



Band 5

Schriftenreihe des
Centrum
für Deutsches & Europäisches
Insolvenzrecht

Herausgegeben von Stefan Smid, Silke Wehdeking
und Mark Zeuner

Christoph Pabst

**Materielle Insolvenz –
Die retrograde Ermittlung
der Zahlungsunfähigkeit**

A. Kapitel 1: Einführung

I. Fragestellung der „Materiellen Insolvenz“ und ihrer tatsächlichen Ermittlung

In der „*Endlosgeschichte des Konkurses*“¹ ist der Begriff der materiellen Insolvenz ein seit Jahrhunderten geprägter und feststehender Begriff des Konkursrechts.² Dennoch, oder gerade deshalb, kommt ihm auch de lege lata maßgebliche rechtswissenschaftliche Bedeutung zu.³

1. Zu den Begriffen der „Formellen“ und der „Materiellen Insolvenz“

- „Unverzichtbare Voraussetzung jeden Personalkredits ist ein intaktes und funktionierendes Insolvenzrecht.“⁴ -

- „Wo es keinen Kredit giebt, da ist überhaupt ein Konkurs kaum denkbar.“⁵ -

Im Vorfeld der Insolvenz⁶ werden regelmäßig verschiedenste Formen von Krisen⁷ den Weg des Schuldners bis zu einem Insolvenzantrag säumen. An dem Punkt, an welchem das Passiv-Vermögen das vorhandene Aktiv-Vermögen des Schuldners übersteigt⁸, und der Schuldner seine Gläubiger nicht mehr befriedi-

1 Uhlenbrück, DZWIR 2007, 1; hier auch ein Überblick über die Geschichte des Konkursrechts.

2 Hierzu schon 1797: Almendingen, Über den materiellen und formellen Concurs der Gläubiger, Giessen 1797; zur KO, Uhlenbrück in: Kuhn/Uhlenbrück, Konkursordnung, 11. Aufl., 1994, § 102 Rn.1; Zur InsO: Foerste, Insolvenzrecht, 5. Aufl., 2006, Rn. 1.

3 Vgl. Foerste, (Fn. 2), Rn. 1.

4 Uhlenbrück, NJW 1975, 897 [903].

5 Aus Motive zu: Entwurf KO 1875, S. 321.

6 An dieser Stelle soll noch von dem allgemeinen Begriff der Insolvenz die Rede sein und der Begriff noch nicht weiter differenziert werden, um die Notwendigkeit einer vorzunehmenden Differenzierung herauszustellen.

7 Allgemein zu allen Erscheinungsformen von Krisen Drukarczyk/Schöntag in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl., 2010, § 2 Rn. 1 ff.

8 Zu dem Fakt, dass Überschuldung noch nicht die Zahlungsunfähigkeit bedeutet, solange der Schuldner Kredit hat: Motive zu: Entwurf KO 1875, S. 320; Lent in: Jaeger, Konkursordnung, 8. Aufl., 1958, § 30 Anm. 5.

gen kann, ist der Schuldner insolvent.⁹ Die Insolvenz ist somit eine „*Frage der Liquidität*“¹⁰ und hier spezieller der Geldilliquidität.¹¹ Hierfür spricht auch der klare Wortlaut des § 45 InsO, welcher bestimmt, dass alle Forderungen stets in Geld zu bemessen sind.

Dabei ist Insolvenz nicht immer gleichbedeutend mit Illiquidität.¹² Solange ein Schuldner Kredit hat, können seine Passiva stark überwiegen¹³, der Schuldner gilt aber nicht als zahlungsunfähig, solange er seine Gläubiger bedient¹⁴ und Aktiva aus der ihm gewährten Kreditlinie akquirieren kann. Zu dieser Zeit ist der Schuldner womöglich bereits überschuldet, jedoch noch nicht zahlungsunfähig. Die Insolvenz des Schuldners ist in der Konsequenz, trotz möglicher Versuche der Abwendung durch Kredit oder auch gerade deshalb, die „*Prämisse des Konkurses*.“¹⁵

Mit dem Eintritt der Insolvenz des Schuldners wird zunächst jeder Gläubiger für sich versuchen, seine Forderung im Einzelzwangsvollstreckungsverfahren¹⁶ beizutreiben. Ab hier beginnt der *Concursus* mit dem Zusammentreten¹⁷ bzw. der *Concurrenz*¹⁸ der Gläubiger. Concurrenz setzt immer eine Mehrheit von Gläubigern voraus¹⁹, welcher mit Eröffnung des Konkurses das Vermögen des Schuldners als Haftungsmasse eröffnet wird. Mit Eröffnung des Verfahrens wird

9 So schon Almendingen, (Fn. 2), S. 13; auch in Motive zu: Entwurf KO 1875, S. 320; für die Gegenwart Foerste, (Fn. 2), Rn. 1.

10 Lent in: Jaeger, KO, (Fn. 8), § 30 Anm. 5.

11 Vgl. Uhlenbrück in: Kuhn/ Uhlenbrück, (Fn. 2), § 30 Rn. 6; sowie Henckel in: Jaeger, Konkursordnung, 9. Aufl., 1997, § 30 Rn 25.

12 Obermüller, DB 1973, 267 [269].

13 Lent beschreibt auch den umgekehrten Fall, in dem die Aktiva zwar stark überwiegen, der Schuldner diese aber nicht kurzfristig verwerten kann und dadurch in die Illiquidität fällt: Jaeger, KO, (Fn. 8), § 30 Anm. 5.

14 Lent in: Jaeger, KO, (Fn. 8), § 30 Anm. 5; Obermüller, DB 1973, 267 [269].

15 Aus Motive zu: Entwurf KO 1875, S. 319.

16 Als Anfang des Concurses sah auch Dabelow den Zeitpunkt, an dem nach gerichtlicher Geltendmachung der Forderung das Schuldnervermögen nicht mehr ausreicht, um alle Gläubiger zu befriedigen: Almendingen, (Fn. 2), S. 19 f.

17 Wörtlich genommen müsste man das lateinische Wort *concurrere* als „das Zusammentreten der Gläubiger“ in das Deutsche übersetzen. Passender ist aber die transponierende Übersetzung als „die Concurrenz der Gläubiger“: Vgl. Almendingen, (Fn. 2), S. 13 ff.

18 Almendingen, (Fn. 2), S. 13 ff.

19 Uhlenbrück, DZWIR 2007, 1.

der Schuldner daher auch zum Gemeinschuldner, dem „*debitor communis creditorum concurrentium*.“²⁰

Der Eintritt der Insolvenz ist gleichermaßen der Beginn der Phase des materiellen Concurs²¹, in welcher sich die Gläubiger mangels formellen Übergangs der Dispositionsbefugnis²² noch an die Person des Schuldners selbst halten.²³ Uhlenbruck beschreibt den Zeitpunkt der materiellen Insolvenz dahingehend, dass hier „*der wirtschaftliche Zusammenbruch des Schuldners feststeht oder sich jedenfalls schon deutlich abzeichnet*.“²⁴

Materielle Insolvenz ist also ein Zustand des Schuldners, und ist dabei allenfalls spätestens die im Gesetz²⁵ als Tatbestandsmerkmal festgelegte, sich nun nach außen abzeichnende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.

Spätestens mit dem Eintritt der Concurrenz dürfte der Schuldner regelmäßig endgültig zahlungsunfähig werden, worauf üblicherweise unmittelbar der formelle Concurs folgen wird.²⁶ Der formelle Concurs²⁷ beginnt mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, in welchem zur Vermeidung eines „*Krieges aller gegen alle*“²⁸ das Prioritätsprinzip durch den Grundsatz *par condicio creditorum* aus § 1 InsO ersetzt wird. Er dauert bis zu der offiziellen Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach § 200 InsO.

Den formellen Konkurs beschrieb der Gesetzgeber von 1879 bis heute noch vollkommen zutreffend:

„Wenn ein Schuldner sich außerstande erweist, alle seine Gläubiger vollständig zu befriedigen, so muß das Gesetz die Gläubiger davor schützen, daß die Befriedigung, die ein jeder zu fordern hat, nicht beeinträchtigt werde durch eine Verschleuderung des Vermögens seitens des Schuldners, durch den Hinzutritt neuer Schulden, durch das Vore greifen oder durch die Begünstigung einzelner Gläubiger.“

20 Zu dem Begriff „Gemeinschuldner“ aus der KO, Weber in: Jaeger, Konkursordnung, 8. Aufl., 1973, § 102 Rn. Einl. 2.

21 Zum Begriff und dessen Bedeutung bereits Almendingen, (Fn. 2), S. 13 ff.; sowie Dabelow, Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, Halle 1801, S. 677.

22 Dabelow, (Fn. 21), S. 675 f.; und Foerste, (Fn. 2), Rn. 1.

23 Almendingen, (Fn. 2), S. 15 f.

24 Uhlenbruck in: Kuhn/Uhlenbruck, (Fn. 2), § 30 Rn 2.

25 Vgl. § 17 InsO, früher § 102 KO.

26 Vgl. Foerste, (Fn. 2), Rn. 1; so auch Dabelows Theorie zum Anfangszeitpunkt des Concurs: Almendingen, (Fn. 2), S. 19 f.; und Uhlenbruck in: Kuhn/Uhlenbruck, (Fn. 2), § 30 Rn 2.

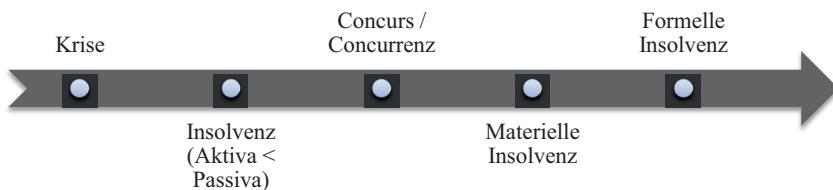
27 Almendingen, (Fn. 2), S. 15 f.

28 Baumann, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl., 1981, § 3 IV, S. 15.

Das Zahlungsunvermögen des Schuldners und die Kollision der gegen ihn bestehenden Forderungen erzeugt für jeden Gläubiger den rechtlichen Anspruch, daß nunmehr das gesamte Vermögen zur gesetzlich geregelten Vertheilung unter die sämmtlichen vorhandenen Gläubiger und nur unter sie verwendet werde. Diesen Anspruch, allen Gläubigern gemeinsam und den Konkurs begründend, soll durch die Eröffnung und Durchführung des Verfahrens verwirklicht werden.“²⁹

Der formelle Concurs umfasst somit neben der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners durch das Insolvenzgericht vor allem die Haftungsverwirklichung des schuldnerischen Vermögens und damit die Wahrung des Grundsatzes *par condicio creditorum*.

Anhand eines Zeitstrahls lässt sich diese beschriebene Chronologie der Insolvenz wie folgt darstellen:



Die zeitliche Abfolge des Eintritts der einzelnen Phasen ist dabei zumindest zwischen den ersten vier sehr eng, möglicherweise sogar zeitgleich. Lediglich die Formelle Insolvenz kann deutlich später begründet werden.

2. Bedeutung der „Materiellen Insolvenz“ für das gerichtliche Verfahren

Innerhalb des deutschen Insolvenzrechts gibt es „*ausschließlich kriteriengebundene Eröffnungen von Insolvenzverfahren*.“³⁰ Der § 16 InsO setzt deshalb für eine etwaige Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch das Insolvenzgericht voraus, dass ein Eröffnungsgrund i.S.d. §§ 17 bis 19 InsO vorliegt. Ist der Schuldner nun nicht mehr in der Lage, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüll-

29 Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 4. Band, Berlin 1898, S. 44.

30 Drukarczyk/Schüler in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, 2000, S. 95 Rn. 1.

len, so ist er zahlungsunfähig gemäß § 17 InsO. Diese materielle Insolvenz³¹ hat das Insolvenzgericht nach § 16 InsO positiv festzustellen, um das Insolvenzverfahren gemäß § 27 InsO zu eröffnen.³² Mit der Eröffnung des Verfahrens begründet das Gericht die formelle Insolvenz³³ des Schuldners und schafft die Voraussetzungen für die Haftungsverwirklichung des Schuldnervermögens im Insolvenzverfahren.³⁴ Dabei findet ein tiefer Eingriff in die Grundrechte des Schuldners aus Art. 2 Abs. 1, 12 und 14 GG statt³⁵, weshalb das Insolvenzgericht bei der Feststellung des Vorliegens der Eröffnungsvoraussetzungen seiner Amtsermittlungspflicht aus § 5 InsO zu genügen und alle hierfür erforderlichen Umstände sorgfältig zu ermitteln hat.³⁶

Die Tatsache der Antragsstellung, gleich ob in Form eines Eigenantrags nach §13 InsO oder eines Fremdantrags nach § 14 InsO, begründet zwar einen Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes, kann jedoch nur selten für die Überzeugung des Gerichts ausreichend sein.³⁷ Aus diesem Grund wird sich das Gericht in der Regel eines Sachverständigengutachtens bedienen³⁸, welches die Eröffnungsgründe aus den §§ 17 bis 19 InsO zum Gegenstand hat und geeignet ist, die notwendige Überzeugung des Richters herzustellen.³⁹

Das Gericht stellt anschließend mit dem Eröffnungsbeschluss nach § 27 InsO und dessen öffentlicher Bekanntmachung gemäß § 30 i.V.m. § 9 InsO amtlich und nach außen wirkend⁴⁰ fest, dass der Schuldner - zumindest im Zeitpunkt der Eröffnung⁴¹ - zahlungsunfähig und damit materiell insolvent ist.⁴²

31 Vgl. Foerste, (Fn. 2), Rn. 1, wobei dies einer der spätesten Zeitpunkte der materiellen Insolvenz ist. Er liegt kurz vor dem Eintritt der formellen Insolvenz.

32 Schmerbach in: FK-InsO, 6. Auflage, 2011, § 16 Rn. 1 ff.

33 Vgl. Foerste, (Fn. 2), Rn. 1.

34 Zu den „Grundlagen“ des Insolvenzverfahrens: Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl., 2007, Rn. 1.11 ff.

35 Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzrechts, 2. Aufl., 1994, S. 50 Fn. 1; auch Himmelsbach/Thonfeld, NZI 2001, 11 [15].

36 Smid, Praxishandbuch Insolvenzrecht, 5. Aufl., 2007, § 4 Rn. 1.

37 Hierauf wird im zweiten Teil noch genauer eingegangen.

38 Smid, Praxishandbuch Insolvenzrecht, (Fn. 36), § 4 Rn. 7.

39 Allgemein zu der hier angesprochenen richterlichen Überzeugung und ihrer Bildung: Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, 31. Aufl., 2010, § 286 insb. Rn 2 ff.

40 Smid/Leonhardt in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, 3. Aufl., 2010, § 30 Rn. 2 f.

41 BGH, Beschluss vom 27.07.2006 - IX ZB 204/04 = NZI 2006, 693 [695].

42 Smid/Leonhardt in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, (Fn. 40), § 27 Rn. 3.

II. Der zentrale Begriff der Zahlungsunfähigkeit

Den zentralen Begriff sowohl der formellen als auch der materiellen Insolvenz bildet die Zahlungsunfähigkeit.⁴³ Bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit und der damit verbundenen Subsumtion unter den Begriff ist es gleich, ob das Vorliegen für die nahe Zukunft, § 18 InsO, Gegenwart, § 17 InsO, oder eben, wie im Falle der retrograden Ermittlung, Vergangenheit ermittelt werden soll.⁴⁴ Der Begriff ist einheitlich zu verstehen und hat stete Gültigkeit.

Die Zahlungsunfähigkeit kann sich dabei tatsächlich ausschließlich auf eine Geldilliquidität beziehen.⁴⁵ Die Sach- bzw. Warenilliquidität des Schuldners mag zwar in der Folge zu einer Geldilliquidität führen, begründet allerdings keine Zahlungsunfähigkeit im insolvenzrechtlichen Sinne.⁴⁶

Zu Zeiten der Konkursordnung (KO) war das Merkmal der Zahlungsunfähigkeit in § 102 Abs. 1 KO enthalten. Der Begriff selbst wurde erst durch die Rechtsprechung⁴⁷ konkretisiert und von dieser als „*das auf dem Mangel von Zahlungsmitteln beruhende andauernde Unvermögen des Schuldners, seine sofort zu erfüllenden Geldschulden noch im Wesentlichen zu berichtigen*“⁴⁸ definiert. Schon in § 102 Abs. 2 KO war die bedeutsamste „*Äußerung der Zahlungsunfähigkeit*“⁴⁹ erfasst: die Zahlungseinstellung. Die Feststellung, dass Zahlungsunfähigkeit vorliegt sah der BGH⁵⁰, dem RG⁵¹ folgend, schon zur Zeit der KO „*im wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet*.“⁵²

Mit Ablösung der Konkursordnung durch die Insolvenzordnung (InsO) im Jahr 1999 ist der Begriff der Zahlungsunfähigkeit durch den Gesetzgeber refor-

43 Schon 1797: Almendingen, (Fn. 2), S. 13 ff.; für die KO, Weber in: Jaeger, KO, (Fn. 20), § 102 Rn. 2; für die InsO: Foerste, (Fn. 2), § 1 Rn. 1.

44 Fachausschuss Recht IDW, ZIP 2009, 201 [205].

45 Vgl. A. I. 1.

46 Vgl. Uhlenbrück in: Kuhn/ Uhlenbrück, (Fn. 2), § 30 Rn. 6; sowie Henckel in: Jaeger, KO, (Fn. 11), § 30 Rn 25.

47 Zu dem Begriff in st. Rspr.: zuerst: RG, Urteil vom 22.02.1882 – Rep. I. 668/81 = RGZ 6, 95 [96]; RG, Urteil vom 17.12.1901 – VII. 386/ 01 50 = RGZ 50, 39 [41] m.w.N.; später: BGH, Urteil vom 30.04.1959 – VIII ZR 179/58 = WM 1959, 891; Urteil vom 10.01.1985 - IX ZR 4/84 = NJW 1985, 1785.

48 Weber in: Jaeger, KO, (Fn. 20), § 102 Rn 2.

49 Weber in: Jaeger, KO, (Fn. 20), § 102 Rn.2.

50 BGH, Urteil vom 30.04.1959 – VIII ZR 179/58 = WM 1959, 891.

51 RG, Urteil vom 06.01.1933 – VII 247/32 = WarnRsp. 1933 Nr. 30, S. 57 [60].

52 BGH, Urteil vom 11.10.1961 - VIII ZR 113/60 = NJW 1962, 102 [103].

miert und zugleich erstmals legaldefiniert worden.⁵³ Der Gesetzgeber hat die gegebene Definition dabei bewusst „sehr weit gefasst.“⁵⁴ In der Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit des § 17 Abs. 2 S. 1 InsO heißt es: „*Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.*“ Die in § 17 Abs. 2 S. 2 InsO genannte widerlegliche Vermutung⁵⁵ der Zahlungsunfähigkeit bei Zahlungseinstellung ist auch unter Geltung der InsO die „stärkste“⁵⁶ oder besser die eindeutigste Form der Zahlungsunfähigkeit.

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit bleibt jedoch, trotz des Bestrebens eine gesetzliche Definition zu schaffen, weiter stark auslegungsbedürftig. Er wurde immer wieder durch die Rechtsprechung⁵⁷ und die Wissenschaft⁵⁸ fortentwickelt und konkretisiert. Geprägt durch praktische, juristische und wirtschaftliche Entwicklungen sowie ständig neu auftretende Einzelfragen, stehen die Bewertungskriterien aber auch weiterhin ständig im Fluss und bedürfen damit einer jeweiligen konkreten Einzelfallbetrachtung anhand der entwickelten Kriterien.⁵⁹ Deshalb gilt es, diese Kriterien auszuwerten und zu betrachten, um so den Begriff der materiellen Insolvenz zu klären, welcher sich schon aufgrund der zeitlichen Divergenz nicht mit dem der Zahlungsunfähigkeit aus § 17 InsO decken kann.

III. Bedürfnis der retrograden Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit

Die „eigentliche Zahlungsunfähigkeit“, also die materielle Insolvenz, wird der Zahlungseinstellung regelmäßig weit vorausgehen⁶⁰ und nicht unmittelbar mit ihrem Eintritt offenbar werden.⁶¹ Gerade bei juristischen Personen beruht der

53 Vgl. Begründung RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443, 1 [114]; und Weber in: Jaeger, KO, (Fn. 20), § 102 Rn. 2.

54 Smid, Praxishandbuch Insolvenzrecht, (Fn. 36), § 3 Rn. 52.

55 Begründung RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443, 1 [114].

56 Uhlenbrück in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2006, § 6 Rn. 4.

57 Exemplarisch: BGH, Urteil vom 20.11.2001 - IX ZR 48/01 = NZI 2001, 91; besonders Urteil vom 24.05.2005 - IX ZR 123/04 = NZI 2005, 547.

58 Vgl. hierzu: Smid, Praxishandbuch Insolvenzrecht, (Fn. 36), § 3 Rn. 54 m.w.N. insb. Fn. 118 bis 122.

59 Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch der vorläufigen Insolvenzverwaltung, 1. Aufl., 2011, § 8 Rn. 53 et passim.

60 Leithaus in: Andres/Leithaus, Insolvenzordnung, 2. Aufl., 2011, § 17 Rn. 3.

61 Schon zur KO, Hess in: Hess, Konkursordnung, 4. Aufl., 1993, § 102 Rn. 12.