

JOHANNES RICHTER

Verschleppte Eröffnung von Insolvenzverfahren

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
145*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht
Band 145

herausgegeben von
Rolf Stürner



Johannes Richter

Verschleppte Eröffnung von Insolvenzverfahren

Zur unzulässigen Verlängerung von
Insolvenzeröffnungsverfahren unter besonderer
Berücksichtigung der Insolvenzgeldvorfinanzierung

Mohr Siebeck

Johannes Richter, geboren 1987; Studium der Katholischen Theologie und Germanistik an der Universität Bochum, 2009 B. A.; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bonn und der York Law School, 2014 Erstes Staatsexamen; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bonn; 2018 Promotion; derzeit Rechtsreferendar am Oberlandesgericht Köln.

Gedruckt mit Unterstützung der Studienstiftung *ius vivum*, Kiel und des Arbeitskreises Wirtschaft und Recht des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft, Köln.

ISBN 978-3-16-155930-3 / eISBN 978-3-16-155931-0

DOI 10.1628/ 978-3-16-155931-0

ISSN 0722-7574 / eISSN 2568-7255

(Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von eplene in Böblingen aus der Times New Roman gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Am Phänomen des „unnatürlich langen“ Insolvenzeröffnungsverfahrens zeigt sich in spannender Weise, welche bedeutenden Auswirkungen ein im Kern rein verfahrensrechtliches Problem auf das materielle Recht haben kann. Den Hinweis auf diese facettenreiche Thematik des deutschen Insolvenzrechts und den Anstoß zur kritischen Auseinandersetzung mit der gängigen Praxis hat Prof. Dr. *Moritz Brinkmann* gegeben. Hierfür, vor allem aber auch für seine außergewöhnlich engagierte und interessierte Betreuung, gilt ihm mein ganz besonderer Dank.

Prof. Dr. *Eberhard Schilken* danke ich für seine hilfreichen Anmerkungen und die umgehende Begutachtung der Arbeit, Prof. Dr. *Rolf Stürner* für die Aufnahme der Arbeit in die von ihm herausgegebene Schriftenreihe. Die statistischen Erhebungen dieser Arbeit wurden ermöglicht, begleitet und gefördert durch die Insolvenzrichter Dr. *Helmut Zipperer*, Dr. *Peter Laroche* und Dr. *Axel Herchen*, denen aus diesem Grund mein herzlicher Dank gebührt.

Für die Unterstützung, die ich durch das Cusanuswerk erfahren habe, bin ich sehr dankbar. Sie hat mir wichtige Freiräume eröffnet und mich auch persönlich geprägt. Der Studienstiftung *ius vivum* und dem Arbeitskreis *Wirtschaft und Recht* des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft danke ich herzlich für die finanzielle Unterstützung bei der Drucklegung.

Schließlich danke ich von Herzen meiner Frau, meiner Familie und meinen Freunden. Auf ihre Unterstützung darf ich mich immer verlassen.

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurde die Schrift auf den Stand von Februar 2018 gebracht.

Bonn, im Februar 2018

Johannes Richter

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
Kapitel 1: Rechtliche Rahmenbedingungen des Insolvenzeröffnungsverfahrens	5
<i>A. Der Weg von der materiellen zur formellen Insolvenz</i>	<i>5</i>
<i>B. Notwendige Voraussetzungen zur Beendigung des Eröffnungsverfahrens</i>	<i>15</i>
<i>C. Zwischenfazit</i>	<i>24</i>
Kapitel 2: Die Dauer von Eröffnungsverfahren in der Praxis	27
<i>A. Vorliegende Aussagen, Erkenntnisse und Studien</i>	<i>27</i>
<i>B. Eigene Datenerhebung und -auswertung</i>	<i>35</i>
<i>C. Zwischenfazit</i>	<i>44</i>
Kapitel 3: Vorteile und praktischer Hintergrund des verlängerten Eröffnungsverfahrens	45
<i>A. Das Insolvenzzgeld und seine Vorfinanzierung</i>	<i>45</i>
<i>B. Weitere Massevorteile bei verlängerten Eröffnungsverfahren</i>	<i>159</i>
Kapitel 4: Zulässigkeit der Entscheidungsverzögerung	173
<i>A. Richterliche und höchstrichterliche Entscheidungen</i>	<i>174</i>
<i>B. Gesetzliche Vorgaben und Hinweise zum Eröffnungszeitpunkt</i>	<i>177</i>
<i>C. Erkenntnisse aus der Historie der Insolvenzordnung</i>	<i>192</i>
<i>D. Systematik und Zweck der Insolvenzordnung</i>	<i>200</i>
<i>E. Ergebnis</i>	<i>268</i>

Kapitel 5: Konsequenzen und Ausblick	273
A. Umgehung der Eröffnungspflicht	273
B. Weitergehende Verfahrensbeschleunigung	274
C. Einschränkungen hinsichtlich des Insolvenzgelds und dessen Vorfinanzierung	275
D. Ausblick auf Fortführungs- und Sanierungsmöglichkeiten	277
 Kapitel 6: Zusammenfassung der wesentlichen Thesen und Erkenntnisse	 285
A. Statistische Erkenntnisse zur Dauer von Eröffnungsverfahren	285
B. Das Insolvenzgeld und seine Vorfinanzierung	285
C. Die gezielte Verlängerung von Insolvenzeröffnungsverfahren	287
D. Konsequenzen und Ausblick	291
 Ergebnisse der statistischen Erhebung	 293
 Literaturverzeichnis	 299
 Sachregister	 323

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
Kapitel 1: Rechtliche Rahmenbedingungen des Insolvenzeröffnungsverfahrens	5
<i>A. Der Weg von der materiellen zur formellen Insolvenz</i>	5
I. Von der materiellen Insolvenz zum Insolvenzantrag	5
II. Vom Insolvenzantrag zum Insolvenzverfahren	7
1. Die Phasen des Insolvenzeröffnungsverfahrens	7
2. Die Funktionen des Insolvenzeröffnungsverfahrens	11
3. Die Sonderform des Eröffnungsverfahrens in Eigenverwaltung ...	14
<i>B. Notwendige Voraussetzungen zur Beendigung des Eröffnungsverfahrens</i>	15
I. Feststellung eines Insolvenzgrundes	16
1. Die Notwendigkeit des Insolvenzgrundes	17
2. Die notwendige Überzeugung des Gerichts	18
3. Die Prüfung im Eröffnungsverfahren	19
II. Deckung der Verfahrenskosten	22
<i>C. Zwischenfazit</i>	24
Kapitel 2: Die Dauer von Eröffnungsverfahren in der Praxis	27
<i>A. Vorliegende Aussagen, Erkenntnisse und Studien</i>	27
I. Aussagen in der Literatur zur Dauer des Eröffnungsverfahrens	27
II. Studien unter Geltung der Konkursordnung	28
1. Gerichtsbefragung durch Gottschalk	28
2. Gerichtsbefragung durch Herbert	28
3. Datenauswertung durch das MPI	29

III. Studien unter Geltung der Insolvenzordnung	30
1. Gerichtsbefragung durch Roth	30
2. Verwalterbefragung und Datenauswertung durch Schüssler/Klose	31
3. Datenauswertung durch Icks/Kranzusch	33
IV. Studien zur Eigenverwaltung nach Erlass des ESUG	34
<i>B. Eigene Datenerhebung und -auswertung</i>	<i>35</i>
I. Datenerhebung bei Gericht	35
II. Datenmaterial	36
III. Ergebnisse der Untersuchung	38
IV. Fokussierung auf juristische Personen	41
<i>C. Zwischenfazit</i>	<i>44</i>
Kapitel 3: Vorteile und praktischer Hintergrund des verlängerten Eröffnungsverfahrens	45
<i>A. Das Insolvenzgeld und seine Vorfinanzierung</i>	<i>45</i>
I. Das Institut des Insolvenzgeldes	47
1. Ausgangspunkt und europarechtlicher Hintergrund des Insolvenzgeldes	48
2. Voraussetzungen und Inhalt des Insolvenzgeldanspruchs	50
3. Lücken im Arbeitnehmerschutz	52
4. Finanzierung des Insolvenzgeldes	54
5. Das Volumen der Insolvenzgeldumlage	56
6. Ansprüche im eröffneten Verfahren	57
7. Das Insolvenzgeld als Liquiditätsquelle	59
II. Die Insolvenzgeldvorfinanzierung	60
1. Die Genese der gesetzlichen Rahmenbedingungen der Vorfinanzierung	61
a) Entwicklung der Vorfinanzierung durch die Praxis	62
b) Die gesetzliche Anerkennung der Vorfinanzierung	64
c) Vorfinanzierung im geltenden Recht	65
d) Erkenntnisse aus der Gesetzesentwicklung	67
2. Rechtstechnische Ausgestaltung der Insolvenzgeldvorfinanzierung	68
a) Vertragliche Umsetzung der Vorfinanzierung	69
b) Rahmenvertrag	71
c) Revolvierende Vorfinanzierung	73
3. Vorfinanzierung bei vorläufiger Eigenverwaltung	77
a) Vorfinanzierung im Verfahren nach § 270b InsO	78
b) Vorfinanzierung im Verfahren nach § 270a InsO	81
4. Der Zustimmungsvorbehalt	83
a) Zustimmungsverfahren	84
b) Voraussetzungen der Zustimmung	85

c) Effektivität des Zustimmungsvorbehalts zur Missbrauchsverhütung	88
aa) Auslegung der gesetzlichen Zustimmungsvoraussetzungen	90
bb) Fundierte Prüfung und schnelle Entscheidung	93
cc) Interessenlage der Bundesagentur für Arbeit	95
dd) Sachkompetenz und Entscheidungsgrundlage	96
d) Zustimmungspraxis	99
5. Praktische Auswirkungen der Insolvenzgeldvorfinanzierung	102
a) Schutz der Arbeitnehmerinteressen	102
aa) Lohnausfall wegen Insolvenzgeldvorfinanzierung	103
bb) Sicherung von Arbeitsplätzen durch Insolvenzgeldvorfinanzierung	104
b) Bedeutung der Vorfinanzierung für die Betriebsfortführung	107
c) Einfluss des Insolvenzgeldzeitraums auf die Dauer des Eröffnungsverfahrens	112
aa) Verzögerung bei Betriebsfortführung	112
bb) Verzögerung bei Betriebsstilllegung	114
III. Verfassungsmäßigkeit der Normierung von Insolvenzgeld und dessen Vorfinanzierung	115
1. Subventionseffekt im Wettbewerb	116
2. Finanzierungspflicht der Arbeitgeber	118
3. Konsequenzen	122
4. Anmerkungen zur Finanzierungslast	123
IV. EU-Rechtskonformität der Normierung von Insolvenzgeld und dessen Vorfinanzierung	126
1. Vorgaben des EU-Sekundärrechts	126
2. Vorgaben des EU-Primärrechts	127
a) Der Stundungs- und Liquiditätsvorteil als Beihilfe	129
b) Die Rangrückstufung der Lohnforderungen als Beihilfe	132
aa) Die Begünstigung als staatliche Maßnahme	132
bb) Die Selektivität der Begünstigung	134
cc) Wettbewerbsverfälschung	139
dd) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten	139
ee) De-minimis-Beihilfe	140
ff) Zwischenergebnis zum Beihilfencharakter	141
c) Genehmigungsfähigkeit der Beihilferegelung	142
3. Beihilferechtliche Konsequenz und Alternative	144
V. Insolvenzgeld, Vorfinanzierung und Marktwirtschaft	146
1. Erhalt konkreter Arbeitsplätze als Rechtfertigung	147
2. Subventionierung durch Insolvenzgeld als Eingriff in den Markt	149
VI. Zwischenfazit	155

<i>B. Weitere Massevorteile bei verlängerten Eröffnungsverfahren</i>	159
I. Zeitgewinn für eine Fortführungs- und Sanierungsprüfung	159
II. Vorbereitung der Entscheidung über das Wahlrecht zu gegenseitigen Verträgen	160
III. Vermeidung von Masseverbindlichkeiten	162
1. Umfassende Begründung von Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren	163
2. Selektive Begründung von Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren	164
IV. Optimierung von Vertragskündigungen	166
V. Reduzierung der Haftungsgefahr für den Insolvenzverwalter	167
VI. Erhalt massegünstiger Positionen	170
VII. Erleichterung der Buchführung	171
Kapitel 4: Zulässigkeit der Entscheidungsverzögerung	173
<i>A. Richterliche und höchstrichterliche Entscheidungen</i>	174
<i>B. Gesetzliche Vorgaben und Hinweise zum Eröffnungszeitpunkt</i>	177
I. Vorgaben für den Eröffnungsbeschluss (§ 27 InsO)	178
1. Unzulässigkeit der Beschlussvordatierung	180
2. Übertragbarkeit auf die Frage der Eröffnungsverzögerung	181
II. Vorgaben für den Abweisungsbeschluss (§ 26 InsO)	183
III. Vorgaben zur Anordnung vorläufiger Sicherungsmaßnahmen (§§ 21, 22 InsO)	184
1. Vorläufige Sicherung im Allgemeinen	184
2. Verwertungs- und Einziehungsverbot im Eröffnungsverfahren	185
3. Sanierungsprüfung durch den vorläufigen Verwalter	187
IV. Vorgaben zum Umgang mit unzulässigen Anträgen (§ 13 Abs. 3 InsO)	189
V. Dauer von Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO)	189
VI. Zusammenfassung	191
<i>C. Erkenntnisse aus der Historie der Insolvenzordnung</i>	192
I. Bericht der Kommission für Insolvenzrecht	192
II. Entwürfe zur Insolvenzordnung	194
III. Neujustierung im Rechtsausschuss	196
IV. Gesetzgeberische Position unter Geltung der Insolvenzordnung	199
<i>D. Systematik und Zweck der Insolvenzordnung</i>	200
I. Rechtliche Relevanz der praktischen Vorteile einer Eröffnungsverzögerung	202
II. Problematische Konsequenzen der Eröffnungsverzögerung	204
1. Selektive Sonderbelastung bestimmter Neugläubiger	205
a) Ursprünglicher Ansatz der InsO und Entwicklung	206
b) Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz	207

c) Vorgehen zulasten einzelner (Zwangs-)Gläubiger	210
aa) Belastung von Vermietern, Verpächtern etc.	211
(1) Belastung bei Vertragsfortführung	213
(2) Belastung bei mutmaßlicher Vertragsbeendigung	214
bb) Belastung bei Unmöglichkeit der Leistungsverhinderung .	216
cc) Belastung kenntnisloser Geschäftspartner	218
d) Zwischenfazit	220
e) Bedeutung des verlängerten Eröffnungsverfahrens	221
2. Lücken im Insolvenzeingangsschutz	222
a) Unzulänglichkeit des Kontrollverfahrens	223
b) Grundlage für Manipulationsmöglichkeiten	225
aa) Strategischer Einsatz bei Gläubigeranträgen	226
bb) Strategischer Einsatz bei Schuldneranträgen	227
c) Bedeutung von Funktion und Dauer des Eröffnungsverfahrens .	229
3. Spannung zwischen Antrags- und Amtsverfahren	230
a) Verdeutlichung des Problems und seiner Aktualität	232
b) Problematik bei Eröffnungsverzögerung	234
4. Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung als Fixpunkt	236
a) Eröffnung als Fixpunkt im Insolvenzrecht	236
aa) Eintritt des Massebeschlags	237
bb) Aufrechnungsmöglichkeiten	238
cc) Begrenzung des Umfangs gesetzlicher Pfandrechte	240
dd) Stichtagsbezogene Wertbestimmung	241
ee) Zeitpunkt der Restschuldbefreiung	242
b) Eröffnung als Fixpunkt im Zivilrecht	243
aa) Gesetzlicher Fixpunkt	243
bb) Vertraglicher Fixpunkt	245
5. Kosten des Eröffnungsverfahrens	246
6. Dogmatische Spannungen	248
a) Betriebsfortführung im Eröffnungsverfahren	249
aa) Notwendige Kompetenzen des vorläufigen Verwalters	250
bb) Bedürfnis nach früher Unternehmensübertragung	253
cc) Frühzeitige Beteiligung der Gläubiger	255
dd) Gläubigerschutz bei vorläufiger Eigenverwaltung über § 276a InsO	257
b) Bruch zwischen EuInsVO und InsO	259
aa) Verfahrenseröffnung unter der EuInsVO 2000	260
bb) Verfahrenseröffnung unter der EuInsVO 2015	264
c) Zwischenfazit	266
<i>E. Ergebnis</i>	268

Kapitel 5: Konsequenzen und Ausblick	273
<i>A. Umgehung der Eröffnungspflicht</i>	273
<i>B. Weitergehende Verfahrensbeschleunigung</i>	274
<i>C. Einschränkungen hinsichtlich des Insolvenzgelds und dessen Vorfinanzierung</i>	275
<i>D. Ausblick auf Fortführungs- und Sanierungsmöglichkeiten</i>	277
I. Schwierigkeiten für die Betriebsfortführung im kurzen Eröffnungsverfahren	277
II. Verbleibende Sanierungsperspektiven	279
Kapitel 6: Zusammenfassung der wesentlichen Thesen und Erkenntnisse	285
<i>A. Statistische Erkenntnisse zur Dauer von Eröffnungsverfahren</i>	285
<i>B. Das Insolvenzgeld und seine Vorfinanzierung</i>	285
<i>C. Die gezielte Verlängerung von Insolvenzeröffnungsverfahren</i>	287
<i>D. Konsequenzen und Ausblick</i>	291
Ergebnisse der statistischen Erhebung	293
I. Durchschnitts- und Medianwerte zur Dauer von Eröffnungsverfahren	293
II. Verteilung der Ergebnisse	295
Literaturverzeichnis	299
Sachregister	323

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AFRG	Arbeitsförderungs-Reformgesetz
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AR-Blattei SD	Arbeitsrecht-Blattei, Systematische Darstellung
Art.	Artikel
BA	Bundesagentur für Arbeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
BCG	Boston Consulting Group
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRJ	Bonner Rechtsjournal
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMJ	Bundesministerium der Justiz
bspw.	beispielsweise
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BuW	Betrieb und Wirtschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BW	Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
c. a.	circa
COMI	Centre of main interests/Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen
DA	Durchführungsanweisung
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe

DiskE	Diskussionsentwurf
d. h.	das heißt
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ebd.	ebenda
ErwGr.	Erwägungsgrund
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	folgend(e)
FA	Fachanwalt
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GmbHR	GmbH-Rundschau
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Hartz III	Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt
HbeglG	Haushaltsbegleitgesetz
Hdb	Handbuch
HE	Hessen
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
IfM	Institut für Mittelstandsforschung Bonn
insbes.	insbesondere
Insg	Insolvenzgeld
InsO	Insolvenzordnung
InsOÄndG	Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze
InVo	Insolvenz und Vollstreckung
IO A	Insolvenzordnung (Österreich)
i. R. d.	im Rahmen des/der
i. S. d.	im Sinne des/der
iStR	Zeitschrift für europäische und internationale Steuer- und Wirtschaftsberatung
juris PR-InsR	juris Praxisreport Insolvenzrecht
juris PR-SozR	juris Praxisreport Sozialrecht
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
Kaug	Konkursausfallgeld

KO	Konkursordnung
Kölsch	Kölner Schrift zur Insolvenzordnung
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LSG	Landessozialgericht
MoMiG	Gesetze zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MPI	Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NI/HB	Niedersachsen/Bremen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
RabelZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RechtsA	Rechtsausschuss des Bundestages
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RuU LL	Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten
Rz.	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite/Satz
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB III	Sozialgesetzbuch Drittes Buch
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SN	Sachsen
sog.	sogenannt
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
VIA	Verbraucherinsolvenz aktuell
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WzS	Wege zur Sozialversicherung
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z. T.	zum Teil
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

Der folgenschwere Übergang von privatautonomer Haftungsverwirklichung im bilateralen Verhältnis hin zu einem amtlichen, allseitig ausgestalteten Insolvenzverfahren ist kein Automatismus, der durch den Eintritt der schuldnerischen Insolvenzreife *ipso iure* ausgelöst würde. Die Eröffnung eines Verfahrens setzt vielmehr voraus, dass erstens einer der unmittelbar Beteiligten einen entsprechenden Antrag stellt und dass zweitens der Eintritt des Insolvenzgrundes gerichtlich überprüft und in einem Beschluss festgestellt und formell erklärt wird. Damit bedarf es im Vorfeld jedes Insolvenzverfahrens eines vorgelagerten „präparatorischen Verfahrens“¹, in dem geklärt wird, ob es tatsächlich zur Eröffnung kommen darf. Dieser Abschnitt zwischen der Stellung des Insolvenzantrags und der gerichtlichen Entscheidung über diesen – das Insolvenzeröffnungsverfahren² – ist eine der prekärsten Phasen der Insolvenz: Mit dem „Alarmsignal“³ des Antrags wird deutlich, dass höchstwahrscheinlich bereits die materielle Insolvenz eingetreten ist, sodass sich das dringende Bedürfnis nach einer unmittelbaren Reaktion ergibt. Die verbliebene Haftungsmasse muss möglichst schnell vor Schädigungen durch den Schuldner, durch Gläubiger oder durch Dritte geschützt werden. Um die letzten (mutmaßlichen) Chancen zur Rettung des schuldnerischen Unternehmens zu wahren, ist auch hier ein unverzügliches, aktives Eingreifen angezeigt. Gleichwohl darf das Insolvenzgericht das Verfahren nicht leichtfertig eröffnen – ob der Schuldner tatsächlich materiell insolvent ist, steht noch nicht fest. Ist das Gericht jedoch davon überzeugt, dass ein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann, schließt sich die für die Praxis fundamentale Frage an, ob aus dieser Entscheidungsreife eine Pflicht zur unverzüglichen Entscheidung folgt; die Beantwortung dieser Frage steht im Zentrum der vorliegenden Arbeit.

¹ So die treffende Bezeichnung des Eröffnungsverfahrens im Konkursprozess des gemeinen Rechts, vgl. hierzu v. Bayer, Theorie des Concurs-Prozesses, S. 127 ff.

² Schon dieser Begriff ist in gewisser Weise irreführend, da diese Phase (zumindest konzeptionell) weder ein Abschnitt des späteren Insolvenzverfahrens noch selbst ein eigenständiges Vorverfahren ist; anders ggf. bei den Verfahren nach §§ 270a, 270b InsO, s. S. 14 f. Die (auch im Gesetz verwendete) Begrifflichkeit macht aber deutlich, welche Bedeutung und welchen Inhalt diese Phase tatsächlich hat.

³ Becker, Insolvenzrecht, Rn. 688.

Welchen obligatorischen bzw. fakultativen Inhalt die Schwebephase zwischen Antrag und Eröffnung haben sollte, welche konkrete Ausgestaltung zulässig, sinnvoll und geboten ist und damit letztlich auch, welche Dauer das Eröffnungsverfahren haben sollte, wurde in der Geschichte des deutschen Insolvenzrechts schon ganz unterschiedlich beurteilt: Nach der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten musste der Eröffnungsgrund in einem kontradiktorischen Verfahren nach strengen Beweisanforderungen nachgewiesen werden, sodass die Eröffnungsverfahren „vielfach in einer die Interessen der Gläubiger auf das Höchste beeinträchtigenden Weise in die Länge gezogen [wurden], ohne dass dagegen die [...] vorläufigen Sicherheitsmaßregeln ausreichend Schutz gewährten“⁴. Diesem „Missstand einer langen Eröffnungsdauer“⁵ wollte die Preußische Konkursordnung abhelfen, indem das zwingende Eröffnungsverfahren praktisch abgeschafft wurde. Ob der Schuldner oder der Antragsteller angehört oder sonstige Ermittlungen angestellt werden sollten, lag im Ermessen des Gerichts,⁶ sodass das Verfahren „mit bedrohlicher Leichtigkeit [...] eröffnet werden“⁷ konnte. Die Konkursordnung war – in Abwägung dieser Erfahrungen – bestrebt, „mit der materiellen Sicherheit einer tatsächlichen und rechtlichen Erörterung der Verhältnisse vor dem entscheidenden Richter das Vorverfahren so zu gestalten, dass es nicht zu Verzögerungen führt, welche gerade zu dieser Zeit die größten Gefahren in sich tragen“⁸.

Wurde das Eröffnungsverfahren der Konkursordnung ursprünglich noch als kurze Phase der einstweiligen, zurückhaltenden, passiven Sicherung verstanden, setzte sich im 20. Jahrhundert eine dynamischere Sichtweise durch.⁹ Es entwickelte sich eine Praxis, die das sog. Sequestrationsverfahren zwischen Antrag und Eröffnung planmäßig in die Länge zog, um insbesondere bei Betriebsfortführungen unterschiedliche positive Effekte für die spätere Masse zu erzielen.¹⁰ Die vorläufige Sicherung wurde zum „Einfallstor“¹¹ für ein aktiv betriebenes, richtungsweisendes Vorkonkursverfahren.

Im ersten Konzept für die neue Insolvenzordnung sollte mit dieser Praxis explizit gebrochen werden: Die Kommission für Insolvenzrecht sprach sich dafür aus, das Verfahren möglichst unverzüglich zu eröffnen; die Dauer des Er-

⁴ *Hahn*, Materialien zur KO, S. 297 f. Mit Hinweis auf die Kritik durch *Puchta* hierzu *Koch*, Sequestration, S. 16.

⁵ *Fritsche*, DZWIR 2005, 265, 266.

⁶ §§ 119 Abs. 2, 326 Abs. 2 PreußKO; vgl. hierzu *Hahn*, Materialien zur KO, S. 298; *Koch*, Sequestration, S. 16 f.

⁷ Ebd.; vgl. auch *Fritsche*, DZWIR 2005, 265, 266.

⁸ Ebd. (Hervorhebung durch den Verfasser); vgl. auch *Koch*, Sequestration, S. 18 f.

⁹ Den Kontrast zwischen ursprünglicher und späterer Vorstellung betonen bspw. *Herbert*, Sequestration, S. 33 und *Koch*, Sequestration, S. 22.

¹⁰ Vgl. zur Entwicklung *Kilger*, in: FS 100 Jahre KO, S. 189 ff.; *Herbert*, Sequestration, S. 33 f.

¹¹ *Gerhardt*, in: FS 100 Jahre KO, S. 111, 116.

öffnungsverfahrens sollte nicht länger als unbedingt erforderlich sein.¹² Auch der Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung sprach grds. davon, dass das „Verfahren vor der Eröffnung [...] so kurz wie möglich“¹³ zu halten sei. Gleichzeitig wurde aber auch auf die Möglichkeit hingewiesen, dass dieser Abschnitt durchaus bewusst ausgedehnt werden könnte und sollte.¹⁴ Dieser Ansatz bestätigte sich in der Insolvenzpraxis seit Inkrafttreten der InsO: Das Eröffnungsverfahren dauert heute regelmäßig mehrere Monate. Die Frage, wie viel Zeit konkret zwischen Antrag und Entscheidung bei Unternehmensinsolvenzen durchschnittlich vergeht, ist Kern einer umfangreichen Datenerhebung und -auswertung im Rahmen dieser Untersuchung.

Insbesondere bei Unternehmensinsolvenzen und Betriebsfortführungen ist das Eröffnungsverfahren von immenser praktischer Bedeutung. Zwischen Antrag und Eröffnung beginnt nicht selten bereits die prospektive Insolvenzbewältigung, es werden folgenschwere Strukturentscheidungen getroffen und u. U. irreversible Fakten geschaffen. „Vor allem deshalb [...] ‚spielt die Musik‘ praktisch oft schon vor dem eigentlichen Insolvenzverfahren: im Eröffnungsverfahren!“¹⁵ Der wesentliche Anlass und Hintergrund dieser Vorverlagerung des materiellen Verfahrensbeginns vor die formelle Eröffnungsentscheidung und für die lange Dauer des Eröffnungsverfahrens liegt im Nutzen, den der schuldnerische Betrieb aus dem Insolvenzgeld vor der Verfahrenseröffnung ziehen kann.¹⁶ Sanierungsorientierte Insolvenzverwalter entwickelten durch die Vorfinanzierung dieser Lohnersatzleistung ein erfolgreiches Modell, das die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens im Eröffnungsverfahren vielfach erst möglich und praktisch relevant machte. Insbesondere für solche Fälle „wurde das Antragsverfahren [...] zu einem weltweit einzigartigen Liquiditätsschöpfungsinstrument“¹⁷. Dieser zentrale Bestandteil vieler Eröffnungsverfahren hat unmittelbare Auswirkungen auf die lange Verfahrensdauer und bildet den zwar omnipräsenten, aber trotzdem „gleichsam [...] geheimen Grund für das eigenartig langwierige deutsche Eröffnungsverfahren“¹⁸. Das Insolvenzgeld und seine Vorfinanzierung stellen – der herausragenden praktischen Bedeutung entsprechend – einen Schwerpunkt dieser Untersuchung dar.

Die weitverbreitete Praxis, eine mögliche Eröffnungsentscheidung trotz Entscheidungsreife aufzuschieben, um so finanzielle Vorteile für die spätere Insolvenzmasse zu sichern, führt zu einer Vielzahl praktischer und rechtlicher

¹² *BMJ* (Hrsg.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 108.

¹³ RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 117.

¹⁴ Bericht des RechtsA zum RegE InsO, BT-Drs. 12/7302, S. 158.

¹⁵ *Foerste*, Insolvenzrecht, Rn. 95.

¹⁶ *Brinkmann*, in: FS Schilken, S. 631, 634.

¹⁷ *Siemon*, NZI 2016, 688 f.

¹⁸ *Smid*, NZI 2009, 150, 153.

Probleme und zu „dogmatischen Brüche[n]“¹⁹, die es im Detail zu untersuchen gilt. Gerade diese teils eklatanten Systembrüche rücken die Grundthematik der Untersuchung in den Fokus: Ist die angestammte, kaum kritisierte Praxis des oft bewusst verlängerten Eröffnungsverfahrens sinnvoll und rechtlich zulässig oder ist „nicht doch der Weg hin zu einem [kurzen und] nur rudimentär ausgestalteten Eröffnungsverfahren bedenkenswert [...], um möglichst schnell in die eigentliche Insolvenzabwicklung überzugehen“²⁰? Letztlich werden sich zwei wesentliche Thesen erhärten lassen: Zum einen wird sich zeigen, dass der zentrale Anlass und Nutzen der Eröffnungsverzögerung – die Insolvenzgeldvorfinanzierung – in der praktischen Ausgestaltung rechtlich problematisch und in bestimmten Aspekten sogar europa- und verfassungswidrig ist. Zudem wird die titelgebende Kernthese belegt und gezeigt, dass die bewusste Verlängerung des Insolvenzeröffnungsverfahrens unzulässig ist.

Die Arbeit beschäftigt sich insbesondere mit dem Eröffnungsverfahren bei Unternehmensinsolvenzen,²¹ mit einem besonderen Fokus auf der einstweiligen Betriebsfortführung. Nach einer einleitenden Darstellung des Untersuchungsgegenstands (Kapitel 1) wird in einem statistischen Abschnitt untersucht, welche durchschnittliche Dauer das Insolvenzeröffnungsverfahren tatsächlich hat (Kapitel 2). Im hierauf folgenden Kapitel steht der praktische Nutzen des ausgedehnten Eröffnungsverfahrens im Fokus: Schwerpunktmäßig wird das Insolvenzgeld und seine Vorfinanzierung untersucht und kritisch beleuchtet; zudem werden aber auch eine Reihe weiterer Vorteile, die sich mit der verzögerten Verfahrenseröffnung verbinden können, in den Blick genommen (Kapitel 3). Ausgehend von der klassischen Gesetzesauslegung wird im Folgenden geklärt, welche Vorgaben die Insolvenzordnung zum Eröffnungszeitpunkt, genauer zur Verzögerung der Entscheidung über einen Insolvenzantrag macht. Insbesondere die Abwägung der vielfältigen Konsequenzen eines verlängerten Eröffnungsverfahrens und deren Einbettung im insolvenzrechtlichen Gesamtsystem führen im Ergebnis dazu, dass die Praxis der bewussten Eröffnungsverzögerung als insolvenzrechtswidrig abgelehnt wird (Kapitel 4). Die Thesen und Erkenntnisse dieser Arbeit führen schließlich unmittelbar zu bedeutenden Folgefragen und -problemen, die in einem abschließenden Ausblick beleuchtet werden sollen (Kapitel 5).

¹⁹ *Brinkmann*, in: FS Schilken, S. 631, 634.

²⁰ *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, HdB vorläufige Insolvenzverwaltung, § 1 Rn. 5 (Einfügung durch den Verfasser). Ähnlich auch *Fritsche*, DZWIR 2005, 265, 277 („angestammte Gliederung [...] durchaus überdenkenswert“). Auch *Brinkmann* benennt verschiedene Gründe, die dafür sprächen, „das Insolvenzeröffnungsverfahren grundsätzlich neu zu regeln“ (*Brinkmann*, in: FS Schilken, S. 631, 643).

²¹ Nur bei unternehmerischen Schuldnern zeigen sich die bereits angedeuteten Probleme und spielt das Insolvenzgeld eine entscheidende Rolle. Privat- bzw. Verbraucherinsolvenzen werden deshalb im Folgenden nicht im Detail untersucht.

Kapitel 1

Rechtliche Rahmenbedingungen des Insolvenzeröffnungsverfahrens

Einleitend wird zunächst der Gegenstand der Untersuchung – das Insolvenzeröffnungsverfahren – in seinem prozessualen Ablauf und seinen verschiedenen Funktionen überblicksartig dargestellt (A.). Schon hierbei können erste Faktoren herausgearbeitet werden, die Einfluss auf die Dauer dieses Verfahrensabschnitts haben. Die zentrale Frage der gesamten Arbeit, wie lang sich die Zeitspanne zwischen der Antragstellung und gerichtlicher Entscheidung ziehen sollte bzw. ziehen darf, lässt sich erst dann sinnvoll bearbeiten, wenn klar ist, wann (frühestens) entschieden werden kann. Folglich müssen die rechtlich notwendigen Voraussetzungen zur Beendigung des Eröffnungsverfahrens, insbesondere die Feststellung von Insolvenzgrund und Massekostendeckung, in den Blick genommen werden (B.).

A. Der Weg von der materiellen zur formellen Insolvenz

Der verfahrensmäßige Ablauf von materieller zu formeller Insolvenz lässt sich in zwei Phasen aufteilen: das Antrags- und das Eröffnungsverfahren.

I. Von der materiellen Insolvenz zum Insolvenzantrag

Dem Insolvenz- und dem Eröffnungsverfahren geht zunächst eine Phase voraus, in der sich eine betriebswirtschaftliche Krise zu einer rechtlichen Krise auswächst.¹ Mit dem Eintritt eines Insolvenzgrundes, also der materiellen Insolvenz, besteht die Möglichkeit das Insolvenzverfahren durch einen entsprechenden Antrag in Gang zu bringen.² Ob ein Verfahren überhaupt eingeleitet wird, liegt in diesem Abschnitt noch in den Händen von Schuldner und Gläubigern;³ das

¹ Zum („richtigen“) Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung mit dieser Terminologie *Mock*, in: Uhlenbruck-InsO, § 16 Rn. 1.

² Den Eröffnungstatbeständen kommt insofern der entscheidende „trigger effect“ zu, *Schmidt*, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH, Rn. 5.2.

³ § 13 Abs. 1 S. 1, Abs. 2; *Prütting*, in: Kölsch, Kap. 1 Rn. 39 ff.; mit Hinweis auf die gerichtliche Einschränkungen der Dispositionsfreiheit hierzu *Zipperer*, NZI 2012, 385, 388 f. Eingeschränkt wird die Entscheidungsfreiheit zudem im Falle der Antragspflicht gem. § 15a InsO.

grds. freie Initiativrecht ist Ausdruck der Autonomie und Eigenverantwortung der betroffenen Parteien.⁴

Auch wenn dieser Zeitraum noch nicht zum gerichtlichen Verfahren gehört, so ist er doch mittelbar von enormer Bedeutung für das Eröffnungsverfahren: Wird die materielle Insolvenz zum Anlass genommen, das Insolvenzverfahren zu beantragen, so müssen dem Gericht wesentliche Angaben bspw. zum Insolvenzgrund vorgelegt werden. In einem Gläubigerantrag muss sowohl die eigene Forderung gegen den bezeichneten Schuldner als auch das Vorliegen des einschlägigen Insolvenzgrundes – Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Schuldners (§§ 17, 19 InsO) – glaubhaft gemacht und das Gericht von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der vorgebrachten Tatsachen überzeugt werden.⁵

Bei einem Eigenantrag ist eine solche Glaubhaftmachung regelmäßig zwar nicht notwendig,⁶ der Schuldner hat den Insolvenzgrund allerdings substantiiert und nachvollziehbar darzulegen, also Tatsachen vorzutragen, welche die wesentlichen Elemente eines Eröffnungsgrundes erkennen lassen.⁷ Zudem sind weitergehende, ergänzende Angaben zu machen, die dem Gericht die spätere Prüfung erleichtern und eine frühe Gläubigerbeteiligung ermöglichen sollen: Der Schuldnerantrag muss stets ein Verzeichnis sämtlicher Gläubiger, aller Forderungen sowie der jeweiligen Forderungshöhe beinhalten (§ 13 Abs. 1 S. 3 InsO).⁸ Besteht ein aktiver Geschäftsbetrieb des Schuldners, so sollen zudem weitere Informationen zu den aufgelisteten Forderungen sowie Angaben zur Bilanzsumme und der Arbeitnehmeranzahl gemacht werden (§ 13 Abs. 1 S. 4 und 5). In besonders gelagerten Fällen – insbesondere bei größeren Unternehmen oder bei der Beantragung einer Eigenverwaltung durch den Schuldner – sind auch diese Angaben verpflichtend (§ 13 Abs. 1 S. 6).⁹

⁴ Nach Ansicht des Gesetzgebers wäre eine Einleitung von Amts wegen „mit der bestehenden Wirtschafts- und Privatrechtsordnung“ kaum vereinbar, RegE zur InsO, BT-Drs. 12/2443, S. 113. Vgl. auch *Mönning*, in: Nerlich/Römermann-InsO, § 13 Rn. 9 ff.; *Delhaes*, in: Kölsch, Kap. 4 Rn. 1 ff.

⁵ *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 14 Rn. 174 ff., 189 ff., 210 ff.; *Pape*, in: K/P/B-InsO, § 14 Rn. 71.

⁶ Etwas anderes gilt insbes. in den Ausnahmefällen des § 15 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 InsO.

⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 12. 12. 2002 – IX ZB 426/02, BGHZ 153, 205 = NZI 2003, 147; *Wegener*, in: Uhlenbruck-InsO, § 13 Rn. 97.

⁸ S. hierzu *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 13 Rn. 22 ff.; *Mönning*, in: Nerlich/Römermann-InsO, § 13 Rn. 79 ff.; kritisch *Blankenburg*, ZInsO 2013, 2196. Jüngst zu der Notwendigkeit der Angabe der Forderungshöhe AG Hannover, Beschl. v. 23. 12. 2015 – 908 IN 730/15, NZI 2016, 260.

⁹ Noch im RegE ESUG war eine *generelle* Pflicht vorgesehen (BT-Drs. 17/5712, S. 7). Im Detail zu der Abgrenzung von fakultativen und zwingenden Angaben *Wegener*, in: Uhlenbruck-InsO, § 13 Rn. 114 ff.

Auch wenn das dem Antrag folgende Eröffnungsverfahren weitgehend von der gerichtlichen (Amts-)Ermittlung bestimmt ist,¹⁰ wird es durch die Notwendigkeit eines Insolvenzantrags und die Ausgestaltung des Antragsverfahrens mittelbar beeinflusst: Die Tatsache, dass der Antragsteller wesentliche Umstände der Insolvenz selbst vorlegen muss, führt dazu, dass das Insolvenzgericht – zumindest im Idealfall – nur als „Kontrollinstanz“ fungiert; ein gut vorbereiteter, transparenter Insolvenzantrag ermöglicht so eine relativ kurze gerichtliche Prüfung.¹¹ Insbesondere im (typischen)¹² Fall des Schuldner eigenantrags sollen und müssen z. T. Angaben gemacht werden, die „von zentraler Bedeutung für den weiteren Verlauf des Insolvenzverfahrens“¹³ sind.

II. Vom Insolvenzantrag zum Insolvenzverfahren

Geht der Insolvenzantrag bei Gericht ein, beginnt mit dem Insolvenzeröffnungsverfahren eine Phase, die für den Fortgang des Gesamtverfahrens von grundlegender Bedeutung ist: Es kommt zur zentralen Entscheidung, ob überhaupt ein Insolvenzverfahren zu eröffnen ist und – insbesondere bei einer (vorläufigen) Betriebsfortführung – zu entscheidenden Weichenstellungen „für die Zukunft des schuldnerischen Unternehmens“¹⁴.

Dieser Zeitraum zwischen Antrag und gerichtlicher Entscheidung lässt sich zum einen zeitlich nach seinen Verfahrensabschnitten und zum anderen inhaltlich nach seinen verschiedenen Funktionen einteilen.

1. Die Phasen des Insolvenzeröffnungsverfahrens

Der erste gerichtliche Schritt, der auf die Antragstellung folgt, ist die Vorabprüfung der Zulässigkeit im sog. Zulassungsverfahren,¹⁵ das noch durch die Dispositionsmaxime und den Beibringungsgrundsatz bestimmt ist: Zunächst obliegt es noch dem Antragsteller, die für die Zulassung erforderlichen Umstän-

¹⁰ Allgemein zum Amtsermittlungsgrundsatz *Stephan*, in: Schmidt-InsO, § 5 Rn. 2 ff., speziell zur Feststellung des Eröffnungsgrundes *Schmahl/Vuia*, in: MüKo-InsO, § 16 Rn. 6 ff.

¹¹ Zwar ist davon auszugehen, dass in der Praxis viele Anträge unvorbereitet und ungenau sind (vgl. die Einschätzung bei *Beth*, NZI 2014, 487, 488), dies ändert allerdings nichts an der gesetzlichen Konzeption und Idealvorstellung.

¹² So wurden bspw. im Jahr 2016 nur 28% der Unternehmensinsolvenzen vom Gläubiger beantragt, vgl. *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 2, Reihe 4.1, 12/2016, Tabelle 10, S. 20.

¹³ So zu den Angaben gem. § 13 Abs. 1 S. 3–7 InsO des Rechtsausschusses zu RegE ESUG, BT-Drs. 17/7511, S. 33; vgl. auch *Fuhst*, DStR 2012, 418; *Schmahl/Vuia*, in: MüKo-InsO, § 13 Rn. 106.

¹⁴ *Undritz*, NZI 2007, 65; ähnlich *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Hdb vorläufige Insolvenzverwaltung, § 1 Rn. 5; *Holzer*, NZI 2013, 1049, 1053; *Fritsche*, DZWIR 2005, 265, 277.

¹⁵ Mit dieser Terminologie bspw. *Wegener*, in: Uhlenbruck-InsO, § 13 Rn. 142 ff. Eher kritisch zum Begriff der „Zulassung“ *Schmahl/Vuia*, in: MüKo-InsO, § 14 Rn. 2.

de und Tatsachen darzulegen. Die (allgemeinen) Prozessvoraussetzungen muss das Insolvenzgericht anhand der Darlegung zwar von Amts wegen prüfen,¹⁶ die *Amtsermittlungspflicht* des § 5 Abs. 1 S. 1 InsO greift in dieser Phase allerdings noch nicht.¹⁷

Sind die für die Zulässigkeit ausschlaggebenden Angaben im Antrag unzureichend, so hat das Gericht den Antragsteller auf den Mangel hinzuweisen und ihm die Möglichkeit zur Nachbesserung zu geben (§ 13 Abs. 3 InsO).¹⁸ Gegenstand dieser ersten Prüfungsphase sind zunächst die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen, wie die Antragsberechtigung des Antragstellers,¹⁹ dessen Prozess- und Parteifähigkeit,²⁰ die Insolvenzfähigkeit des bezeichneten Schuldners²¹ und die Zuständigkeit des Gerichts.²² Gerade die Feststellung der internationalen Zuständigkeit des Gerichts entwickelt sich durch die Reform des europäischen Rechts zu einer neuen, komplexen Problematik, die auch Auswirkungen auf die Art und den Ablauf des Eröffnungsverfahrens haben wird.²³

Neben den allgemeinen müssen zudem die bereits angesprochenen speziellen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein: bei einem Gläubigerantrag bspw. der Nachweis der eigenen Forderung, des Insolvenzgrundes und des rechtlichen Interesses,²⁴ bei einem Eigenantrag die Angaben zum Insolvenzgrund, zu den bestehenden Forderungen und ggf. zur Bilanz, zum Umsatz und zur Arbeitnehmerzahl.²⁵

¹⁶ Hierzu und zur Abgrenzung von Amtsprüfung und -ermittlung vgl. BGH, Beschl. v. 1. 12. 2011 – IX ZB 232/10, NZI 2012, 151, 152 Rz. 10f.; *Ganter/Lohmann*, in: MüKo-InsO, § 5 Rn. 12a f. Im Zulassungsverfahren gilt über § 4 InsO bspw. der *Prüfungsgrundsatz* des § 56 ZPO, s. *Prütting*, in: K/P/B-InsO, § 4 Rn. 8. Ähnlich zur Prüfung der Zuständigkeit vor der Zulassung *Vallender*, in: FS Beck, S. 537, 538 f.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 12. 12. 2002 – IX ZB 426/02, BGHZ 153, 205 = NJW 2003, 1187; vgl. auch *Beth*, NZI 2014, 487, 488; *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 14 Rn. 6; *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzsrecht, Rn. 260 f., 489 f.

¹⁸ Diese explizite Normierung wurde erst 2017 getroffen, galt inhaltlich aber bereits zuvor, vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 12. 12. 2002 – IX ZB 426/02, BGHZ 153, 205 = NZI 2003, 147.

¹⁹ Vgl. § 13 Abs. 1 S. 2 InsO. Im hier zentralen Fall der Unternehmensinsolvenz sind neben den Gläubigern gem. § 15 Abs. 1 S. 1 InsO die organschaftlichen Vertreter bzw. die persönlich haftenden Gesellschafter und ggf. Abwickler antragsberechtigt; vgl. auch *Uhlenbruck/Schmahl*, in: Gottwald, Insolvenzsrechts-Hdb, § 8 Rn. 8 ff.

²⁰ Diese richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen, also der Geschäftsfähigkeit (§ 51 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 4 InsO); vgl. *Mönning*, in: Nerlich/Römermann-InsO, § 13 Rn. 23 ff.

²¹ §§ 11, 12 InsO.

²² Wesentlich ist neben den §§ 2, 3 InsO insbes. Art. 3 EuInsVO.

²³ Vgl. eingehend zu diesem Problem S. 264 ff.

²⁴ *Mönning*, in: Nerlich/Römermann-InsO, § 14 Rn. 42 ff.; *Gundlach*, in: Schmidt-InsO, § 14 Rn. 18 ff.

²⁵ *Wegener*, in: Uhlenbruck-InsO, § 13 Rn. 93 ff.

Dieser erste gerichtliche Verfahrensabschnitt stellt sich als Phase der initialen summarischen Prüfung dar,²⁶ eine langwierige Beweisaufnahme durch das Gericht ist nicht statthaft.²⁷

Ist das Gericht vom Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen überzeugt, wird es den Eröffnungsantrag zulassen; dies geschieht allerdings nicht durch einen formellen, anfechtbaren Beschluss, sondern allein konkludent durch das Weiterbetreiben des Verfahrens, ohne dass der Antrag als unzulässig abgewiesen würde.²⁸ Auch wenn die Insolvenzordnung diese „Schwelle“ zwischen dem sog. Zulassungs- und dem Hauptprüfungsverfahren nicht als formellen Verfahrensschritt nennt, ist sie für verschiedene Maßnahmen und den weiteren Verfahrensablauf von hoher Bedeutung: Sie stellt zunächst den Übergang von Dispositions- zur Officialmaxime dar; das Insolvenzgericht hat nun von Amts wegen festzustellen, ob die sachlichen Eröffnungsvoraussetzungen gegeben sind. Diese Prüfung, ob ein Eröffnungsgrund, also die Überschuldung (§ 19 InsO) oder (gegenwärtige oder drohende) Zahlungsunfähigkeit (§§ 17, 18 InsO) des Schuldners vorliegt und ob die Masse voraussichtlich zur Kostendeckung ausreichen wird (§ 26 InsO), ist in vielen Fällen sowohl in zeitlicher wie auch in inhaltlicher Hinsicht deutlich umfangreicher als das vorausgegangene Zulassungsverfahren. Oftmals müssen detailliertere Ermittlungen angestellt werden, um zu einer gesicherten Feststellung über die Eröffnungsvoraussetzungen zu kommen. Hierbei wird das Gericht, insbesondere bei komplizierteren Sachverhalten, die Hilfe eines Sachverständigen, oft in der Person des vorläufigen Verwalters oder Sachwalters, in Anspruch nehmen.²⁹ Dieser nimmt Einblick in die Unterlagen und den Betrieb des Schuldners, um so dem Gericht eine gutachterliche Einschätzung zu den für die Entscheidung relevanten Tatsachen geben zu können.³⁰

Um eine schnelle und gleichzeitig fundierte Entscheidung des Insolvenzgerichts zu ermöglichen,³¹ erlegt § 20 Abs. 1 InsO – ebenfalls für die Zeit nach der „Zulassung“ – dem Schuldner bzw. dessen Vertretern und Organen

²⁶ OLG Celle, Beschl. v. 9.2.2000 – 2 W 101/99, NZI 2000, 214, 217; ebenso *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht, Rn. 504. Die Phase dauert dementsprechend i. d. R. auch nur wenige Stunden, vgl. *Herchen*, NZI 2006, 435, 436.

²⁷ § 294 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 4 InsO; vgl. *Bußhardt*, in: Braun-InsO, § 14 Rn. 17.

²⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 22.3.2007 – IX ZB 164/06, NZI 2007, 344, 345 Rz. 9; *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 21 Rn. 37. Das Gericht hat jedoch auch im weiteren Verlauf die Zulässigkeitsvoraussetzungen zu beachten; die „Zulassung“ hat nur einstweiligen Charakter (*Wegener*, in: Uhlenbruck-InsO, § 14 Rn. 166).

²⁹ *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 5 Rn. 27, § 16 Rn. 12; *Pape/Radtke*, in: K/P/B-InsO, § 16 Rn. 24 f.

³⁰ Vgl. hierzu bspw. *Vallender*, ZInsO 2010, 1457; *Hölzle*, in: Schmidt-InsO, § 22 Rn. 41 ff. Bei einem aktiven Betrieb muss ein vorläufiger Verwalter zudem i. d. R. eine Einschätzung zu Fortführungs- und Sanierungsmöglichkeiten abgegeben werden (ausführlich *Vallender*, in: Uhlenbruck-InsO, § 22 Rn. 266 ff.).

³¹ So bspw. *Zipperer*, in: Uhlenbruck-InsO, § 20 Rn. 1. Vgl. auch RegE InsO, BT-

umfassende Auskunftspflichten und Mitwirkungspflichten auf. Sowohl gegenüber dem Gericht als auch dem Sachverständigen oder vorläufigen Verwalter müssen detaillierte Angaben zur Vermögens- und Ertragslage, zu bestehenden Vertragsverhältnissen, zu (zukünftigen) Aus- und Absonderungsrechten etc. gemacht werden.³² Fehlen relevante Informationen, so besteht die Pflicht zur aktiven Beschaffung und unmittelbaren Weitergabe.³³ Neben dieser Pflicht besteht für den Schuldner aber auch das Recht angehört zu werden, wenn ein Gläubiger den Insolvenzantrag gestellt hat (§ 14 Abs. 2 InsO). Hierdurch wird nicht nur der Anspruch des betroffenen Schuldners auf rechtliches Gehör verwirklicht (Art. 103 Abs. 1 GG), sondern auch ein weiteres Instrument zur Sachverhaltsaufklärung bereitgestellt.³⁴

Diese zweite Phase, das Hauptprüfungsverfahren, endet, wenn nach der gerichtlichen Überzeugung feststeht,³⁵ dass (mindestens) ein Eröffnungsgrund vorliegt und das Gericht zudem davon ausgeht, dass voraussichtlich bzw. wahrscheinlich die Kosten eines Insolvenzverfahrens gedeckt sein werden.³⁶ In diesem Fall kann das Gericht grundsätzlich den Eröffnungsbeschluss treffen. Liegen die genannten Voraussetzungen nicht zur notwendigen Überzeugung des Insolvenzgerichtes vor, so weist es den Antrag als unbegründet oder mangels Masse ab und beendet so das Eröffnungsverfahren.

In vielen Fällen schließt sich jedoch noch ein dritter Abschnitt des Eröffnungsverfahrens an, der als solcher kaum wissenschaftlich behandelt wird: ein Zeitraum zwischen Entscheidungsreife und tatsächlicher Entscheidung.³⁷ Durch die Verzögerung der Entscheidung über den Insolvenzantrag entsteht eine *zusätzliche Phase*, die von der Insolvenzordnung weder explizit vorgesehen noch geregelt ist. Diese kann – insbesondere über die Insolvenzzelddvorfiananzierung – enorme Vorteile für das Schuldnerunternehmen und damit mittelbar für die (spätere) Masse und die Gläubiger bieten.³⁸ Ob diese allgemein akzeptierte und

Drs. 12/2443, S. 143 (Auskunftspflicht zur Verwirklichung eines „sachgerechte[n] und effektive[n]“ Insolvenzverfahrens).

³² Zum Umfang der Auskunftspflicht *Zipperer*, in: Uhlenbruck-InsO, § 20 Rn. 21 ff.; zu den Auskunftsberechtigten *Herchen*, in: HambKomm-InsO, § 20 Rn. 7; zum Verhältnis von Auskunftspflicht und Selbstbelastung *Haarmeyer*, ZInsO 2016, 545.

³³ *Beck*, in: Bork/Hölzle, Hdb Insolvenzrecht, Kap. 2 Rn. 13.

³⁴ So *Wegener*, in: Uhlenbruck-InsO, § 14 Rn. 173; *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 114; ähnlich *Schmahl/Vuica*, in: MüKo-InsO, § 14 Rn. 122, 134; a. A. *Pape*, in: K/P/B-InsO, § 14 Rn. 156 (nur Art. 103 Abs. 1 GG).

³⁵ § 286 ZPO i. V. m. § 4 InsO. Vgl. auch *Rüntz*, in: HK-InsO, § 16 Rn. 9 sowie S. 18 ff.

³⁶ BGH, Beschl. v. 13. 4. 2006 – IX ZB 118/04, NZI 2006, 404, 406 Rz. 15; *Haarmeyer*, in: MüKo-InsO, § 26 Rn. 14, 16.

³⁷ Bei abweisenden Entscheidungen wird es eine solche zusätzliche Phase regelmäßig nicht geben; das Gericht weist hier den Antrag unmittelbar ab.

³⁸ Zum regelmäßig entscheidenden Vorteil, dem Finanzierungseffekt des Insolvenzzelddes, vgl. noch im Detail S. 107 ff.

Sachregister

- Abweisung mangels Masse 22 ff., 38 f.,
175, 179, 183 f., 203
Amtsermittlung 8 f., 112, 264 f.
Anfechtung 53 f., 75 f., 236 f.
Antrag, s. Insolvenzantrag
Antragsverfahren 5 ff., 230 ff.
Arbeitnehmerschutz,
– durch Insolvenzgeld 49 f., 102, 126 f.
– Schutzlücken 52 ff., 103 f., 124
Arbeitsplatzerhalt 63 ff., 85 ff., 89 ff.,
95 f., 99 ff., 104 ff., 147 f.
Aufrechnung 238 ff.
- Beihilfe 127 ff., 132 ff., 141 f., 144 ff., 276
Beschleunigungsgebot 175, 177 f., 189,
193 f., 202 f., 268 ff., 274 f.
Beschlussvordatierung 176, 179 ff.
Betriebsfortführung 12 ff., 107 ff., 112 ff.,
202 ff., 249 ff., 277 ff.
Betriebsstilllegung 13, 114 f., 280 ff.
Buchführung 20, 38, 171 f.
Bundesagentur für Arbeit 51 f., 57 f., 63,
83 ff., 90 ff., 95 ff., 99 ff., 125 f., 132 ff.
- COMI 260, 262 f., 265
- Dauer von Eröffnungsverfahren
– bei vorläufiger Eigenverwaltung 34 f.
– unter Geltung der InsO 30 ff., 38 ff.
– unter Geltung der KO 28 ff.
De-minimis-Beihilfen 140 f.
Debt to equity swap 17, 226 f.
Dispositionsmaxime 5 ff., 230 ff.
Distressed debt investment 226 f.
- Eigenverwaltung 14 f., 34 f., 77 ff., 154,
163, 189 ff., 227, 257 ff., 282 f.
Einzelermächtigung 72, 80 ff., 144 ff.,
164 ff., 205 ff., 251 f.
- Einziehungsverbot 185 ff.
Entscheidungsreife 10, 113 ff., 121 ff.,
174 ff., 177 f., 200 f., 250, 268 ff.,
273 ff.
Eröffnung
– Ermessen 174 ff., 178 f., 187 ff., 191,
196 ff., 202 ff.
– i. S. d. EuInsVO 260 f., 264 f.
– Verzögerung 112 ff., 121 ff., 159 ff.,
173 ff., 177 ff., 192 ff., 200 ff., 268 ff.
– Voraussetzungen 15 ff., 189, 222 ff.,
273 ff.
– Vordatierung 176, 179 ff.
EuInsVO 259 ff.
Eurofood-Entscheidung 260 f.
- Fiskusprivileg 164 f., 220 f.
Fortführungsprüfung 21, 93 f., 159 f.,
168 f., 187 f., 193 f., 197 f., 274
- Genehmigung einer Beihilfe 142 ff., 158
Gläubigerbefriedigung 92, 152, 202 ff.,
230 f., 268 ff.
Gläubigergleichbehandlung 54, 205 ff.,
220 ff., 268 ff.
- Haftung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters 109, 161, 167 ff., 251, 278 f.
Haftungszuweisung 258, 267
- Insolvenzantrag
– Antragspflicht 231, 233 f.
– Notwendigkeit 1, 5 ff., 230 ff.
– Rücknahme 77, 231 ff.
– Verspätung 153 f., 269, 282 f.
– Zulässigkeit 8, 189, 232
Insolvenzeingangsschutz 11, 16 ff., 222 ff.
Insolvenzgeld
– Entwicklung 48 ff., 61 ff.

- Finanzierung 54 ff., 118 ff., 123 ff.
- Forderungsübergang 57 f., 69 ff.
- Rangrückstufung 66, 80 f., 117 f., 132 ff., 144 ff., 158, 276
- Richtlinie 49 f., 126 f., 130 f.
- Voraussetzungen 50 ff.
- Vorfinanzierung, s. Insolvenzgeldvorfinanzierung
- Insolvenzgeldvorfinanzierung
 - Abtretungsverbot 69 f.
 - Ausgestaltung 68 ff.
 - Fortführungsfinanzierung 59 f., 62 ff., 107 ff., 112 ff., 149 f., 202 ff., 279 ff.
 - Rahmenvertrag 71 ff.
 - Revolvierende/rollierende Vorfinanzierung 73 ff.
 - Stundungseffekt 71 f., 108, 129 ff., 149, 276
 - Subventionseffekt 66, 108 f., 116 ff., 132 ff., 149 ff., 276
 - Zustimmungserfordernis 65, 83 ff., 156, 269, 276
- Insolvenzgrund 9 f., 16 ff., 222 ff., 231 ff., 274 f.
- Insolvenzplan 15, 60, 78, 133 f., 189 f., 225 ff., 283
- Insolvenzstigma 21, 223 ff., 253
- Internationale Zuständigkeit 8, 262 ff.

- Kosten des Eröffnungsverfahrens 246 ff., 271
- Kündigungssperre 211 ff.

- Leasing 165, 211 ff.
- Lizenzverträge 165, 170 f., 211 ff.
- Lösungsklausel 170 f., 217, 237, 245 f.

- Marktwirtschaft 146 ff.
- Masseverbindlichkeiten
 - Begründung bei vorläufiger Eigenverwaltung 78 ff., 81 ff.
 - Begründung im Eröffnungsverfahren 58, 65 f., 72, 109, 162 ff., 166 f., 202 ff., 252
 - Selektive Begründung 72, 80 ff., 144 ff., 164 ff., 205 ff., 251 f.
- Neugläubiger 162 ff., 205 ff., 220 ff.

- Neutralitätsgebot 151 f., 154 f., 222
- Ordnungsfunktion 24, 38, 146 f., 175, 179, 203, 230 f.

- Pfandrecht des Vermieters 212, 240

- Rangrückstufung 66, 80 f., 117 f., 132 ff., 144 ff., 158, 276
- Rechtsbehelf aus der EuInsVO 265 f.
- Restschuldbefreiung 242 f.
- Rücknahme des Insolvenzantrags 77, 231 ff.

- Sanierung
 - Prüfung der Sanierungschancen 159 f., 187 ff., 274, 280 ff.
 - Sanierungskultur 154 f., 202 ff., 277 ff., 279 ff.
 - Verfahrensziel 12 ff., 154 f., 203 f., 254 f., 268 f.
- Schutz des Rechtsverkehrs 220 f., 231 ff.
- Schutzschirm 14 f., 34 f., 77 ff., 154, 163, 189 ff., 227, 257 ff., 282 f.
- Selbstbegründungseffekt 21, 224 ff.
- Selektive Begründung von Masseverbindlichkeiten 72, 80 ff., 144 ff., 164 ff., 205 ff., 251 f.
- Selektivität der Beihilfe 134 ff.
- Self-fulfilling prophecy 21, 224 ff.
- Sicherungsmaßnahmen 11 f., 16, 184 ff., 193, 229, 237 f., 251 f., 255 ff., 261 f.
- Sonderbelastung 165 f., 210 ff., 220 ff., 278
- Stigma der Insolvenz 21, 223 ff., 253
- Stundungseffekt 71 f., 108, 129 ff., 149, 276
- Subventionseffekt 66, 108 f., 116 ff., 132 ff., 149 ff., 276

- Umgehung der Eröffnungspflicht 273 f.
- Unkenntnis von Neugläubigern 218 ff.
- Unternehmensübertragung im Eröffnungsverfahren 253 ff.
- Unzulässigkeit des Insolvenzantrags 8, 189, 232

- Verfahrensbeschleunigung 25, 177 f., 189, 193 f., 202 f., 268 ff., 274 f.

- Verfahrenseröffnung, s. Eröffnung
Verfahrenskostendeckung 22 ff., 38 f.,
175, 179, 183 f., 203
Verfahrensziel 11 ff., 92, 154 f., 203 f.,
254 f., 268 f.
Verfassungsrecht 17, 115 ff., 157 f.
Vermieter 166 f., 211 ff., 240
Verschleppung der Eröffnung 112 ff.,
121 ff., 159 ff., 173 ff., 177 ff., 192 ff.,
200 ff., 268 ff.
Vertragskündigung 114 f., 166 f., 211 ff.
Verzögerung der Eröffnung 112 ff.,
121 ff., 159 ff., 173 ff., 177 ff., 192 ff.,
200 ff., 268 ff.
Vollstreckungsschutz 189 f., 215, 218
Vordatierung des Eröffnungsbeschlusses
176, 179 ff.
Vorläufige Eigenverwaltung 14 f., 34 f.,
77 ff., 154, 163, 189 ff., 227, 257 ff.,
282 f.
Vorläufige Sicherungsmaßnahmen 11 f.,
16, 184 ff., 193, 229, 237 f., 251 f.,
255 ff., 261 f.
Vorläufiger Gläubigerausschuss 77,
255 ff.
Vorverlagerung des Insolvenzverfahrens
186 f., 237 f., 249 ff.,
Wertbestimmung 241 f.
Wettbewerb 116 ff., 139, 142 ff., 147 ff.
Wohlverhaltensperiode 242 f.
Zustimmung zur Vorfinanzierung
– Interessenlage 95 f.
– Verfahren 84 ff., 96 ff.
– Voraussetzungen 85 ff.
– Zustimmungsquote 99 ff.
Zwangsgläubiger 165 f., 210 ff., 220 ff.,
278