank für bereichernde Gespräche über englisches/deutsches Insolvenzrecht, Rechtsvergleichung (einschl. Fragen des brasilianischen Rechts) bzw. Organhaftung.

Diese Arbeit wäre auch nicht ohne die Förderung der Konrad-Adenauer-Stiftung möglich gewesen. Durch das Promotionsstipendium, das sie mir gewährt hat, konnte ich die meiste Zeit meines Aufenthaltes in Deutschland finanzieren und mich ausschließlich der Dissertation widmen. Auch dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht ist an dieser Stelle zu danken. In dessen Bibliothek wurde der Großteil der Arbeit geschrieben und der dort etablierte Kontakt zu Wissenschaftlern aus der ganzen Welt hat sicherlich einen entscheidenden Einfluss auf die Ergebnisse meiner Arbeit gehabt. Ebenso gebührt besten Dank dem PEPP (Programm in European Private Law for Postgraduates) in Namen von Frau Prof. Dr. Bettina Heiderhoff. Durch die Angelegen-

heit, daran teilzunehmen, konnte ich nämlich sehr produktive Besprechungen mit Promotionsstudenten von etlichen Hochschulen Europas führen.

Der lange Weg zur Fertigstellung meiner Doktorarbeit hat besonders für mich als ausländischen (brasilianischen) Promotionsstudenten einen bedeutenden Lebensabschnitt dargestellt. Im Laufe der fünf Jahre, die ich in Hamburg gelebt habe, haben auch viele anderen Personen eine wichtige Rolle für mich gespielt und am Schaffen der Arbeit mehr oder weniger indirekt mitgewirkt. Wenn auch hier nicht alle vereinzelt genannt werden können, muss ihnen ein aufrichtiges Dankeschön ausgesprochen werden. Jedenfalls möchte ich meine Verwandten aus Norderstedt und Kiel erwähnen, insbesondere Hubert, Heike, Uta und Doris, bei denen ich mich ganz herzlich bedanke. Ihre unschätzbare Unterstützung während meines Aufenthaltes in Deutschland, insbesondere in den ersten Monaten, werde ich nie vergessen. Einen allerherzlichsten Dank verdienen ebenso mein Bruder Andreas und meine Frau Priscila – von wem ich vor ein paar Monaten das bisher schönste Geschenk meines Lebens bekommen habe, meinen Sohn Lars.

Nicht zuletzt bedanke ich mich ganz besonders bei meinen Eltern, Ingo und Margit. Ohne ihre unerschöpfliche Unterstützung und ihren stetigen Anreiz wäre der Weg zur Promotion nicht einmal angefangen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
Kapitel I. Insolvenzeröffnungsgründe im deutschen Recht	21
§ 1. Entwicklung des deutschen Insolvenzrechts	24
A. Von der Konkurs- zur Insolvenzordnung	24
B. Insolvenz-(eröffnungs-)system der Insolvenzordnung	27
§ 2. Insolvenzeröffnungsgründe im deutschen Recht aus evolutiver Perspektive unter besonderer Berücksichtigung der Geschäftsleiterpflichten hinsichtlich prognostischer Elemente	34
A. Zahlungsunfähigkeit	34
I. Entwicklung des Begriffes der Zahlungsunfähigkeit	34
1. Auf einem Mangel an Zahlungsmitteln beruhende Unvermögen, die sofort zu erfüllenden Geldschulden zu begleichen	35
2. Merkmale der Dauer und der Wesentlichkeit	39
a) Wesentlichkeit	39
b) Voraussichtliche Dauer	41
3. Ernsthaft eingeforderte Verbindlichkeiten	48
II. Legaldefinition der InsO	50
1. Reformprozess und Ausbau des Zahlungsunfähigkeitsbegriffes der InsO	50
a) Zahlungsunfähigkeit in der Insolvenzordnung	51
b) Gegenwärtige Auslegung der Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit	53
c) Liquiditätsbegriff der Zahlungsunfähigkeit	54
2. Entwicklung der Rechtsprechung in Bezug auf die Abgrenzung zur Zahlungsstockung	59
a) Kriterien zur Erkennung der Zahlungsunfähigkeit durch Abgrenzung von der Zahlungsstockung und die richterliche Festlegung der Merkmale der Dauer und der Wesentlichkeit	60
b) Kritik zu den Merkmalen des BGH	68

c) Stellungnahme zur Kritik und zur Methode des BGH	70
d) „Ernsthafte Einfordern“ und die BGH-Entscheidung vom 19. Juli 2007	78
III. Feststellung der Zahlungsunfähigkeit	83
1. Liquiditätsbilanz und Liquiditätsplan (Liquiditätsanalyse)	85
2. Wirtschaftskriminalistische Analyse	89
3. Zahlungseinstellung als Zeichen der Zahlungsunfähigkeit	92
IV. Zwischenergebnis	96
B. Drohende Zahlungsunfähigkeit	100
C. Überschuldung	108
I. Entwicklung des Überschuldungsbegriffes	108
1. Methoden zur Einschätzung der Überschuldung	111
a) Bewertung ausgehend von der Jahresbilanz	111
b) Aktivenbewertung ausschließlich unter Annahme der Liquidation	114
c) Aktivenbewertung ausschließlich unter Annahme der Unternehmensfortführung	118
d) Kumulative Prüfungen	121
e) Alternative Prüfung nach Liquidations- oder Fortführungswerten	122
2. Feststellungsmethoden und die Prognosen bei der Überschuldung	128
II. Überschuldungstatbestand in der InsO	130
1. Der Begriff der neuen Insolvenzordnung	130
a) Sinn und Zweck der Überschuldung nach der InsO	133
b) Feststellung der Überschuldung nach § 19 Abs. 2 InsO in der Fassung vom 1. Januar 1999	135
2. Änderung des Überschuldungsbegriffes durch das FMStG	137
a) Rückkehr zum modifizierten zweistufigen Begriff	140
b) Adressaten und Anwendungsbereich	141
c) Inhalt des neuen Tatbestandes	143
d) Kritik	144
III. Analyse der Kritik und Stellungnahme – zugleich Zwischenergebnis	146

§ 3. Ergebnis	152
Kapitel II. Solvenzprognosen und Gläubigerschutz in der gesellschaftsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Diskussion	154
§ 1. Gläubigerschutz im Bereich der Kapitalgesellschaften	154
A. Ziele der gesellschaftsrechtlichen Regelungen betreffend den Gläubigerschutz	155
B. Arten der Kontrollen in den verschiedenen Regelungsbereichen	162
§ 2. Rolle der Solvenzprognosen in Bezug auf den Gläubigerschutz in den Kapitalgesellschaften	167
A. Solvenzprognosen und das Prinzipal-Agenten-Verhältnis	167
B. Solvenzprognosen <i>im „Solvency Test“</i>	171
I. Lage der Diskussion über die Einführung eines Solvenztestes in Europa und in Deutschland	171
1. Kritik am System des festen Nennkapitals	171
2. Vorschläge zur Änderung der Kapitalrichtlinie und weitere Empfehlungen	177
II. Benutzung des Solvenztestes als Ersatz des festen Nennkapitalsystems in anderen Rechtsordnungen	184
III. Vorzüge eines Solvenztestes im Vergleich zur bilanziellen Ausschüttungssperre	189
IV. Kritik an einer ausschließlich auf den Solvenztest basierten Ausschüttungssperre	191
V. Zwischenergebnis	194
§ 3. Solvenzbezogene Kontrollen der Ausschüttungen im deutschen Recht <i>de lege lata</i>	197
A. Rechtsprechung zur Haftung für existenzvernichtende Eingriffe	199
I. Entwicklung der BGH-Rechtsprechung	199
II. Existenzvernichtungshaftung als Instrument der situativen Kapitalkontrolle	205
III. Pflichten der Gesellschafter und der Geschäftsleiter	209
1. Existenzvernichtung als Innenhaftung – Schädigungsverbot gegenüber der Gesellschaft	210
2. Subjektiver Tatbestand	211

3. Entlastung von Gesellschaftern durch Prognosenerstellung	214
4. Ausbreitung auf Geschäftsleiter	217
B. Haftung nach § 64 Satz 3 GmbHG und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG	222
I. Das MoMiG und seine Ziele	222
II. Auslegung der neuen Regelungen	224
1. Zahlungen an Gesellschafter – Anlass für die Prognosenerstellung	225
2. Kausalität – das Herbeiführenmüssen der Zahlungsunfähigkeit	233
3. Subjektiver Tatbestand	237
4. Beachtung der Sorgfalt – der gesetzlich geschaffene Beurteilungsspielraum	239
5. Darlegungs- und Beweispflicht	242
6. Haftung nach § 64 Satz 3 GmbHG und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG im Vergleich zu anderen Haftungsmöglichkeiten – zugleich Zwischenergebnis	244
III. Solvenzprognose nach § 64 Satz 3 GmbHG und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG	248
§ 4. Solvenzprognosen im Rahmen der Überwachungspflicht	251
A. Unterschiedliche Solvenzprognosen im Insolvenz-, Gesellschaft- und Bankenrecht	253
I. Solvenzprognosen für die Erkennung der Überschuldung und der drohenden Zahlungsunfähigkeit	253
II. Prognose bezüglich der (eingetretenen) Zahlungsunfähigkeit	260
III. Prognose bezüglich der Insolvenzverursachungshaftung	268
IV. Andere Solvenzprognosen im deutschen Recht <i>de lege lata</i>	269
1. Fortführungsprognose im Bilanzrecht	269
2. Weitere Solvenzprognosen	273
3. Solvenzprognose nach Insolvenzreife	276
V. Zwischenergebnis	279
B. Ausarbeitung der Daten und deren Bewertung	279
I. Feststellung der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ als Ergebnis der Solvenzprognosen	280

II. Darlegungs- und Beweislast in Verbindung mit Solvenzprognosen – zur Frage der Regulierung der Prognosenaufstellung de lege ferenda	288
§ 5 Ergebnis	292
Kapitel III. Pflichten der Geschäftsleitung in Bezug auf die Erstellung von Solvenzprognosen zur Erkennung der Krise oder als Ausschüttungssperre in anderen Rechtsordnungen	294
§ 1. Frankreich	295
A. Frühwarnsystem, vorinsolvenzrechtliche und insolvenzrechtliche Verfahren	296
B. Insolvenzeröffnungsgründe in Frankreich	301
C. Antragspflicht, Haftung und ihre Auswirkungen auf die Prognosen	305
D. Fehlende Diskussion über Einführung von Solvenztests in Frankreich	308
§ 2. Spanien	308
A. Insolvenzeröffnungsgründe in Spanien	308
B. Antragspflicht, Haftung, Antragsrechte und Anreize für einen Insolvenzantrag	318
C. Pflichten in Bezug auf Solvenzprüfungen im Gesellschaftsrecht	325
§ 3. Portugal	326
A. Insolvenzeröffnungsgründe in Portugal	326
B. Antragspflicht, Haftung und Antragsrechte	333
C. Solvenzorientierte Prüfungen im Rahmen der Ausschüttungen	339
§ 4. Brasilien	341
A. Insolvenzeröffnungsgründe in Brasilien	341
I. Grundregel: Gläubigerantrag auf Konkursverfahren bei Unpünktlichkeit oder Fallimentshandlungen“	341
II. Alternative: Schuldnerantrag auf Sanierungsverfahren bei wirtschaftlich-finanzieller Krise	348
B. Keine Haftung wegen Insolvenzverschleppung – weitere Haftungstatbestände	352

C. Keine Solvenzprüfungen im Gesellschaftsrecht	354
§ 5. England	354
A. Insolvenzeröffnungsgründe und das Eintreten der Insolvenz nach englischem Recht	354
B. Haftungstatbestände in Verbindung mit der Erkennung der Insolvenz	359
I. Wrongful trading	360
II. Duties to creditors	366
III. Zwischenergebnis	371
IV. Exkurs: Durchsetzung und Rechtsfolgen bei <i>wrongful trading</i> und <i>duties to creditors</i> – Vergleich zu den entsprechenden Haftungstatbeständen im deutschen Recht	372
V. Würdigung des direkten Vergleiches	380
C. Solvency Tests im Gesellschaftsrecht	383
§ 6. USA	390
A. Insolvenzgründe und Pflichten der Geschäftsführer im Vorfeld der Insolvenz	390
B. Solvency Tests als Ausschüttungssperre	398
§ 7 Ergebnis	402
Kapitel IV. Unternehmerisches Ermessen, Beurteilungsspielräume und Gläubigerschutz	408
§ 1. <i>Business judgment rule</i> in der deutschen gesellschaftsrechtlichen Diskussion	412
A. Rechtfertigung, Aufgaben und Funktion der <i>business judgment rule</i>	412
B. Tatbestandliche Definierung der <i>business judgment rule</i>	418
I. Handeln zum Wohle der Gesellschaft	418
II. Auf der Grundlage angemessener Informationen	420
III. Vernünftiges Annehmen-Dürfen	423
IV. Unternehmerische Entscheidung	424
§ 2. Unternehmerisches Ermessen in Zeiten der Krise	427
A. Grenzen der Anwendung der <i>business judgment rule</i>	428
I. Legalitätspflicht	428

II. <i>Business judgment rule</i> und Krise der Gesellschaft	433
III. Außenhaftung	435
IV. Anwendung in der GmbH	436
V. Zwischenergebnis	437
B. Ermessen außerhalb der Grenzen der <i>business judgment rule</i>	437
C. Ermessen bzw. Beurteilungsspielräume bei der Fortbestehensprognose	443
§ 3 Ergebnis	447
Zusammenfassung in Thesen	448
Literaturverzeichnis	459

Einleitung

„Gar nichts hast du vorausgesehen. Du siehst nie was voraus. Du siehst nur voraus, was bereits eingetreten ist“¹

*„,Sie sind also der Ansicht, werter Herr Konsul‘ sagte Pastor Wunderlich mit bedächtigem Lächeln und schenkte seiner Dame und sich selbst Rotwein ins Glas ,dass auch ohne Hinzutritt des Geelmaack und seines wilden Gebarens alles gekommen wäre, wie es gekommen ist?‘
,Das wohl nicht‘ sagte der Konsul gedankenvoll und ohne sich an eine bestimmte Person zu wenden. ,Aber ich glaube, daß Dietrich Ratenkamp sich notwendig und unvermeidlich mit Geelmaack verbinden mußte, damit das Schicksal erfüllt würde.‘“²*

„,Das bißchen Hagel...das bißchen Hagel‘ wiederholte er sinnlos. Dann aber ward sein Atem tiefer und ruhiger, die Bewegung seines Körpers langsamer; seine halbgeschlossenen Augen verschleierten sich mit einem müden und fast gebrochenen Ausdruck und mit schwerem Kopfnicken wandte er sich zur Seite.“³

Als in einem von Ionescos berühmtesten Schauspielen eine ganze Stadtbevölkerung sich langsam in Nashörner verwandelt, will der Protagonist Behringer behaupten, er habe dieses Ereignis bereits vorausgesehen. Die während des Stücks zunehmende Absurdität der Geschehnisse und seine eigene anfängliche Ahnungslosigkeit beweisen aber deutlich das Gegenteil. So wird seiner Aussage von Daisy vehement widersprochen⁴. Ihre triviale Antwort beherbergt aber eine kaum widerlegbare Wahrheit, wenn von metaphysischen Erwägungen abgesehen wird: Das Voraussehenkönnen ist dem menschlichen Wesen fremd. Nur was bereits eingetreten ist, kann vorausgesehen werden, oder, besser ausgedrückt, nur anhand dessen, was bereits eingetreten ist, kann überhaupt etwas, mit einem bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad, vorhergesehen werden.

1 Ionesco, Die Nashörner, S. 103.

2 Mann, Budenbrooks, erster Teil, viertes Kapitel, S. 16 f.

3 Mann, Budenbrooks, achter Teil, fünftes Kapitel, S. 372.

4 Siehe Fn. 1; vgl. auch Groß/Amen, WPg 2003, 67, 89.

Als dagegen, in Manns Roman⁵, Thomas Buddenbrook dem Gute Pöpenrade dessen gesamte Jahresernte an Getreide noch „auf dem Halm“ zum halben Preis abkauft, kann er in der Tat nicht voraussehen, dass gleich danach, im Sommer, die gesamte Ernte wegen eines Hagelschlages vernichtet wird. Für solch ein Vorkommnis bestehen keine Anhaltspunkte, auf die eine Voraussage gestützt werden könnte. Somit folgt seine Firma letztendlich dem Schicksal von *Ratenkamp & Comp.*, deren hundertfünfzigjährige Geschichte bereits in den 30er Jahren des neunzehnten Jahrhunderts endete und es den Buddenbrooks ermöglichte, ihr prachtvolles Haus in der Lübecker Mengstraße sehr günstig zu kaufen.

Vorhersagen in der unternehmerischen Praxis sind nichtsdestotrotz ständig notwendig. Entscheidungen sind stets von Annahmen bezüglich Entwicklungen, Tendenzen oder in der Zukunft liegender Fakten geprägt, insbesondere wenn, wie es im Bereich des wirtschaftlichen Handels nicht nur üblich, sondern auch zwingend notwendig ist, mit Fremdkapital gehandelt wird.⁶ Im Wettbewerb kann keine Gesellschaft überleben, deren Geschäftsleitung nicht versucht, vorzudenken.

Für solch ein Voraussehen wird die Geschäftsleitung auch stets beurteilt. Diejenigen, die dabei Erfolg haben, werden durch Bonifikationen oder einen guten Ruf auf dem Arbeitsmarkt belohnt. Diejenigen, die die Geschehnisse falsch voraussehen, bangen um ihre Stellen oder sogar ihre eigenen Investitionen. Aber nicht nur aus Anreizen bzw. marktüblichen Strafen bestehen die persönlichen Folgen des Vorhersagens. Das Recht ahndet sie durch die Auferlegung von Haftung. Freilich kann es dabei nicht um eine Erfolgshaftung gehen. Wird die Unmöglichkeit eines tatsächlichen „Die-Zukunft-Voraussehens“ berücksichtigt, muss eine Verhaltenshaftung vorherrschen. Der Schwerpunkt wird also nicht auf das Ergebnis des Voraussagens, sondern auf die Sorgfalt gelegt, mit der bereits vorhandene Informationen gesammelt und bearbeitet werden und ein wahrscheinliches Ergebnis hergeleitet wird. So fügen sich Prognosen im Gesellschaftsrecht in den Rahmen der allgemeinen Sorgfaltspflichten der Geschäftsleute und Organe ein. Wird der Sorgfaltsmaßstab befolgt, scheidet persönliche Haftung aus.

Abgesehen aber von dieser ganz allgemeinen Aussage bestehen viele Fragen bezüglich des sorgfaltsentsprechenden Verfahrens solcher Prognosen

5 Siehe Fn. 2 und 3; vgl. dazu auch *Schall*, Kapitalgesellschaftlicher Gläubigerschutz, S. 299.

6 *Schall*, Kapitalgesellschaftlicher Gläubigerschutz, S. 299.

seaufstellungen. Grundsätzlich unterscheiden sich Prognosen schon nach dem Zweck, den sie zu erfüllen haben. Voraussagen, die der Erforschung neuer Arbeitsfelder, spezifischer Investitionen, branchenüblicher Tendenzen dienen, unterscheiden sich durch etliche Aspekte. Bestimmte Prognosen sind auch gesetzlich vorgeschrieben und werden folglich von den entsprechenden Tatbeständen modelliert. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es um die Erstellung von Prognosen zur Erkennung von krisenrelevanten Zeichen geht.

Das deutsche Recht erlegt den Geschäftsleitern Pflichten zur Erkennung der Insolvenz auf, die im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen⁷ nicht unwesentlich sind. Seitdem vor einigen Jahren einerseits eine sogenannte Insolvenzverursachungshaftung⁸ gesetzlich vorgeschrieben und andererseits der Überschuldungstatbestand⁹ verändert wurde, liegt die Wichtigkeit von Prognosen noch höher als zuvor. Bezüglich des vom MoMiG eingeführten Zahlungsverbot es wurde dieses sogar einem Solvenztest gleichgestellt¹⁰, auch wenn es in der Tat nur als Verbot ausgestaltet wird und – zumindest vom Wortlaut her – keine positiven Pflichten der Geschäftsleiter beinhaltet.¹¹ Es handelt sich ohnehin um eine paradigmatische Änderung, die den Sinn der zuvor schon existierenden Überwachungspflicht stärkt und zugleich eine Verstärkung von gesellschaftlichen *Standards* im Gegensatz zu *Rules* bedeutet.¹² Die durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) verabschiedete Änderung des § 19 der Insolvenzordnung (InsO) ist dagegen eine Rückkehr zu einem zuvor schon von der Rechtsprechung angenommenen Begriff, die aber, insbesondere aufgrund des zeitlichen Zusammenfallens mit dem Eintritt des MoMiG, den Eindruck einer wesentlichen Zunahme an Relevanz von Fortbestehensprognosen im deutschen Gesellschaftsrecht erweckt.

Ziel dieser Untersuchung ist es deshalb, den rechtlichen Rahmen zur Erstellung von Fortbestehensprognosen tiefgründig zu betrachten. Es geht dabei vor allem um die Frage nach dem Sorgfaltsmaßstab solcher Vorher-

7 Vgl. dazu Kapitel III, S. 294 ff.

8 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), vom 23. 10. 08 (BGBl. I, S. 2026).

9 Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG), vom 17. 10. 2008 (BGBl. I, S. 1982).

10 Vgl. die Nachweise unten Kapitel II, S. 222 ff.

11 *Hirte*, Vortrag auf dem 66. DJT, 2006, P 11, P 22; *Schall*, Kapitalgesellschaftlicher Gläubigerschutz, S. 202 ff.

12 *Hirte*, Vortrag auf dem 66. DJT, 2006, P 11, P 21.

sagen. In der Literatur lassen sich mehrere Beiträge bezüglich der Ausgestaltung solcher Prognosen finden.¹³ In der Regel geht es dabei um betriebswirtschaftliche Diskussionen zu deren idealem Aufbau. Wenig wird dabei allerdings bezüglich der Mindestanforderungen einer den Geschäftsleiter von Haftungsansprüchen entlastenden Prognose gesagt. Die Erstellung einer Fortbestehensprognose nach diesen Anweisungen ist vor allem Wirtschaftsprüfern oder den Finanzabteilungen größerer Unternehmen ohne größere Schwierigkeiten möglich. Den Geschäftsleitern kleinerer GmbHs sind diese Anleitungen allerdings nicht immer so leicht zugänglich und der Zugriff auf externen Rat ist jedenfalls, selbst falls zwingend, kostenintensiv. So erscheint die Frage nach den Mindestvoraussetzungen einer gültigen Prognose schon aufgrund dieser Unterschiede relevant.

Um dieses Ziel zu erreichen, muss zunächst die nicht neue Diskussion über Solvenzprognosen im deutschen Recht betrachtet werden. Historisch befindet sie sich vor allem bei den Insolvenzeröffnungstatbeständen. Dort wird schon seit Jahrzehnten die Notwendigkeit einer vom Geschäftsleiter durchzuführenden Prognose zunehmend thematisiert. Dies ergibt sich vor allem, weil das deutsche Recht den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Aufgabe der Geschäftsleiter und nur ausnahmsweise als Recht der Gläubiger sieht, was besonders aus rechtsvergleichender Sicht sehr deutlich wird.¹⁴ Da die Relevanz der Prognosen in diesem Bereich nicht immer selbstverständlich war und sich nur langsam entwickelt hat, soll sich das erste Kapitel gerade mit einer Betrachtung der Entwicklung der Auslegung dieser Begriffe unter der Konkursordnung und später der Insolvenzordnung beschäftigen. Dabei soll vor allem der Gedanke der Notwendigkeit einer (kurzfristigen) Prognose bei Zahlungsunfähigkeit, einer (langfristigen) Voraussage bei Überschuldung und damit verbunden auch die Debatte zur Einführung und späteren Auslegung eines ausschließlich auf Prognosen basierten Tatbestandes in der InsO herausgearbeitet und herauskristallisiert werden.

13 Vgl. dazu, in der Kommentarliteratur, insbesondere *Drukarczyk*, in: MünchKomm-InsO, § 18, Rn. 23 ff.; *Drukarczyk/Schüler*, in: MünchKomm-InsO, § 19, Rn. 72 ff.; 95 ff.; *Karsten Schmidt*, in: Karsten Schmidt, InsO, § 17, Rn. 32 f.; § 18, Rn. 11 ff.; § 19, Rn. 46 ff.; dazu noch *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, 56; *Groß*, WPg 2010, 119 ff.; *Groß/Amen*, DB 2005, 1861 ff.; *dies.*, WPg 2003, 67 ff.; *dies.*, WPg 2002, 433 ff.; *dies.*, WPg 2002, 225 ff.

14 Vgl. Kapitel III, S. 402.

Im zweiten Kapitel soll vom allgemeinen Gedanken des Gläubigerschutzes im Gesellschaftsrecht ausgegangen werden, um die Rolle von Solvenzprognosen in diesem Bereich zu betrachten. Dabei soll insbesondere die noch widerhallende Diskussion über Gläubigerschutz im Rahmen des europäischen Gesellschaftsrechts, mit einer möglichen Aufgabe des Systems des festen Nennkapitals und Einführung eines Solvenztestes, aufgegriffen und in diesem Zusammenhang die Einführung der sogenannten Insolvenzverursachungshaftung – oft auch als der „deutsche Solvenztest“ bezeichnet – eingehend analysiert werden. Daneben wird die von der Rechtsprechung entwickelte Existenzvernichtungshaftung angegangen, die als Korrelat zur „Insolvenzverursachungshaftung“ im Bereich der situativen Ausschüttungssperren situiert wird und somit auch einen Schritt von der *Rules-* zur *Standards-*Strategie bedeutet, angegangen. Aus dem aus dieser Diskussion herzuleitenden Gedanken der Notwendigkeit der Aufstellung von Solvenzprognosen sollen dann die im Schrifttum und in der Rechtsprechung entwickelten Merkmale zum Aufbau von Prognosen unter die Lupe genommen werden. Dabei sollen die von der Literatur erwähnten unterschiedlichen Zwecke miteinander verglichen werden, um somit die Mindestanforderungen einer Prognose, die den Pflichten zum Insolvenzantrag (§ 15a InsO) und zum Zahlungsverbot (gemäß § 64 Satz 3 GmbHG und § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG) Rechnung tragen, herauszuarbeiten.

Sobald das allgemeine Bild des deutschen Rechtes bezüglich des Themas in seinen Hauptgrundrissen dargestellt wurde, bietet sich ein Seitenblick auf andere Rechtsordnungen an. Dabei sollen unterschiedliche Rechtskulturen in Bezug auf die Fragen nach der Debatte um die Erstellung von Solvenzprognosen bei Ausschüttungssperren und bei Insolvenzantragspflichten betrachtet werden. Die Komplexität und die Weite des Themas sollen somit reduziert werden, indem sich die Analyse grundsätzlich auf die Fragen nach der Existenz von Normen oder aber zumindest von einer Debatte bezüglich der Aufstellung von Solvenzprognosen in anderen Ländern konzentriert.

Das letzte Kapitel beschäftigt sich mit der Frage nach dem für die Erstellung von Fortbestehensprognosen bei den Insolvenzeröffnungs- und Insolvenzverursachungstatbeständen notwendigen Sorgfaltsmaßstab. Dabei soll die *business judgment rule*, in Anlehnung an die nordamerikanische Diskussion über die Anwendung dieser Figur bei entsprechenden Pflichten, im deutschen Recht betrachtet werden und somit, unter Klärung des Unterschiedes dieser zum Begriff des unternehmerischen Ermessens,

die Frage nach den Grenzen des Beurteilungsspielraumes bei Vorhersagen der finanziellen Entwicklungen beantwortet werden.

Die Weite des Themas erfordert andererseits, dass bestimmte Aspekte von vornherein ausgeblendet werden. So sollen beispielsweise konzernrechtliche Eigentümlichkeiten bei der Frage nach den Pflichten von Gesellschaftern und Geschäftsleitern nicht näher betrachtet werden. Gleiches gilt für kapitalmarkt- und bankenrechtliche Aspekte, bei denen spezifische Pflichten in Bezug auf die Kontrolle der Solvenz der Gesellschaft bestehen, die nicht (näher) angegangen werden sollen. Auch die spezifischen Fragen bezüglich der Stellung des Aufsichtsrates und Dritter, denen als faktische Geschäftsführer ähnliche Pflichten auferlegt werden könnten, können hier nicht berücksichtigt werden. Selbiges betrifft spezifische Betrachtungen bezüglich eines kollegialen Organs im Vergleich zur Position des Einzelgeschäftsführers. Das europäische Recht ist gleichfalls nicht Thema der Betrachtung und wird lediglich zur Heranziehung der Diskussion über den Solvenzttest erwähnt. Auch wird die eher betriebswirtschaftlich relevante Frage nach dem korrekten Aufbau der Prognose für den hier verfolgten Zweck nur am Rande betrachtet.

Objekt der Untersuchung sind Kapitalgesellschaften. Dabei sollen GmbHs und AGs einheitlich analysiert werden. Die Unterschiede, die sich insbesondere aufgrund der Weisungsbindung der Geschäftsführer einer GmbH ergeben, verhindern nicht diese Gesamtuntersuchung. So werden die Unterschiede nur dann hervorgehoben, wenn die Disziplin dieser Rechtsformen abweichende Lösungen fordert.

Durch diese Einschränkungen und durch den hier skizzierten Gang der Darstellung soll letztendlich ein Beitrag zum Verständnis der Pflichten im Vorfeld der Insolvenz geliefert werden.

Kapitel I. Insolvenzeröffnungsgründe im deutschen Recht

Ein Unternehmensinsolvenzrecht verdankt einen großen Teil seiner Effektivität der Festlegung des idealen Zeitpunktes der Unternehmensinsolvenzreife.¹⁵ Zudem sind aber auch die den Leitern einer Gesellschaft aufgezungenen Pflichten zur Vermögenssicherung, sei es vor oder nach diesem Moment der Insolvenzreife, ein unentbehrlicher Faktor, der zu dieser Effektivität beiträgt. Mit anderen Worten spielen die rechtzeitige Insolvenzerkennung und die Beherzigung der Pflichten in Bezug auf die Minimierung der Verluste durchaus eine große Rolle für ein akzeptables Gläubigerschutzniveau.

Auf Geschäftsleiterpflichten zur Vermögenssicherung, die nicht unmittelbar mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbunden sind, soll in diesem Moment noch nicht weiter eingegangen werden.¹⁶ Zunächst soll die Feststellung des Momentes der Insolvenzreife untersucht werden. Hierbei handelt es sich eigentlich um zwei verschiedene Gesichtspunkte.

15 Vgl. *Uhlenbruck*, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, *Die GmbH in Krise*, 4. Aufl., S. 403, Rn. 5.1 f.; siehe noch *ders.*, NJW 1975, 897, 898; *Vormbaum/Baumanns*, DB 1984, 1971; dazu auch *Karsten Schmidt*, JZ 1982, 165 („Die entscheidenden Mängel des geltenden Insolvenzrechtes“ seien „seine wertvernichtende Wirkung und der selbst aus Gläubigersicht meist unbefriedigende Ausgang der Verfahren“, die „wenigstens teilweise auf der zu späten Verfahrenseröffnung beruhen“ [eigene Hervorhebung]); zum Gedanken eines idealen Zeitpunktes für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, in der Rechtsprechung, BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666 = NZI 2007, 579 = ZInsO 2007, 939, Rn. 18; BGH, ZInsO 2008, 378 = NZI 2008, 299 = ZIP 2008, 706, Rn. 21. Zunächst ist die Tatsache außer Acht zu lassen, dass ein allgemein anerkannter idealer Zeitpunkt der Insolvenzreife überhaupt nicht existieren kann und dass pauschale Fixierungen immer den Nachteil mit sich bringen, dass sie entweder voreilig ein sanierungsfähiges Unternehmen in ein geregeltes Verfahren hineinstürzen oder nicht existenzfähige Unternehmen zu lange ausdörren lassen (eingehend dazu *Hirte/Knof/Mock*, ZInsO, 2008, 1217 f., und Fn. 23 dieser Arbeit [und die entsprechende Textstelle]). Hier geht es zunächst lediglich um die Tatsache, dass das Insolvenzrecht in der Regel einen Zeitpunkt bestimmt, ab wann ein Unternehmen für ein Insolvenzverfahren reif ist (auch wenn daran nicht unbedingt Pflichten zur Antragstellung angeknüpft sind), und dass dieser in der Regel mit der Frage verbunden ist, was der rechtzeitige Moment für die Auslösung eines Verfahrens wäre.

16 Siehe dazu Kapitel II, S. 222 ff.

Erstens geht es um die objektive Fixierung des Zeitpunktes, in dem eine Gesellschaft Insolvenz beantragen muss oder ab welchem sie, ein Gläubiger oder ein Dritter berechtigt ist, den Antrag zu stellen. Hierzu kommen die gesetzlich geregelten Insolvenzeröffnungsgründe, die sich mit den Insolvenzantragspflichten und -rechten verbinden, in Betracht.¹⁷

Zweitens, ebenso relevant, aber als Folge des Ersten zu verstehen, geht es um die Auferlegung von Pflichten und die Entwicklung von Maßstäben, die das Management eines Unternehmens dazu bringen, eine klare und nachvollziehbare Beurteilung der finanziellen Lage der Gesellschaft zu erstellen.¹⁸ Es handelt sich hier um die Aufnahme von Methoden und Standards, die dem Geschäftsleiter einen dauernden Überblick über die Lage des Unternehmens und dementsprechend den Vergleich dieser Lage mit den Insolvenz- oder sonstigen auf bestimmten Zeitpunkten der Unternehmenskrise basierenden Pflichttatbeständen ermöglichen sollen.¹⁹ In diesem Zusammenhang ist auch meistens von der Erstellung von Prognosen die Rede, die dem Organ erlauben sollen, innerhalb eines gewährten und definierten Beurteilungsspielraumes die Entwicklung der finanziellen Unternehmenslage zu beobachten, um die entsprechenden im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen zu ergreifen. Wichtig ist dafür aber nicht nur, dass die Wirtschaftswissenschaften die nötigen Instrumente für diese Erstellung entwickeln, sondern auch, dass die Insolvenzeröffnungstatbestände so ausgestaltet sind, dass sie eine Erkennung der Insolvenzreife durch den Geschäftsleiter mit der höchstmöglichen Sicherheit erlauben. Denn die Prüfung der Geschäftsleitung bezüglich des angemessenen Zeitpunktes zum Insolvenzantrag – oder sonst zur Wahrnehmung der auferlegten Pflichten – wird ihrerseits im Nachhinein mit hoher Wahrscheinlichkeit infrage gestellt. Zu diesem späteren Zeitpunkt wird die Entscheidung bezüglich der

17 In anderen Ländern, beispielsweise Spanien oder Brasilien, wird normalerweise nicht von Insolvenzeröffnungsgründen als eigenständigen Tatbeständen gesprochen, sondern diese bilden als objektive Voraussetzungen einen Teil des Tatbestandes, der unter anderem auch die subjektiven Aspekte, d. h. die Zulässigkeitsvoraussetzungen, die je nach Umfang des geregelten Insolvenzverfahrens vorgeschrieben werden, erfasst (dazu, Kapitel III, S. 308 ff. und S. 341 ff.).

18 Solche Maßstäbe können dann auch, unter Umständen, für die Pflichten zur Vermögenssicherung (siehe Fn. 16) von Bedeutung sein. Das englische *wrongful trading*, das keine unmittelbaren Pflichten bezüglich der Auslösung von Insolvenzverfahren beinhaltet, ist wohl das bekannteste Beispiel, da es ohnehin eine Prognose seitens der Geschäftsleiter erfordert (dazu Kapitel III, S. 360 ff.).

19 Das Thema soll ausführlicher im Kapitel II angegangen werden.

rechtzeitigen Insolvenzantragstellung oder Wahrnehmung der sonstigen Pflichten anhand der Ereignisse, die letztendlich tatsächlich zur Insolvenz führten, beurteilt. Können sich aber die Geschäftsleitung und die weiteren am Verfahren Beteiligten nicht auf sichere und nachvollziehbare Merkmale stützen, so droht das Risiko, dass das tatsächliche Ergebnis – die Insolvenz – diese Ex-post-Beurteilung im Rahmen eines Verfahrens stört und trübt, was zulasten der Verpflichteten gehen könnte.²⁰

Deswegen sollen zunächst die Insolvenzeröffnungsgründe unter Berücksichtigung dieser beiden Aspekte – gesetzliche Tatbestände einerseits, Pflichten und Standards zu deren Erkennung andererseits – betrachtet werden.²¹ Wie bereits erwähnt²², greifen sie zu früh ein, so kann es im Falle des Bestehens einer Antragspflicht zur Vernichtung eines bisher lebensfähigen Unternehmens kommen, mit allen daraus resultierenden Verlusten; wird aber der Antrag zu spät gestellt, so führt es meistens zu hohen Schäden der Gläubiger. In dieser Hinsicht besteht bei der Fixierung eines Eröffnungsgrundes ein Zusammenhang zwischen zwei entgegenwirkenden Maximen: a) Frühere Insolvenz ist besser als spätere Insolvenz, aber: b) Sanierung ist besser als Liquidation.²³ Innerhalb dieses Paradoxes steht die Entscheidung eines Gesetzgebers zur Definition der Eröffnungsgründe (und der entsprechenden Pflichten bzw. Rechte) sowie deren Auslegung durch Rechtsprechung und Schrifttum.

So sollen die Insolvenzauslösetatbestände des deutschen Rechts insbesondere in Bezug auf ihr zeitmäßiges Einsetzen und ihre Erkennbarkeit analysiert und bewertet werden. Für diesen Zweck dient besonders eine Zusammenfassung ihrer Entwicklung als Ansatzpunkt, denn die entsprechende Diskussion kreiste schon seit der KO um diese Themen. Dazu ist aber zunächst eine (sehr) kurze Darstellung der Entwicklung des gesamten

20 Zum Risiko eines *hindsight* oder eines *outcome bias* *Fleischer*, FS Wiedemann, S. 827, 831 f., 841.

21 Allerdings soll das Thema der Prognosen auch (und ausführlicher) im zweiten Kapitel behandelt werden.

22 Siehe Fn. 15.

23 So *Hirte/Knof/Mock*, ZInsO 2008, 1217f. Vgl. auch, ähnlich diese Problematik angehend, *Karsten Schmidt*, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 38: („[Es] kann nicht gleichzeitig auf diejenigen gehört werden, die ein effektiveres Insolvenzrecht verlangen, und auf diejenigen, die die Unternehmen vor dem Zugriff des Insolvenzrechts schützen wollen, solange Hoffnung auf eine Rettung aus der bereits eingetretenen Insolvenz besteht.“); *ders.*, ZGR 1986, 178, 188 („Zielkonflikt zwischen Effektivität und Rechtssicherheit“).

Insolvenzrechts, die die genaue Rolle der Insolvenzauslösetatbestände erläutern soll, erforderlich.

§ 1. Entwicklung des deutschen Insolvenzrechts

Das deutsche Insolvenzrecht, das heute einheitlich in der Insolvenzordnung (InsO) geregelt wird, ist das Ergebnis einer langen Entwicklung. Durch diese Entwicklung haben sowohl die Tatbestände zur Eröffnung der gerichtlichen Verfahren als auch die Pflichten, die von der Geschäftsleitung im Zusammenhang mit diesen Eröffnungsgründen zu befolgen sind, ihre gegenwärtige Gestaltung erfahren.

A. Von der Konkurs- zur Insolvenzordnung

Durch die Reichsgründung 1871 bestand der endgültige Anlass für eine gesamtdeutsche Regelung der Konkursverfahren, die bis dahin über verschiedene lokale Vorschriften verteilt waren. So wurde der Entwurf einer deutschen Konkursordnung (KO), die die preußische KO von 1855²⁴, die Bayrische Prozessordnung von 1869 und auch den französischen *Code de Commerce* von 1807 – dessen drittes Buch (*des faillites et banqueroutes*) die Konkursregeln der linksrheinischen Gebiete unter vorheriger napoleonischer Herrschaft enthielt – zum Vorbild hatte, schon 1873 veröffentlicht.²⁵ Der „Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung“ wurde mit Änderungen 1875 als „Entwurf des Bundesrates“ dem Reichstag vorgelegt und nach weiteren geringen Modifikationen²⁶ als „Konkursordnung“ am 10. Februar 1877²⁷ verabschiedet. Durch die Novelle vom 17. Mai 1898²⁸ wurde die KO auch dem BGB und den Nebengesetzen angepasst.²⁹

24 Hierzu insbesondere *Thieme*, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, *Einhundert Jahre KO*, 35, 45 ff.

25 Die Beauftragung einer Ausarbeitung dieses Entwurfes durch den Bundesrat fällt noch in die Zeit des Norddeutschen Bundes (*Uhlenbruck*, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, *Einhundert Jahre KO*, 3, 13); siehe auch: *Thieme*, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, *Einhundert Jahre KO*, 35, 50 ff.

26 *Uhlenbruck*, *NJW* 1975, 897.

27 *RGBl.* S. 351.

28 *RGBl.* S. 230, S. 612.

29 *Karsten Schmidt*, in: Kilger/Karsten Schmidt, *Insolvenzgesetze: KO/VgIO/GesO*, *Einl. KO*, I, 1.

Weitere Gesetze haben im Laufe der Jahre punktuelle Änderungen in der KO bewirkt. Die inhaltliche Struktur blieb aber bis zum Inkrafttreten der InsO am 1. Januar 1999 im Wesentlichen erhalten. Parallel zur KO wurde jedoch die Vergleichsordnung (VglO) am 26. Februar 1935 erlassen. Dieser lag der Gedanke zugrunde, dass ein Insolvenzverfahren auch zur Reorganisation des Schuldnervermögens dienen kann bzw. soll. Der Konkursgesetzgeber hatte nämlich, wie aus anderen Rechtsordnungen des 19. Jahrhunderts nachvollzogen werden kann, gemäß dem Zeitgeist die Möglichkeit einer Sanierung innerhalb eines Konkursverfahrens praktisch ausgeschlossen.³⁰ So entstanden seit 1914 etliche Rechtsvorschriften, die diese Lücke im deutschen Recht zu decken versuchten,³¹ bis die Vergleichsordnung von 1935³² ins Leben gerufen wurde. Dahinter stand die Vorstellung, dass ein sanierungswürdiger Schuldner vor den persönlichen und wirtschaftlichen Folgen, welche schon die Eröffnung eines Konkurses auslöste, bewahrt werden sollte.³³

Das alte deutsche Insolvenzrechtssystem unterschied also schon ab dem Verfahrensantrag zwischen Liquidation und Sanierung. Das Vergleichsverfahren konnte nur vom Schuldner beantragt werden, während der Konkursverfahrensantrag auch von den Gläubigern eingereicht werden durfte. Die Voraussetzungen zur Eröffnung dieser Verfahren waren aber gleich, nämlich das Bestehen einer Zahlungsunfähigkeit oder einer Überschuldung. In dieser Hinsicht trat eine gerichtliche Sanierung in der Regel spät ein. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners sowie der Aufgabenbereich des Verwalters waren dagegen ziemlich unterschiedlich und fanden beim Vergleichsverfahren bedeutende Auflockerungen im Ver-

30 Freilich enthielt die KO Regeln eines Zwangsvergleiches innerhalb des Konkursverfahrens, die aber kaum zu einer Reorganisation beitrugen (vgl. *Karsten Schmidt*, in: Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze: KO/VglO/GesO, Einl. VglO, I, 1).

31 So die Bekanntmachung über die Geschäftsaufsicht v. 8. 8. 1914 (RGBl. S. 363), geändert durch die Bekanntmachung v. 14. 12. 1916 (RGBl. S. 1363), die Verordnung v. 8. 2. 1924 (RGBl. I, S. 51) und das Gesetz v. 14. 6. 1924 (RGBl. I, S. 641); und zuletzt das Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses v. 5. 7. 1927 (RGBl. I, S. 139); dazu *Uhlenbruck*, DZWIR 2007, 1, 4.

32 RGBl. I, S. 321.

33 *Karsten Schmidt*, in: Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze: KO/VglO/GesO, Vorbem., I, 2, b.

gleich zum Konkurs. Im Vergleichsverfahren erfüllte der Verwalter im Wesentlichen nur Prüfungs- und Überwachungsaufgaben.³⁴

Dieses getrennte System hat jedoch sehr wenig praktische Ergebnisse verursacht und litt überwiegend an Kritik. Zu den Gründen der Kritik zählte unter anderem³⁵ die mangelnde Verzahnung zwischen Konkurs- und Vergleichsverfahrensrecht³⁶. Die Zahl der eröffneten Vergleichsverfahren war hauptsächlich dadurch zuletzt deutlich zurückgegangen und dies im Gegensatz zu einem wesentlichen Anstieg der Insolvenzen insgesamt. Außerdem führten viele der Vergleichsverfahren unmittelbar zum Anschlusskonkurs und dienten sozusagen nur als dessen Vorbereitung. Des Weiteren führten zuletzt etwa drei Viertel der Unternehmenszusammenbrüche mangels Masse nicht zur Eröffnung eines Konkursverfahrens, und von den eröffneten Verfahren wurde zudem ein erheblicher Teil später mangels Masse eingestellt.³⁷

Dementsprechend war schon während der 1970er Jahre von einer „Krise des Konkursrechts“³⁸ die Rede. Danach nahm diese Art der Kritik progressiv zu, bis 1989 das Bundesministerium der Justiz einen Referentenentwurf³⁹ für eine Insolvenzordnung vorstellte, der 1992 als Regierungsentwurf⁴⁰ vorgelegt wurde. Durch das Bundesgesetz vom 5. Oktober 1994⁴¹ wurde die Insolvenzordnung erlassen, die am 1. Januar 1999 in Kraft trat⁴². Als Grund für das relativ schnelle Verfahren zählten letztendlich auch die Wiedervereinigung und die damit verbundene Notwendigkeit, ein gesamtdeutsches Insolvenzrecht zu schaffen. Davor wurde bereits am 23.5.1991 für die neuen Bundesländer eine Gesamtvollstreckungsordnung (GesO) erlassen, die zum Teil schon Grundsätze der Insol-

34 Vgl. *Karsten Schmidt*, in: *Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze: KO/VglO/GesO*, Einl. VglO, II, 3.

35 Dazu ausführlicher *Karsten Schmidt*, in: *Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze: KO/VglO/GesO*, Einl. KO, II, 1 b.

36 *Karsten Schmidt*, *Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen*, S. 17; *ders.*, KTS 1982, 613, 614.

37 *Karsten Schmidt*, in: *Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze: KO/VglO/GesO*, Vorbem., II, 2. Siehe auch *Jensen*, *Die Verfahrensauslösungstatbestände*, S. 2 ff.

38 *Kilger*, KTS 1975, 142 ff.; *Uhlenbruck*, NJW 75, 897 ff.

39 Bundesministerium der Justiz (BMJ), RefE-InsO, 1989.

40 BT-Drucks. 12/2443 vom 15. 4. 1992.

41 BGBl. I, S. 2866, geändert durch das Gesetz v. 19. 7. 1996, BGBl. I, S. 1013.

42 *Karsten Schmidt*, in: *Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze: KO/VglO/GesO*, Einl. KO, II, 1, b, c.

venzrechtreform aufgriff, der aber insgesamt einem stimmigen Gesamtkonzept fehlte.⁴³

B. Insolvenz-(eröffnungs-)system der Insolvenzordnung

Die Insolvenzordnung strebt unter anderem als Folge der zuvor entwickelten Kritiken zur KO und zur VglO die Vereinheitlichung von Konkurs und Vergleich in einem Insolvenzverfahren, die Erleichterung der Verfahrensöffnung, die Flexibilisierung der strengen Konkursverwaltungsfolgen, mehr Gläubigerautonomie und eine Verschärfung des Anfechtungsrechts an.⁴⁴

Im Rahmen der Verfahrenseröffnung wurden die entsprechenden Voraussetzungen, im Vergleich zur KO, zumindest vom Wortlaut her erleichtert⁴⁵, die Beweisanforderungen sind aber dennoch praktisch die gleichen. Stellt der Gläubiger einen Insolvenzantrag, so müssen das Vorliegen des Insolvenzeröffnungsgrundes und seine Forderung glaubhaft gemacht werden (§ 14 Abs. 1 InsO).⁴⁶ Außerdem muss er glaubhaft darlegen, dass das Vermögen des Schuldners ausreicht, um die Kosten des Verfahrens zu decken.⁴⁷ Die Glaubhaftmachung wird übrigens auch vom Schuldner als juristische Person verlangt, wenn der Insolvenzantrag nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans oder allen Abwicklern und, im Falle der Führungslosigkeit⁴⁸, von allen Gesellschaftern oder allen Mitgliedern des Aufsichtsrates⁴⁹ gestellt wird (§ 15 Abs. 2 InsO). Liegt die Glaubhaftma-

43 *Karsten Schmidt*, in: Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze: KO/VglO/GesO, Einl. GesO, 1, a.

44 *Karsten Schmidt*, in: Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze: KO/VglO/GesO, Einl. KO, II, 1, d.

45 So jedenfalls *Paulus*, DZWIR 1999, 53, 56, angesichts der vereinfachten Nachweisvoraussetzungen bezüglich des Tatbestandes der Zahlungsunfähigkeit im Vergleich zu den während der Geltung der Konkursordnung geforderten Tatbestandsmerkmalen.

46 Dies indiziert seinerseits auch das nach § 14 Abs. 1 InsO erforderliche rechtliche Interesse des Gläubigers (*Uhlenbruck*, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, 13. Aufl., § 14, Rn. 39 u. 59).

47 *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht, Rn. 261.

48 Diese Pflicht, wie auch die Vereinheitlichung der Antragspflichten in § 15a InsO, wurde erst durch das MoMiG (BGBl. 2008 I, S. 2026) ins deutsche Recht eingeführt.

49 *Hirte*, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, § 15, Rn. 11.

chung nicht vor, so ist der Antrag als unzulässig abzuweisen.⁵⁰ Das Gericht soll dadurch nämlich zu der Überzeugung gelangen, dass der vom Antragsteller behauptete Insolvenzgrund und die Forderung(en) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben sind.⁵¹ Dafür wird kein voller Beweis verlangt, sondern es reicht die Feststellung anhand einer vom Antragsteller erbrachten substanziierten Darlegung aus.⁵² Besonders bezüglich der Darstellung der Eröffnungsgründe haben die Gläubiger ohnehin mit größeren Schwierigkeiten zu rechnen. Da ist die Glaubhaftmachung, obgleich sie die Entlastung von der Notwendigkeit eines vollen Beweises bedeutet, auch eine nicht zu vernachlässigende Hürde.⁵³

Anders ist die Lage, wenn der Antrag vom einzigen oder allen Organmitgliedern gestellt wird. Dann sind zwar nachvollziehbare Angaben zur Vermögens- und Finanzlage notwendig, eine Schlüssigkeit im technischen Sinn dagegen nicht erforderlich.⁵⁴ Der Insolvenzgrund muss in diesem Fall nicht glaubhaft gemacht werden. Es reicht aus, dass die Tatsachen, welche die wesentlichen Merkmale des Eröffnungsgrundes erkennen lassen, substanziiert mitgeteilt werden.⁵⁵ So ist zumindest eine grobe Übersicht über die aktuelle Vermögenssituation unter Angabe der ungefähren Höhe der Verbindlichkeiten samt Fälligkeiten und der dagegenstehenden Vermögenswerte zu geben. Eine genaue oder detaillierte Vermögensaufstellung soll nicht erforderlich sein. Anschließend muss aber sowohl bei Zahlungsunfähigkeit als auch bei Überschuldung ebenfalls das prognostische Element dieser Tatbestände angezeigt werden.⁵⁶

50 Uhlenbruck, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, 13. Aufl., § 14, Rn. 79; vgl. noch Kriegel, in: Nickert/Lamberti, Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung, Rn. 65.

51 Schmahl/Vuia, in: MünchKomm-InsO, § 14, Rn. 65; vgl. noch Huber, in: Musielak-ZPO, § 294, Rn. 3; Kriegel, in: Nickert/Lamberti, Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung, Rn. 68; dazu, im Rahmen der Insolvenzeröffnung, BGH, ZinsO 2006, 827; BGH, ZIP 2004, 1466.

52 Uhlenbruck, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, 13. Aufl., § 14, Rn. 58.

53 Hirte, FS Lürer, S. 387, 392 ff.; ders., Vortrag auf dem 66. DJT, 2006, P 11, P36; ders./Mock, ZIP 2005, 474, 477.

54 BGHZ 153, 205 = NJW 2003, 1187 = ZIP 2003, 2003, 358; Leithaus, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 15a, Rn. 8; vgl. auch Hirte, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, § 15a, Rn. 18; Poertzen, ZInsO 2008, 944, 948, Fn. 46.

55 § 4 InsO i. V. m. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO; dazu BGHZ 153, 205, 207 = NJW 2003, 1187 = ZIP 2003, 358; Gerhardt, in: Jaeger, InsO, § 14, Rn. 17.

56 Dazu ausführlicher S. 85 und S. 108 ff. und Kapitel II, S. 253 ff.

Die Insolvenzordnung unterscheidet des Weiteren klar zwischen dem Insolvenzantragsrecht – der Gläubiger im Falle der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit und des Schuldners im Falle der drohenden Zahlungsunfähigkeit – und der Insolvenzantragspflicht⁵⁷, die dem Schuldner im Falle der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit auferlegt wird. Dabei haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, höchstens innerhalb von drei Wochen, den Insolvenzantrag zu stellen.⁵⁸ Dem Schuldner wird also eine Antragsfrist gewährt, die aber nicht als verfahrensrechtliche Frist zu sehen ist, sondern als eine besondere „Sanierungsfrist“⁵⁹. Diese setzt voraus, dass ernsthafte Sanierungsversuche durchgeführt werden müssen, damit der Insolvenzgrund nachhaltig beseitigt wird.⁶⁰ Es handelt sich deshalb um eine einschränkende zeitliche Höchstgrenze.⁶¹ Sind keine Sanierungsmaßnahmen möglich und ist dadurch bis zum Ablauf der Frist der Insolvenzgrund nicht zu beseitigen, so soll die Insolvenz ohne schuldhaftes Zögern beantragt werden. Die Pflicht zum Antrag existiert demgemäß seit dem Eintreten eines Eröffnungstatbestandes, das Gebot ihrer Erfüllung wird aber im Sinne

57 Von den Rechtsfolgen her unterscheidet das deutsche Recht seit dem ESUG auch zwischen einem (Schuldner-) Antrag wegen Überschuldung und einem wegen Zahlungsunfähigkeit. Nur der Erstere ermöglicht die Beanspruchung eines „Schutzschirms“ gemäß § 270b InsO.

58 § 15a InsO. Siehe auch, noch in Bezug auf die alten, vor der GmbH-Reform von 2008 in den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Einzelregelungen niedergelegten Antragspflichten, Müller, in: Jaeger, InsO, § 15, Rn. 74–83.

59 Poertzen, ZInsO 2008, 944, 945 f.; ders., Organhaftung, S. 162; dazu auch Hirte, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, § 15a, Rn. 16; ferner Eckhoff, Die Haftung, S. 90 ff.

60 Diese Sanierungsfrist wurde erstmals 1930 eingeführt (RGBl. I, 1930, S. 93), als Folge des 1927 entstandenen Vergleichsverfahrens (dazu Fn. 31). Damals diente sie hauptsächlich zur Entscheidung zwischen dem Konkurs- und dem Vergleichsverfahren. Dass die Antragsfrist daneben auch den Zweck der Durchführung außergerichtlicher Sanierungsmaßnahmen haben sollte, entsprach wohl nicht der Absicht des historischen Gesetzgebers, wurde aber von der h. M. gebilligt. Nach dem Inkrafttreten der InsO kann sie nur noch in diesem Sinne verstanden werden (Poertzen, ZInsO 2008, 944, 945).

61 Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64, Rn. 163, Hirte, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, § 15a, Rn. 16; Poertzen, ZInsO 2008, 944, 946; ders., Organhaftung, S. 162. Dazu auch Eckhoff, Die Haftung, S. 95.

einer Suspendierung „gehemmt“⁶², damit jegliche Sanierungsmaßnahmen noch durchgeführt werden können⁶³.

Die Sanierungsfrist beginnt nach einer verbreiteten Meinung⁶⁴ erst mit positiver Kenntnis des Eröffnungsgrundes. Dieser Standpunkt werde aber dadurch beschränkt, dass sich der organschaftliche Vertreter der Kenntniserlangung nicht wider Treu und Glauben verschließen dürfe.⁶⁵ So sei das Vorliegen eines Eventualvorsatzes zur Unkenntnis Grund für die Anerkennung des Beginns der Sanierungsfrist. Anderer Auffassung⁶⁶ nach reiche schon die Erkennbarkeit des Eröffnungsgrundes. So sei grundsätzlich davon auszugehen, dass die Sanierungsfrist spätestens dann zu laufen beginne, „wenn die pflichtgemäße Prüfung der finanziellen Verhältnisse die Insolvenz des Schuldners ergeben hätte“⁶⁷. Für den Beginn der Frist könne diese aber nur durch grobe Fahrlässigkeit⁶⁸ dem Geschäftsleiter entgehen.

62 *Poertzen*, ZInsO 2008, 944, 946; *ders.*, Organhaftung, S. 163; zuvor schon *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl., § 63, Rn. 26; siehe auch *Schmahl*, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl., § 15, Rn. 109.

63 Vgl. *Müller*, in: Jaeger, InsO, § 15, Rn. 91–92; kritisch *Hirte*, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, § 15a, Rn. 17.

64 Vgl. BGHZ 75, 96, 110 f. = NJW 1979, 1823, 1827; siehe auch BGHZ 126, 181, 199; *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 64, Rn. 50, insbesondere Fn. 204 m. w. N.; auch *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, Vorb. § 64, Rn. 69.

65 *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 64, Rn. 50; dazu siehe *Müller*, in: Jaeger, InsO, § 15, Rn. 90.

66 BGHZ 143, 184, 185 = NJW 2000, 668; ähnlich, aber einen höheren Verschuldungsmaßstab fordernd, *Lutter/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl., § 64, Rn. 28; *Karsten Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 9. Aufl., § 64, Rn. 18; siehe auch *Uhlenbruck*, WiB, 1996, 409, 414, der lediglich vom objektiven Eintritt der Insolvenz redet, wohl aber auch auf Erkennbarkeit bei der Frage der Verschuldung setzt. Entgegen h. M. (siehe, statt aller, *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 64, Rn. 50) ist *Poertzen* (ZInsO 2008, 944, 947, dort Fn. 29) der Auffassung, dass die erwähnte Entscheidung des BGH keine „Abkehr von der Grundsatzentscheidung BGHZ 75, 96 ff. und der Forderung des BGH nach positiver Kenntnis des Organvertreters als Voraussetzung für den Beginn der Sanierungsfrist“ darstelle. Die Entscheidung BGHZ 143, 184, 185 betreffe „allein die subjektiven Voraussetzungen der Innenhaftung und der Antragspflicht“, „nicht aber die subjektiven Erfordernisse für Beginn der Sanierungsfrist“.

67 *Poertzen*, ZInsO 2008, 944, 948; *ders.*, Organhaftung, S. 166; zur pflichtgemäßen Prüfung der finanziellen Verhältnisse siehe Kapitel II, S. 251 ff.

68 *Hirte*, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, InsO, § 15a, Rn. 14.