

Insolvenzordnung: InsO

Braun

9. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-78021-9
C.H.BECK

Über das nach § 35 Abs. 2 **freigegebene Vermögen** kann auf Antrag eines Neugläubigers ein weiteres beschränktes Insolvenzverfahren durchgeführt werden, auch wenn das erste Verfahren noch andauert.¹⁹

Das rechtliche Interesse eines öffentlichen Gläubigers an der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gebietsverbandes einer politischen Partei besteht jedenfalls dann nicht, wenn er der einzige Gläubiger ist, die Gefahr des Auflaufens weiterer Forderungen nicht besteht und der Gebietsverband nicht wirtschaftlich tätig ist.²⁰

Weitere Beispiele für eine solche Sondervermögensmasse finden sich in § 11 Abs. 2 Nr. 2.

Das Rechtsschutzinteresse ist vom Antragsteller darzulegen und ggf. zu beweisen. Insofern reicht die bloße Glaubhaftmachung nicht aus. Allerdings ist das Rechtsschutzbedürfnis für einen Insolvenzantrag in der Regel indiziert.²¹ Es ist grundsätzlich gegeben, wenn ein Eröffnungsgrund vorliegt.²² Besonderer Ausführungen zum Rechtsschutzinteresse bedarf es dann im Eröffnungsantrag nicht. Der Antrag eines Gläubigers ist auch nicht unzulässig, weil er keine Auskunft über die tatsächlichen Voraussetzungen eines gegen sich gerichteten Anfechtungsanspruchs erteilt.²³

Eine lediglich **geringfügige Forderung** spricht nicht gegen ein Rechtsschutzinteresse. Es entfällt auch nicht deshalb, weil der Gläubiger nicht versucht hat, für seine Forderung im Wege der Einzelzwangsvollstreckung Befriedigung zu erlangen²⁴ oder nicht die Aufrechnung erklärt hat.²⁵ Auch ein sehr **zügig**, dh bereits drei Monate nach Fälligkeit der Steuerschulden **gestellter Antrag** auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann nicht zwangsläufig als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden. Entscheidend für die Bewertung ist, ob noch erfolgversprechende Vollstreckungsmöglichkeiten bestehen.²⁶ Es ist auch bei einem nur nachrangigen Gläubiger gegeben, selbst bei fehlender Aussicht auf Befriedigung.²⁷ Das Rechtsschutzinteresse **entfällt** aber **bei Eingang der geschuldeten Leistung** auf dem Konto des beauftragten Gerichtsvollziehers **vor Antragstellung**.²⁸

Verneint wird das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses, wenn der Antrag von einem absonderungsberechtigten Gläubiger gestellt wird, dessen **Sicherung** offensichtlich besteht und **ausreichend** ist.²⁹ Das rechtliche Interesse besteht aber auch dann, wenn der künftige Verwalter ein Wahlrecht nach § 103 hat.³⁰

Das Rechtsschutzbedürfnis besteht im Regelfall auch für einen (neuen) Insolvenzantrag trotz Anordnung einer Nachtragsverteilung in einem früheren Konkurs- oder Insolvenzverfahren wegen **nachträglich ermittelter Gegenstände** der Masse.³¹

¹⁹ BGH NZI 2011, 633 f.; AG Wetzlar ZInsO 2014, 48 f. mAnm Dietz ZInsO 2014, 49 f.

²⁰ So BGH ZInsO 2021, 306 ff.

²¹ Zur Ermessensausübung bei Stellung eines Insolvenzantrages durch das Finanzamt BFH BeckRS 2007, 25011501 mAnm *Abenheimer* FD-InsR 2007, 245069, OVG Lüneburg ZInsO 2018, 2701 ff.; FG Hamburg ZInsO 2017, 2380 ff., 2382 ff.

²² Uhlenbruck/*Wégener* InsO § 14 Rn. 68.

²³ BGH NZI 2008, 240 mAnm *Büttner* EWiR 2008, 369.

²⁴ *Hess/Wéis/Wienberg* InsO § 14 Rn. 9 ff.; aA: LG Potsdam ZInsO 2002, 1149 f.

²⁵ BGH BeckRS 2009, 06490.

²⁶ So FG Hamburg ZInsO 2015, 101 ff. (für den Fall noch nicht bestandskräftiger, aber vollstreckbarer Steuerforderungen); FG Hamburg ZInsO 2017, 2380 ff., 2382 ff.

²⁷ BGH NZI 2011, 58 f. mit ausführlicher Darstellung des Streitstandes, hierzu *Gundlach/Müller* EWiR 2010, 819 f.; auch *Herzig* FD-InsR 2010, 310701; *Gundlach/Müller* ZInsO 2011, 84 ff.; zum Fall des qualifizierten Rangrücktritts.

²⁸ AG Köln NZI 2013, 1032 f.

²⁹ BGH ZInsO 2010, 1662 f.; BGH NZI 2011, 632 f.; anders, wenn die Befriedigung durch Zwangsversteigerung wegen Suizidalität des Schuldners unsicher ist, so BGH ZIP 2021, 136 f.; BGH ZIP 2008, 281 ff.; zur Ermessensfehlerhaftigkeit der Fortführung eines Antrags, wenn der Steuerschuldner eine Generalbereinigung seiner wirtschaftlichen Situation eingeleitet hat und der Finanzbehörde zur Sicherung künftiger Ansprüche die Eintragung einer Sicherungsgrundschuld anbietet, FG Hamburg NZI 2019, 848 ff.; Anm, hierzu *Schur* EWiR 2021, 183 f. (Anm. zu BGH BeckRS 2020, 37747).

³⁰ BGH ZIP 2006, 1452 ff. noch nicht bezahlter Grundstückskaufpreis; dazu *Frind* EWiR 2006, 595.

³¹ BGH ZInsO 2011, 94 f.; *Gundlach/Müller* EWiR 2011, 121 f.; hierzu auch *Bußhardt/Ellke* FD-InsR 2011, 313539.

c) Glaubhaftmachung

- 18 Der Antragsteller³² hat seine **Forderung sowie das Vorliegen eines Insolvenzgrundes glaubhaft zu machen**, nicht erforderlich ist die Darlegung, dass haftendes Vermögen vorhanden ist.³³ Nach § 4 iVm § 294 ZPO kann sich der Antragsteller dazu aller präsenten **Beweismittel** bedienen und auch zur Versicherung an Eides statt zugelassen werden. Die eidesstattliche Versicherung kann sich nur auf die tatsächlichen Grundlagen der Forderung beziehen.³⁴ Die Forderung und der Insolvenzgrund als solcher können nicht durch Versicherung an Eides statt glaubhaft gemacht werden. Eine Titulierung der Forderung ist nicht notwendig. Zur Glaubhaftmachung der Forderung können schriftliche Nachweise, wie zB die Vorlage von Verträgen ausreichen.³⁵ Ein nicht rechtskräftiger Vollstreckungsbescheid allein reicht nicht,³⁶ auch eine fehlende Reaktion auf die schriftlichen Zahlungsaufforderungen eines Vollziehungsbeamten, der den Schuldner nicht antrifft, kann alleine nicht ausreichen.³⁷ Die Nichtbefriedigung der Forderung über einen längeren Zeitraum reicht nicht aus, dies kann eventuell auch eine Zahlungsunwilligkeit bedeuten.³⁸
- 19 Zur Glaubhaftmachung bedarf es nicht des vollen Beweises, vielmehr genügt die Wahrscheinlichkeit, dass die Behauptung wahr ist.³⁹ Ausreichend ist dabei ein geringer Grad richterlicher Überzeugungsbildung; die Behauptung ist glaubhaft gemacht, sofern eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass sie zutrifft.⁴⁰ Der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit ist bereits dann hinreichend glaubhaft gemacht, wenn sich aufgrund mehrerer nacheinander folgender Insolvenzantragsverfahren mit jeweils nachfolgendem Ausgleich der Forderung die Schlussfolgerung aufdrängt, dass die Schuldnerin danach und dazwischen ihre Zahlungsfähigkeit nicht wiedererlangt hat.⁴¹
- 20 Dabei reicht für die **Gegenglaubhaftmachung** allein nicht aus, dass der Schuldner darauf hinweist, dass eine geltend gemachte Forderung Gegenstand eines Rechtsstreites sei,⁴² auch nicht die bloße Behauptung der Unrichtigkeit des Steuerbescheids.⁴³ Der Schuldner hat gegen die glaubhaft gemachte Forderung des Gläubigers Tatsachen glaubhaft zu machen, die die Darstellung des Gläubigers ernstlich in Zweifel ziehen oder der Geltendmachung der Forderung entgegenstehen.⁴⁴ Gegen eine titulierte Forderung kann nicht einfach die Aufrechnung eingewandt werden.⁴⁵ Das Gericht ist wegen des Charakters des Eröffnungsverfahrens als Eilverfahren auch nicht berechtigt, Beweis zu erheben (vgl. auch § 294 Abs. 2 ZPO).⁴⁶ Einwendungen des Schuldners gegen einen vollstreckbaren Titel werden nicht im Insolvenzeröffnungsverfahren geprüft, sondern in dem für den jeweiligen Einwand vorgesehenen Verfahren.⁴⁷

³² Gundlach/Müller ZInsO 2011, 900 zur Antragsberechtigung des Insolvenzverwalters bei Beteiligung der Masse an einer Gesellschaft.

³³ AG Hamburg ZInsO 2008, 680 (681 aE); zum Gläubigerantrag Dahl NJW-Spezial 2009, 741 f.

³⁴ BayObLG NZI 2001, 659 ff. jeweils eine Einzelfallprüfung fordert.

³⁵ BGH WuM 2009, 144.

³⁶ AG Hamburg ZInsO 2007, 504.

³⁷ So Jacobi ZInsO 2011, 1094 ff. zgl. Besprechung LG Chemnitz ZInsO 2011, 684.

³⁸ AG Leipzig ZInsO 2010, 1239 ff.; LG Hamburg ZInsO 2021, 739 f. zu geringen Gesamtrückständen von Sozialversicherungsbeiträgen.

³⁹ BGH ZInsO 2011, 1352 ff. zur Glaubhaftmachung der Forderung gegen den Nachlass; AG Mönchengladbach ZInsO 2011, 1752 ff. (1753).

⁴⁰ BGH ZInsO 2003, 941 ff. (942); LG Bielefeld ZInsO 2010, 1194 ff. (1195); zur erleichterten Glaubhaftmachung für das Finanzamt LG Chemnitz ZInsO 2011, 684.

⁴¹ AG Mönchengladbach ZInsO 2015, 1063 f.

⁴² LG Göttingen ZInsO 2004, 1265 f.; zum Einspruch gegen Steuerbescheid BGH ZInsO 2009, 1533.

⁴³ AG Köln ZIP 2017, 1432 f.

⁴⁴ LG Berlin ZInsO 2005, 499 ff.; MüKoInsO/Vuia § 14 Rn. 82.

⁴⁵ LG Göttingen ZInsO 2005, 1114 f.

⁴⁶ OLG Köln ZInsO 2002, 772 ff. Glaubhaftmachung anhand präsenten Beweismittel.

⁴⁷ BGH NZI 2006, 588 ff.; BGH NZI 2006, 642; BGH BeckRS 2009, 27084; BGH NZI 2010, 225 mAnm Bußhardt FD-InsR 2010, 298083; BGH ZInsO 2010, 1091.

Für den Schuldner besteht im Rahmen der nach Abs. 2 vorgeschriebenen Anhörung die Möglichkeit, die Glaubhaftmachung des Gläubigers durch eine Gegenglaubhaftmachung zu erschüttern.⁴⁸ 21

aa) Forderung. Nach § 14 Abs. 1 S. 2 ist der Antrag nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird. Der antragstellende Gläubiger hat allerdings zunächst in der Antragsschrift seine Forderung sowie einen Insolvenzgrund glaubhaft zu machen. Eine Amtsermittlungspflicht für das Insolvenzgericht besteht vor Zulässigkeit des Antrags bezüglich der Wirksamkeit der Zahlung bzw. des Eintritts der Erfüllungswirkung nicht. Durch die gezielte Begleichung offener Forderungen des antragstellenden Gläubigers allein kann sich der Schuldner nicht einem geordneten Insolvenzverfahren entziehen und damit eine üblicherweise bereits eingetretene Insolvenz weiter verschleppen. Dem Gläubiger verbleibt aber die Möglichkeit, seinen Eröffnungsantrag wegen der Erfüllung seiner Forderung für erledigt zu erklären oder seinen Antrag zurückzunehmen. Wegen des in der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehenden Anfechtungsrisikos haben viele Gläubiger im Falle des Forderungsausgleichs oftmals kein gesteigertes Interesse an einer Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Wird die Forderung erfüllt, wird das Insolvenzantragsverfahren nicht von Amts wegen fortgeführt. Voraussetzung ist ein entsprechendes Begehren des Gläubigers und das Fortbestehen eines entsprechenden Rechtsschutzbedürfnisses. 22

Das Bestehen der Forderung muss **schlüssig dargelegt** werden und sollte – soweit möglich – durch die Vorlage von Schriftstücken wie Wechseln, Rechnungen oder Buchungsbögen bekräftigt werden. Zur Identifizierung des richtigen Schuldners muss dem Gericht auch die Adresse des Schuldners nachvollziehbar dargelegt werden.⁴⁹ 23

Auch **Behörden** und Körperschaften des öffentlichen Rechtes haben ihre Forderungen schlüssig darzulegen.⁵⁰ Eine Aufschlüsselung nach Monat und Arbeitnehmer⁵¹ zur Darlegung und Glaubhaftmachung der Forderung ist entbehrlich, wenn von dem Schuldner gefertigte Datensätze (sog. Softcopies) vorgelegt werden. So gilt der durch den Arbeitgeber der Einzugsstelle durch Datenübertragung zu übermittelnde Beitragsnachweis nicht nur für die Vollstreckung als Leistungsbescheid, sondern auch im Insolvenzverfahren als Dokument zur Glaubhaftmachung der Forderung der Einzugsstelle, obwohl dieser die fällige Beitragsschuld in einer Summe und ohne Bezug zum einzelnen Arbeitnehmer ausweist.⁵² 24

Für Eröffnungsanträge des Finanzamtes wie auch etwa denen eines Sozialversicherungsträgers sind keine Erleichterungen im Vergleich zu den an die Anträge sonstiger Gläubiger zu stellenden Anforderungen gegeben. In der Gesamtheit sind die Anforderungen an die schlüssige Darlegung und Glaubhaftmachung des Eröffnungsgrundes nicht zu überdehnen, denn in diesem Stadium geht es „nur“ um die Zulassung des Antrages, welchem die Anhörung des Schuldners und die Amtsermittlungen nachfolgen. Ob der Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht ist, bemisst sich nach einer **Gesamtwürdigung** aller Einzelfallumstände. Dabei kann Indiz die Bescheinigung des Gerichtsvollziehers oder Vollstreckungsbeamten sein.⁵³ An die Glaubhaftmachung ihrer Forderung sind keine nach dem Zweck des Gesetzes nicht veranlasste, formale Anforderungen zu stellen⁵⁴. Befindet sich der Schuldner mit fälligen Gesamtversicherungsbeiträgen von mehr als sechs Monaten im Rückstand, hat der Gläubiger den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit in der Regel glaubhaft gemacht.⁵⁵ 25

⁴⁸ OLG Celle ZIP 2001, 619 ff. mzustAnm Koch EWiR 2002, 631 f.; OLG Köln ZIP 1988, 664 (665); Vallender MDR 1999, 280 ff.; zum Beginn der Amtsermittlungspflicht insoweit vgl. BGH ZIP 2003, 1005.

⁴⁹ AG Potsdam ZInsO 2003, 192.

⁵⁰ HKInsO/Sternal § 14 Rn. 9, 13; AG München ZIP 2009, 820.

⁵¹ BGH NZI 2004, 587 ff.; BGH NZI 2010, 960; LG Frankenthal NZI 2010, 960; HKInsO/Sternal § 14 Rn. 12.

⁵² BGH ZIP 2015, 1445 ff.; hierzu auch Rein/Koch NZI 2015, 839.

⁵³ LG Dessau-Roßlau BeckRS 2014, 14602.

⁵⁴ BGH ZIP 2004, 1466 ff.

⁵⁵ BGH ZIP 2006, 1457; aA LG Hamburg ZInsO 2015, 1348 f.

- 26 Die Anforderungen für Sozialversicherungsträger gelten auch für Forderungen des **Finanzamtes**. Das Finanzamt hat deshalb für die Glaubhaftmachung Steueranmeldungen der Schuldnerin und Steuerbescheide, gegebenenfalls auch Schätzbescheide, vorzulegen.⁵⁶ Hat der Schuldner Antrag auf Erlass der Steuerschuld gestellt, so kommt eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur dann in Betracht, wenn das Insolvenzgericht aufgrund einer summarischen Prüfung davon überzeugt ist, dass der Erlassantrag voraussichtlich keinen Erfolg haben wird.⁵⁷ Ein Kontoauszug des sachbearbeitenden Finanzamtes ist eine interne Verwaltungshilfe und als Mittel der Glaubhaftmachung grundsätzlich nicht ausreichend.⁵⁸ In der Literatur wird auch vorgeschlagen, statt der Urkundenvorlage im Regelfall substantiierte Angaben über die zugrunde liegenden Verwaltungsakte oder Selbstberechnungserklärungen sowie eine behördliche Bestätigung der Vollstreckbarkeit ausreichen zu lassen.⁵⁹
- 27 Hängt das Vorliegen des geltend gemachten Insolvenzgrundes vom Bestehen der zur Antragstellung berechtigenden und bestrittenen Forderung ab, so reicht die bloße Glaubhaftmachung ausnahmsweise nicht aus. In diesem Fall muss der Antragsteller vielmehr den vollen Beweis erbringen, dh die Forderung muss zur Überzeugung des Insolvenzgerichts feststehen.⁶⁰ Das Insolvenzeröffnungsverfahren ist nicht dazu geeignet und bestimmt, den Bestand rechtlich zweifelhafter Forderungen zu klären. Zweifel gehen insoweit zu Lasten des antragstellenden Gläubigers. Das Insolvenzgericht hat jedoch die Möglichkeit, im Fall einer bestrittenen, nicht vollstreckbaren Forderung deren Bestehen in freier tatrichterlicher Überzeugung (§ 286 ZPO) festzustellen.⁶¹ Soweit ein Gericht nach Sachprüfung unter Berücksichtigung der Einwendungen des Schuldners eine Forderung für begründet erachtet, so ist das Insolvenzgericht zu einer eigenen Sachprüfung weder berechtigt noch verpflichtet.⁶²
- 28 Ein vorläufig vollstreckbarer Vollstreckungsbescheid soll zur Glaubhaftmachung der Forderung bei einem Gläubigerantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht ausreichen, weil nur ein auf einer materiellen Prüfung beruhender Titel von dem Erfordernis, das Bestehen der Forderung im Einzelnen darzulegen, befreien kann.⁶³ Soweit ein Gläubiger seinen Eröffnungsantrag auf die Übernahme der persönlichen Haftung des Schuldners für einen Grundschuldbetrag stützt und dabei diese Forderung zugleich den Insolvenzgrund darstellt, wird die Forderung durch die Vorlage einer vollstreckbaren Urkunde bewiesen.⁶⁴ Soweit die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners allerdings nicht allein auf diese Forderung des antragstellenden Gläubigers zurückgeführt wird, kann der Gläubiger die dem Antrag zugrundeliegende Forderung auch durch die Vorlage eines von ihm erwirkten Zahlungstitels glaubhaft machen.⁶⁵ Ebenso wenig ausreichend soll die Vorlage eines ausschließlich dinglichen Titels sein.⁶⁶ Ausreichend ist nach BGH aber ein Versäumnisurteil.⁶⁷ Die Präkludierung von Einwänden bei einem deklaratorischen Schuldanerkenntnis gilt auch im

⁵⁶ BGH ZIP 2006, 141 ff.; zur Erforderlichkeit von vollziehbaren Steuerbescheiden, BGH BeckRS 2007, 11213; ausreichend, wenn Steuerbescheide erst im Abhilfeverfahren vorgelegt werden, so BGH ZInsO 2011, 1614; zu den Besonderheiten bei Insolvenzanträgen der Finanzämter, *Roth* NZI 2020, 883 ff.

⁵⁷ BGH NZI 2012, 95 f.; zu Einsprüchen BGH ZInsO 2009, 1533.

⁵⁸ BGH ZIP 2006, 1456 f. (1457); aber Hinw. d. Ger. erforderl. BGH BeckRS 2009, 21228.

⁵⁹ *Schmahl* NZI 2007, 20 ff.; zu Anträgen d. FA ausführl. *Werth* AO-Stb 2007, 210 ff.

⁶⁰ BGH ZIP 2006, 247; BGH ZIP 2006, 1456 (1457); weiterführend BGH NZI 2007, 408; BGH NZI 2010, 225 f., keine Sicherheitsleistung des Schuldners gegen vollstreckbaren Titel; auch bei mehreren, auf gleichgelagerten Lebenssachverhalten beruhenden Forderungen eines Gläubigers, so BGH ZIP 2021, 302 ff.; hier Anm. *Büttner* EWiR 2021, 209 f.

⁶¹ Vgl. BGH ZIP 2006, 1456 (1457) mwN; BGH NZI 2007, 408 f.; BGH NZI 2007, 350; ZInsO 2007, 1275 u. NZI 2008, 182 ff.

⁶² So AG Köln NZI 2015, 552 ff.

⁶³ AG Dresden Beschl. v. 27.10.2000 – 532 IN 1485/00 mAnm *Blenske* EWiR 2001, 535 f.

⁶⁴ BGH ZInsO 2016, 1575 ff.; hierzu *Avoine* EWiR 2016, 565 f.; auch BGH NZI 2016, 950 ff.: mAnm *Leithaus* NZI 2016, 952 und *Kexel* EWiR 2017, 117 f.

⁶⁵ BGH NZI 2011, 680 f.

⁶⁶ OLG Frankfurt/Main ZInsO 2002, 75 ff., 77.

⁶⁷ BGH BeckRS 2008, 00807.

Insolvenzantragsverfahren.⁶⁸ Wird durch die Staatsanwaltschaft gem. § 111i Abs. 2 StPO ein Insolvenzantrag gestellt und handelt es sich beim staatlichen Einziehungsanspruch um die einzige Forderung, so ist diese Forderung voll zu beweisen. Auch für diesen Antrag gilt § 14 Abs. 1. Ein Vollbeweis des staatlichen Einziehungsanspruchs kann beim nicht umfassend geständigen Angeschuldigten erst mit Abschluss des Strafverfahrens erbracht werden.⁶⁹

bb) Eröffnungsgrund. Die Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 kann durch eine **Fruchtlosigkeitsbescheinigung** des Gerichtsvollziehers⁷⁰ oder durch das Protokoll einer eidesstattlichen Versicherung des Schuldners glaubhaft gemacht werden.⁷¹ Diese sollten jedoch **nicht älter als sechs Monate sein**, da sie sonst ihre Indizwirkung verlieren.⁷² Die Vorlage dieser Unterlagen ist nicht zwingend. Insolvenzanträge können auch aufgrund von nicht titulierten Forderungen gestellt werden.⁷³ Daher darf die Vorlage von Nachweisen über die Erfolglosigkeit von Zwangsvollstreckungen nicht zur Voraussetzung der Glaubhaftmachung gemacht werden. Dem Antragsteller stehen vielmehr **alle denkbaren Beweismittel** zur Verfügung.⁷⁴ Hierzu genügt zB die Vorlage eines Schreibens der Insolvenzschuldnerin, in dem sie erklärt, zur Erfüllung einer unstreitigen Forderung nicht in der Lage zu sein, da die Finanzierung der Bank fehle.⁷⁵ Es genügt eine erfolglose Zwangsvollstreckung in bewegliches Vermögen, weitere Vollstreckungsmaßnahmen, zB eine Immobilienzwangsvollstreckung, sind nicht erforderlich.⁷⁶

Im Hinblick auf die Insolvenzanträge von Behörden und Körperschaften des öffentlichen Rechts, insbesondere der Sozialversicherungsträger und des Finanzamtes, wird über erleichterte Anforderungen diskutiert. 30

Die erste Ansicht geht davon aus, dass es genügt, wenn bestätigt wird, dass der Schuldner mehr als sechs Monate die Beiträge zur Sozialversicherung nicht abgeführt hat.⁷⁷ Dafür spricht das grundlegende Urteil des BGH zur Zahlungsunfähigkeit.⁷⁸ Dieses räumt dem Schuldner lediglich drei Wochen ein, eine etwaige Zahlungsstockung zu beheben. Allerdings geht es nicht von einer Zahlungsunfähigkeit aus, soweit bei Fortführungsprognose die Liquiditätslücke nicht mehr als zehn Prozent beträgt.⁷⁹ Da dem Gläubiger hinsichtlich der Anforderung einer Liquiditätslücke von mehr als zehn Prozent keine Informationsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, sollte für die Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit ein Rückstand von mehr als sechs Monaten auf die Sozialversicherungsbeiträge ausreichen. Dabei gibt es keinen Erfahrungssatz, dass bei Vorhandensein rückständiger Sozialversicherungsbeiträge per se noch andere Gläubiger mit fälligen Forderungen vorhanden sind.⁸⁰

Die gegenteilige Meinung verlangt auch von den Sozialversicherungsträgern, dass ein erfolgloser Vollstreckungsversuch nachgewiesen wird.⁸¹ Im Fall der Nichterreichbarkeit des Schuldners oder seiner Geschäftsführer können für die Glaubhaftmachung der Zahlungs- 32

⁶⁸ BGH ZInsO 2009, 767.

⁶⁹ LG Bad Kreuznach NZI 2019, 950 ff.; hierzu Anm. *Funken/Wéitzell* NZI 2019, 952 f.; auch *Hellfeld* EWiR 2019, 563 f.; krit. auch *Tschakert* ZInsO 2019, 2148 ff.

⁷⁰ LG Koblenz NZI 2001, 265 f.; AG Göttingen ZInsO 2007, 48.

⁷¹ Uhlenbruck/*Wégener* InsO § 14 Rn. 52.

⁷² AG Leipzig ZInsO 2011, 2097 ff.; angesichts der langen Vollstreckungsdauer hält Uhlenbruck/*Wégener* InsO § 14 Rn. 49 bis zu zwölf Monate für unbedenklich; ebenso LG Halle ZIP 1993, 1036 f.; differenzierend, da Tatfrage OLG Dresden ZInsO 2001, 853 ff.; ungeeignet, wenn bei Antragstellung bereits mehr als ein Jahr alt, so LG Düsseldorf NZI 2007, 530 ff.

⁷³ AG Göttingen ZInsO 2002, 592 ff.

⁷⁴ Zu einem sog. Beerdigungsfall, AG Göttingen ZInsO 2003, 1156.

⁷⁵ LG Berlin ZInsO 2004, 875 f.

⁷⁶ AG Göttingen ZInsO 2007, 48.

⁷⁷ BGH BB 2006, 1700 f.; notwendig ist die Aufschlüsselung der Antragsforderung nach Monaten LG Hamburg ZInsO 2010, 1842 f.; AG Darmstadt ZInsO 2021, 1284 f. zu Rückständen von fälligen Sozialversicherungsbeiträgen, die in den durch § 3 COVInsAG festgeschriebenen Zeitraum fallen; aA AG Ludwigshafen ZInsO 2021, 1285 f.

⁷⁸ BGH NZI 2005, 547 ff.

⁷⁹ Ausführlicher → § 17 Rn. 9–12.

⁸⁰ AG Ludwigshafen ZInsO 2015, 1229 f.

⁸¹ LG Hamburg NZI 2010, 823 f.

InsO § 14 33–37 Zweiter Teil. Eröff. des Insolvenzverf. Erfasstes Verm. und Verfahrensbeteil.

unfähigkeit auch die vom Gläubiger vorgetragenen Verhaltensweisen des Schuldners ausreichen, wie beispielsweise die Schließung des Geschäftsbetriebes ohne ordnungsgemäße Abwicklung, die Flucht vor den Gläubigern, die Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen oder Löhnen an mehr als einem Zahlungstermin hintereinander oder die Häufung von Pfändungen oder sonstigen Vollstreckungsmaßnahmen.⁸²

- 33 Die Überschuldung wird der Gläubiger mangels Einblick in die Vermögensverhältnisse des Schuldners in der Praxis kaum jemals glaubhaft machen können.⁸³

3. Anhörung des Schuldners

- 34 Abs. 2 ordnet zur Wahrung des verfassungsrechtlich vorgeschriebenen, rechtlichen Gehörs für den Regelfall eine Anhörung des Schuldners durch das Insolvenzgericht an. Die Pflicht zur Anhörung soll auch die missbräuchliche Stellung von Insolvenzanträgen – etwa zu dem Zweck, Zahlungen solventer, aber zahlungsunwilliger Schuldner zu erzwingen – verhindern.

- 35 Ausnahmsweise **kann eine Anhörung** des Schuldners in Person gem. § 10 Abs. 1 S. 1 **unterbleiben**, wenn

– sich der Schuldner im Ausland aufhält und die Anhörung das Verfahren übermäßig verzögern würde oder
– der Aufenthalt des Schuldners unbekannt ist.⁸⁴

- 36 Für diesen Fall ordnet § 10 Abs. 1 S. 2 als Soll-Vorschrift die Anhörung eines Vertreters oder Angehörigen des Schuldners an. Eine Anhörung kann evtl. entfallen, wenn ein anwaltlicher Bevollmächtigter erklärt, eine entsprechende Vollmacht zu haben, allerdings keine verfahrensdienlichen Auskünfte erteilen kann, aber auch bei Angehörigen, die nicht im Gewerbebetrieb des Schuldners tätig waren. Auch eine **schriftliche Anhörung** ist zulässig.⁸⁵

4. Aufrechterhaltung des Antrages auch nach Erfüllung der Forderung (Abs. 1, 3)

- 37 Vor allem für Sozialversicherungsträger und Finanzämter ergab sich häufig, dass nach Stellung des Insolvenzantrages die fälligen Verbindlichkeiten durch den Schuldner ausgeglichen wurden und der Antragsteller den Antrag für erledigt erklären musste. Dabei war bei der überwiegenden Zahl der Schuldner die Zahlungsunfähigkeit nicht beseitigt, sondern es liefen in kurzer Zeit wieder **erneut Rückstände** auf, die zu **neuen Insolvenzanträgen** führten. Um dies zu vermeiden, wurde im Gesetz zur Reform des Anfechtungsrechts⁸⁶ Abs. 1 Satz 2 neu gefasst, Satz 3 wurde aufgehoben. Somit wird der Antrag nunmehr nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird. Eine erledigende Zahlung bleibt für das Insolvenzgericht unbeachtlich. Dabei genügt die Nichtaufrechterhaltung eines Insolvenzantrages für sich allein nicht zur Annahme eines sog. „Druckantrages“.⁸⁷ Nur ein fehlendes Rechtsschutzinteresse oder ein deutlicher Verfahrensmisbrauch können dann noch zur Unzulässigkeit des Gläubigerantrages führen. Der BGH hat sich nunmehr in seiner Entscheidung vom 24.9.2020 positioniert und festgestellt, dass eine Erledigungserklärung durch einen sog. „Zwangsgläubiger“ nach Erfüllung der Antragsforderung trotz Möglichkeit des Weiterlaufenlassens kein hinreichendes Indiz für einen

⁸² BGH NZI 2006, 405 f.

⁸³ Hess/Weis/Wienberg InsO § 14 Rn. 85.

⁸⁴ Zur Zulassung des Antrages bei Nichterreichbarkeit des Schuldners s. BGH NZI 2006, 405 f.

⁸⁵ Begr. RegE, Balz/Landfermann S. 215.

⁸⁶ → Rn. 1.

⁸⁷ LG Wuppertal ZIP 2020, 1528 f.

Druckantrag darstelle. § 14 Abs. 1 S. 2 stellt keine Grundlage für einen Fortsetzungszwang dar. Dem Antragsteller obliegt keine ordnungspolitische Aufgabe, vielmehr ist seine Erledigungserklärung Ausdruck der Dispositionsmaxime des kontradiktorischen Verfahrens. Daher unterliegt es der tatrichterlichen Würdigung, ob die Erledigungserklärung eines Gläubigerantrags, welcher durch Erfüllung der Antragsforderung nicht unzulässig geworden ist, den Schluss auf einen Druckantrag erlaubt, wenn weitere Umstände hinzutreten, die als besondere Anhaltspunkte für einen Druckantrag dienen können.⁸⁸

Ziel der Neuregelung ist, die Fortsetzung wirtschaftlicher Aktivitäten in nicht zahlungs- 38
fähigen Unternehmen rechtzeitig zu unterbinden. Dies führt allerdings dazu, dass nunmehr in jedem Fall auch nach der Zahlung der Forderung des Gläubigers ein **vollständiges Gutachten** zur Frage der Insolvenzgründe zu erstellen ist.⁸⁹ Dies dürfte bei Schuldnern mittlerer Größenordnung, die noch über eine größere Liquidität verfügen, sehr umfangreich sein. Die Entscheidung über die Fortführung eines Unternehmens und damit auch über den Erhalt vieler Arbeitsplätze wird dann häufig von den Prämissen und Schlussfolgerungen des Gutachters und der darauf basierenden Prüfung durch das Gericht abhängen.

5. Streitfrage zur Kostentragung bei einseitiger Erledigungserklärung

Der Antragsteller kann seinen Antrag entsprechend § 4 InsO iVm § 91a ZPO in der 39
Hauptsache für erledigt erklären, wenn dieser erst nach Einreichung unzulässig oder unbegründet worden ist.⁹⁰ Abs. 3 sieht ausnahmsweise vor, dass der Schuldner auch dann die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, wenn wegen seiner nachträglichen Erfüllungshandlung der Eröffnungsantrag des Gläubigers als unbegründet abgewiesen wird.⁹¹

Das Insolvenzgericht ist verpflichtet, das Vorliegen eines erledigenden Ereignisses nach- 40
zuprüfen (in der Regel Begleichung der dem Antrag zugrunde liegenden Forderung).⁹² Das Gericht entscheidet dann darüber, ob der Antrag ursprünglich (bis zum erledigenden Ereignis) zulässig war. Nicht überprüft wird, ob der Antrag auch begründet war, da es auf den Sach- und Streitstand im Eröffnungsverfahren ankommt.⁹³

Im Gegensatz zum Zivilprozess findet bei der einseitigen Erledigungserklärung im 41
Insolvenzeröffnungsverfahren eine Beweisaufnahme in keinem Falle statt.⁹⁴ Aus dem Rechtsgedanken des § 13 Abs. 2 folgt, dass die Erledigung nur bis zum Erlass des Eröffnungsbeschlusses erklärt werden kann.⁹⁵

6. Rechtsmittel

– Wird der Antrag auf Verfahrenseröffnung als unzulässig abgewiesen, so steht dem antrag- 42
stellenden Gläubiger nach § 34 Abs. 1 die **sofortige Beschwerde** zur Verfügung (§ 4 InsO iVm § 567 Abs. 1 ZPO). Hält das Insolvenzgericht den Antrag hingegen für zulässig, tritt es in die Prüfung der Eröffnungsgründe ein. Die Anfechtung dieser Entscheidung ist nach ganz einhelliger Auffassung nicht möglich, da es sich lediglich um eine

⁸⁸ BGH NZI 2020, 1043 ff. mAnm Willmer/Berner 1045 f.; anerkennend auch *Deppenkemper* EWiR 2020, 725 f.

⁸⁹ Dazu krit. und ausf. *Smid/Wehdeking* NZI 2018, 770 ff.

⁹⁰ HKInsO/*Sternal* § 14 Rn. 62.

⁹¹ S. hierzu ausführlich HKInsO/*Sternal*, 9. Aufl., § 14 Rn. 57; LG Nürnberg-Fürth ZIP 2018, 2086 f., „Weiterlaufenlassen des Antrages“ in Unkenntnis der Schließung der Betriebsstätte.

⁹² Zur Unbeachtlichkeit der Erledigungserklärung bei Annahme einer Zahlung ohne Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit s. LG Duisburg ZInsO 2009, 336.

⁹³ AG Göttingen ZInsO 2007, 48.

⁹⁴ LG Bonn NZI 2001, 488 ff.; aA AG Hamburg ZInsO 2006, 1118; → Rn. 34 aE; LG Düsseldorf ZInsO 2019, 1800.

⁹⁵ BGH BeckRS 2008, 14246.

InsO § 15

Zweiter Teil. Eröff. des Insolvenzverf. Erfasstes Verm. und Verfahrensbeteil.

vorbereitende Maßnahme handelt.⁹⁶ Der Antragsgegner ist darauf verwiesen, den möglicherweise folgenden Beschluss über die Abweisung des Antrags nach § 34 Abs. 1 mit der sofortigen Beschwerde anzufechten. In eng umgrenzten Ausnahmefällen bei missbräuchlicher Stellung des Insolvenzantrages soll auch eine einstweilige Verfügung gegen den Gläubiger, die Stellung eines Insolvenzantrages zu unterlassen, möglich sein. Diese wäre allerdings nur begründet, wenn sich der Gläubiger gegenüber dem Schuldner schadenersatzpflichtig machen würde und die Voraussetzung des § 826 BGB gegeben sind.⁹⁷ Bei Anträgen des Finanzamtes ist auch ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in Betracht zu ziehen.⁹⁸ Dabei ist antragsbefugt für eine einstweilige Anordnung nach § 114 FGO nur derjenige, welcher auch befugt ist, im Hauptsacheverfahren Klage zu erheben.⁹⁹

- 43 – Die Frage, ob der Eröffnungsgrund glaubhaft gemacht worden ist, bleibt dem Tatrichter vorbehalten. Das Rechtsbeschwerdeverfahren an den BGH ist mit Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des § 522 der ZPO abgeschafft.¹⁰⁰ Die Rechtsbeschwerde ist nur noch gem. § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO möglich.¹⁰¹

7. COVInsAG

- 44 Durch § 3 COVInsAG werden Insolvenzanträge von Gläubigern gemäß § 14 InsO stark eingeschränkt. Bei zwischen dem 28.3.2020 und 28.6.2020 gestellten Gläubigerinsolvenzanträgen setzt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus, dass der Eröffnungsgrund bereits am 1.3.2020 vorlag.¹⁰²

§ 15 Antragsrecht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

(1) ¹Zum Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer juristischen Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit ist außer den Gläubigern jedes Mitglied des Vertretungsorgans, bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien jeder persönlich haftende Gesellschafter, sowie jeder Abwickler berechtigt. ²Bei einer juristischen Person ist im Fall der Führungslosigkeit auch jeder Gesellschafter, bei einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft zudem auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Antragstellung berechtigt.

(2) ¹Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans, allen persönlich haftenden Gesellschaftern, allen Gesellschaftern der juristischen Person, allen Mitgliedern des Aufsichtsrats oder allen Abwicklern gestellt, so ist er zulässig, wenn der Eröffnungsgrund glaubhaft gemacht wird. ²Zusätzlich ist bei Antragstellung durch Gesellschafter einer juristischen Person oder Mitglieder des Aufsichtsrats auch die Führungslosigkeit glaubhaft zu machen. ³Das Insolvenzgericht hat die übrigen Mit-

⁹⁶ OLG Celle ZIP 2001, 127 f.

⁹⁷ MüKoInsO/Vuia § 14 Rn. 13.

⁹⁸ Hierzu Schmittmann ZInsO 2013, 1992 ff.; zum Rechtsschutz gegen missbräuchliche Insolvenzanträge u. insolvenzweckwidrige Insolvenzpläne: Brinkmans/Uebele ZInsO 2014, 265 ff.; VG Ansbach ZInsO 2016, 112 ff.; FG Mecklenburg-Vorpommern ZInsO 2016, 401 ff.; FS Sachsen-Anhalt ZInsO 2016, 798 ff.; kein Vollstreckungsschutz oder Insolvenzantragsrücknahmepflicht bei bereits vor der COVID-19-Pandemie beantragten Insolvenzverfahren, hierzu FG Hessen NZI 2020, 862 ff.; FG München ZInsO 2019, 1272 ff.; zu gerichtlichen Überprüfung der Ermessensgerechtigkeit iSv § 5 AO OVG Lüneburg ZVI 2019, 239 ff.

⁹⁹ FG Hessen NZI 2020, 862 f.

¹⁰⁰ → § 6 Rn. 66.

¹⁰¹ → § 6 Rn. 66.

¹⁰² Schluck-Amend NZI 2020, 289 (293); kein Vollstreckungsschutz bei bereits vor Corona-Pandemie beantragtem Insolvenzverfahren FG Kassel ZIP 2020, 1728 f.