

Insolvenzordnung (InsO)

Braun

8., neu bearbeitete Auflage 2020
ISBN 978-3-406-73405-2
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Für bestimmte Vermögensmassen sind außerdem die Sonderregelungen in den §§ 317, 318, 332, 333 zu beachten.

b) Juristische Personen

Bei juristischen Personen steht die **Antragsbefugnis** jedem Mitglied des Vertretungsorgans zu, dies gilt auch bei Gesamtvertretung. Das ist bei der AG jedes Vorstandsmitglied (§ 78 AktG), bei der GmbH jeder Geschäftsführer (§ 35 GmbHG), bei der Genossenschaft jedes Vorstandsmitglied (§§ 24–26 GenG), bei der KGaA jeder persönlich haftende Gesellschafter (§ 278 Abs. 2 AktG) und beim rechtsfähigen Verein jedes Vorstandsmitglied (§ 26 Abs. 2 BGB),⁷ auch ein von der BaFin bestellter Abwickler (§ 37 Abs. 2 KWG).⁸ Das Antragsrecht hängt nicht von der Rechtswirksamkeit der Bestellung ab.⁹ Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte können keinen Insolvenzantrag stellen, da diese Handlung nicht zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehört.¹⁰ Anders ist dies natürlich, wenn die Vertretungsregelung eine Vertretung der Gesellschaft für solche Fälle durch die Prokuristen vorsieht, zB durch zwei Prokuristen gemeinsam.¹¹ Der Mangel der Vollmacht kann im Rechtsstreit durch die Genehmigung des Berechtigten auch mit rückwirkender Kraft beseitigt werden, soweit noch nicht ein das Rechtsmittel als unzulässig verwerfendes Prozessurteil vorliegt. Hieraus ergibt sich, dass auch für die Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine nachträgliche Genehmigung noch möglich ist und der Antragsmangel rückwirkend beseitigt werden kann.¹² Im Liquidationsverfahren über das Vermögen der Gesellschaft geht die Antragsbefugnis auf den Liquidator über. Die Antragsberechtigung des Geschäftsführers erlischt wg. § 6 Abs. 2 GmbHG mit Rechtskraft des Strafurteils bezüglich einer Katalogtat nach §§ 283–283d StGB.¹³ Steht der Geschäftsführer einer GmbH unter Betreuung, so ist der Betreuer nicht zur Stellung eines (Eigen-)Antrages über das Vermögen der GmbH berechtigt.¹⁴

c) Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

Bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit ist **jeder persönlich haftende Gesellschafter** antragsbefugt. Die GbR soll nach dem Willen des Gesetzgebers insoweit wie eine OHG behandelt werden, so dass jeder einzelne Gesellschafter antragsbefugt ist.¹⁵ Im Hinblick auf die sofortige Beschwerde gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht die sofortige Beschwerde gem. § 34 Abs. 2 nur dem Schuldner, also der GbR, zu, die Gesellschafter der GbR haben kein eigenes Beschwerderecht. Dies gilt erst recht für ehemalige Gesellschafter. Die Rechte der einzelnen Gesellschafter werden dadurch gewahrt, dass sie, soweit sie persönlich haften, analog Abs. 1 berechtigt sind, für die Gesellschaft Rechtsmittel einzulegen.¹⁶ Bei der Partnerschaftsgesellschaft steht die Antragsbefugnis jedem Partner zu (§ 7 Abs. 3 PartGG iVm § 125 Abs. 1 HGB), bei der EWIV jedem Geschäftsführer (Art. 20 EWIV-VO) und bei der Partenreederei jedem Reeder (§ 491 HGB aF). Im Falle einer insolventen Komplementär-GmbH bleibt weiterhin der Geschäftsführer zur Insol-

⁷ AG Göttingen ZInsO 2011, 1114; Antragsberechtigung u. -verpflichtung des das operative Geschäft Führenden als faktischer Geschäftsführer bei einem wirtschaftlichen Verein nach Rücktritt des Vorstandes, AG Göttingen NZI 2012, 144 ff.

⁸ OLG Hamm ZIP 2007, 682 f.

⁹ HKInsO/Sternal § 15 Rn. 5; Delhaes Insolvenzantrag S. 112 f.

¹⁰ HKInsO/Sternal § 15 Rn. 9.

¹¹ BGH ZIP 2003, 1007; differenzierend MüKoInsO/Klöhn § 15 Rn. 70.

¹² BGH ZIP 2003, 1007.

¹³ AG Dresden ZInsO 2007, 501; Scholz GmbHG/Schneider/Schneider § 6 Rn. 23 ff.

¹⁴ AG Göttingen ZInsO 2003, 1107 f. (ggf. aber Bestellung eines Verfahrenspflegers); hierzu auch Beth ZInsO 2012, 316 ff. (318).

¹⁵ BGH ZInsO 2006, 822; BGH BeckRS 2008, 16050 (u. 20165); Ganter NZI 2009, 265 ff. (266); Gehrlein NZI 2009, 457 ff. (458); zur Haftung bei Antragstellung ohne Anlass s. OLG München ZIP 2015, 826 ff.

¹⁶ BGH ZInsO 2006, 822; BGH BeckRS 2008, 16050 (u. 20165).

InsO § 15 11–13 Zweiter Teil. Eröffnung des Insolvenzverf. Erfasstes Verm. und Verfahrensbet.

venzantragstellung hinsichtlich der KG berechtigt, diese Antragsbefugnis geht nicht auf den Insolvenzverwalter über. Es bleibt beim Nebeneinander von insolvenzmäßiger und gesellschaftsrechtlicher Liquidation.¹⁷

- 11 Ist keiner der persönlich haftenden Gesellschafter eine natürliche Person, so findet **nach Abs. 3** die Regelung der Abs. 1 und 2 so lange entsprechende Anwendung, bis sich eine natürliche Person ergibt.

d) Antragsrecht im Falle der Führungslosigkeit

- 12 Nach Abs. 1 S. 2 ist durch das MoMiG auch ein Antragsrecht für den Fall der Führungslosigkeit eingefügt worden. Dieses entspricht der Antragspflicht nach § 15a Abs. 3.¹⁸ Die **Führungslosigkeit** ist legal definiert in § 10 Abs. 2 S. 2 und liegt vor, wenn der Schuldner keinen organschaftlichen Vertreter hat. Die **Unerreichbarkeit** des Geschäftsführers reicht nach hM für eine Führungslosigkeit nicht aus.¹⁹ Dagegen wird argumentiert, dass das Ziel des MoMiG war, Missbräuche, vor allem im Bereich der Firmenbestattungen zu verhindern und deshalb eine Führungslosigkeit auch gegeben sei, wenn der Geschäftsführer nachrichtenlos abgetaucht, handlungsunfähig oder planvoll unerreichbar ist.²⁰ Antragsberechtigt ist nach dem Wortlaut jeder Gesellschafter der „juristischen Person“, bei einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft „zudem auch“ jedes Mitglied des Aufsichtsrates. Im Zusammenhang mit dieser Formulierung ist **streitig, ob** unter Gesellschafter nur die einer GmbH zu verstehen sind, oder ob grundsätzlich die „Anteilshaber“ (§ 2 Umwandlungsgesetz) gemeint sind. In § 10 ist von den am Schuldner beteiligten Personen die Rede, die im Fall der Führungslosigkeit gehört werden können. Verfolgt man hier die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, so spricht einiges dafür, dass der Gesetzgeber mit der Ergänzung in Abs. 1 S. 2 lediglich ein mit der Antragspflicht in § 15a Abs. 3 korrespondierendes Antragsrecht schaffen wollte.²¹ In § 15a Abs. 3 ist dann auch im Zusammenhang mit dem Gesellschafter ausgeführt „im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung“. Deshalb wird argumentiert, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung „jeder Gesellschafter“ **nur die Gesellschafter einer GmbH** gemeint haben kann,²² nicht aber zB den Anteilseigner einer Aktiengesellschaft, die ja begrifflich keine Gesellschafter, sondern Aktionäre hat.
- 13 Der Bezug auf die Regelung zur Führungslosigkeit in § 15a Abs. 3 und § 10 Abs. 2 kann jedoch für beide Positionen herangezogen werden. In § 15a ist die Bezeichnung Gesellschaft ausdrücklich eingeschränkt für den Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. In der Regelung des § 10 Abs. 2 werden dagegen die Begriffe juristische Person und die am Schuldner beteiligten Personen verwendet. Bei § 10 Abs. 2 wird im Zusammenhang mit dem dem Gericht eingeräumten Ermessen, darüber zu entscheiden, ob eine Anhörung notwendig oder sinnvoll erscheint, in der Entwurfsbegründung erwähnt, dass dies „bei großen Publikumsgesellschaften selten der Fall sein“ wird.²³ Abs. 1 S. 2 enthält außerdem im Zusammenhang mit der **Aktiengesellschaft** oder der **Genossenschaft** die Worte „zudem auch“, was dafür spricht, dass neben den Mitgliedern des Aufsichtsrates noch andere Antragsteller gemeint sein müssten. Letztlich spricht somit

¹⁷ AG Dresden ZIP 2003, 1264 f.; OLG Oldenburg ZIP 2008, 2077.

¹⁸ → Rn. 2 f.; *Schmahl* NZI 2008, 6 ff. (8).

¹⁹ → § 10 Rn. 17; AG Hamburg NZI 2009, 63; *Passarge/Brete* ZInsO 2011, 1293 ff.; AG Potsdam ZIP 2013, 1638 (Forschungsreise).

²⁰ So *Passarge/Brete* ZInsO 2011, 1293 ff. (1297 mwH bei Fn. 18).

²¹ So die Begr. zum Gesetzesentwurf, s. NZI 2008, Beilage zu Heft 11, MoMiG S. 39 zu Art. 9 (Änderung der InsO), zu Nr. 2 (Änderung von § 15).

²² Vgl. mit ausführlicher Darstellung des Problems bereits zum Regierungsentwurf des MoMiG *Schmahl* NZI 2008, 6 ff., 8; FKInsO/*Schmerbach* § 15 Rn. 3; HKInsO/*Sternal* § 15 Rn. 6; umfassend hierzu auch *Barthel* ZInsO 2010, 1776 ff.; *Zabel* DZWIR 2009, 500 ff.; zur Problematik bei einer Genossenschaft, AG Hannover ZInsO 2018, 1982 ff., 1986 f.

²³ Begr. des Gesetzesentwurfes, Begr. der Beschlussempfehlung (BT-Drs. 16/9737), abgedruckt in NZI 2008, Beilage zu Heft 11, MoMiG S. 39 zu Art. 9 (Änderung der InsO), zu Nr. 2 (Änderung von § 15).

der Wortlaut eher dafür, auch zB dem Aktionär einer Aktiengesellschaft ein Antragsrecht nach Abs. 1 S. 2 im Fall der Führungslosigkeit einzuräumen,²⁴ während Entstehungsgeschichte und Systematik dagegen sprechen.²⁵

e) Die Sonderregelung des § 15 Abs. 2

Eine Sonderregelung enthält Abs. 2 für den Fall, dass das **Vertretungsorgan aus mehreren Mitgliedern** besteht bzw. die Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit über mehrere persönlich haftende Gesellschafter verfügt. Wird der Antrag in diesen Fällen nicht von allen Berechtigten gemeinsam gestellt, muss das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes glaubhaft gemacht werden. Diejenigen, die sich der Antragstellung verweigern, sind vom Gericht zu hören, Abs. 2 S. 3.²⁶ Auf diese Weise soll gewährleistet werden, dass das Gericht Eröffnungsanträge, die lediglich auf Grund gesellschaftsinterner Meinungsverschiedenheiten gestellt werden, rasch als solche erkennt und so Schaden von dem betroffenen Unternehmen abgewendet werden kann. Mitgesellschafter einer GbR können mangels eines möglichen Prozessrechtsverhältnisses innerhalb eines (erfolglosen) Insolvenzverfahrens gegeneinander keine Kostenerstattungsansprüche geltend machen.²⁷

Bei Meinungsunterschieden im Hinblick auf die Antragsrücknahme kann in dem Fall, dass der antragstellende Geschäftsführer abberufen wurde, der verbliebene Geschäftsführer den Antrag zurücknehmen, wenn sich dies nicht als rechtsmissbräuchlich herausstellt.²⁸

f) Die Sonderregelung des § 18 Abs. 3 bei Geltendmachung drohender Zahlungsunfähigkeit

Eingeschränkt wird Abs. 1 schließlich durch die Regelung des § 18 Abs. 3. Kommt als Eröffnungsgrund lediglich drohende Zahlungsunfähigkeit in Betracht und wird der Eröffnungsantrag nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans gestellt, so muss der Antragsteller vertretungsberechtigt sein.²⁹ In diesem Fall sind die Regelungen der Vertretungsmacht entgegen Abs. 1 doch bedeutsam.

3. Streitfragen

a) Faktischer Geschäftsführer

Umstritten ist die Antragsberechtigung desjenigen, der die Gesellschaft wie ein vertretungsberechtigtes Organ führt, ohne dazu förmlich bestellt worden zu sein. In der Praxis geht es hierbei insbesondere um den faktischen Geschäftsführer einer GmbH.

Der BGH hält diesen für verpflichtet, im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft gem. § 15a (Urt. noch zu § 64 GmbHG aF) die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen.³⁰ Daraus wird gefolgert, dem Antragsverpflichteten müsse auch ein Antragsrecht zustehen, da er seiner Pflicht andernfalls nicht nachkommen könne.³¹ Die Antrags-

²⁴ So auch *Barthel* ZInsO 2010, 1776 ff. (1780).

²⁵ So *Zabel* DZWIR 2009, 500 ff. (503).

²⁶ § 15 Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden auf das Verhältnis zwischen dem Abwickler nach § 37 Abs. 2 KWG u. den Organen des Schuldners, AG Hamburg ZInsO 2005, 1118; aA BGH ZInsO 2003, 848 ff.; AG Göttingen ZInsO 2011, 1114.

²⁷ BGH ZInsO 2017, 1426 ff.

²⁸ BGH NZI 2008, 550 f.; mAnm *Fosberg* EWiR 2008, 753; hierzu ausführlich → § 13 Rn. 22 f.

²⁹ Zur Geschäftsführerhaftung bei eigenmächtig gestelltem Insolvenzantrag wegen bloß drohender Zahlungsunfähigkeit vgl. *Leinekugel/Skauradszun* GmbHHR 2011, 1122 ff., diese sprechen sich im Fall eines Eröffnungsantrages nach § 18 dafür aus, dass ein Gesellschafterbeschluss mit ¾-Mehrheit dafür vorliegen müsse.

³⁰ BGH ZInsO 2005, 878; zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers *Fleischer* GmbHHR 2011, 337 ff. (345 f.).

³¹ FKInsO/*Schmerbach* § 15 Rn. 18; aA: MüKoInsO/*Klöhn* § 15 Rn. 91.

InsO § 15 19–24 Zweiter Teil. Eröffnung des Insolvenzverf. Erfasstes Verm. und Verfahrensbet.

befugnis wird teilweise sogar für den Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18) bejaht, obwohl in diesem Fall keine Antragspflicht besteht.³²

- 19 Einschränkung wird auch die Ansicht vertreten, die **Antragsbefugnis eines faktischen Geschäftsführers** sei nur dann anzuerkennen, wenn er zumindest durch ein Handeln oder Unterlassen der Gesellschafter – ggf. unwirksam – bestellt worden sei.³³ Habe er sich seine Position dagegen ohne jede Billigung der Gesellschafter angemaßt, könne er nicht als vertretungsberechtigt akzeptiert werden.³⁴
- 20 Dieser Auffassung, die eine Antragsbefugnis der faktischen Organe nur dann zulässt, wenn sie **tatsächlich eine Funktion ausgeübt haben**, die einer der in § 15 genannten Stellungen entspricht, ist zuzustimmen. Die Begründung mit den weitreichenden straf- und haftungsrechtlichen Folgen eines unterlassenen Insolvenzantrages verkennt, dass diese Pflichten auch durch einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllt werden, den das Insolvenzgericht als unzulässig abweist, weil es an der Antragsberechtigung fehlt.³⁵ Dagegen spricht auch das Argument, dass der faktische Geschäftsführer auf Grund seines beherrschenden Einflusses auf die Führung der Geschäfte und auf die bestellten Organe in der Lage ist, die rechtzeitige Stellung eines Eröffnungsantrages herbeizuführen. Schließlich besteht in der Regel auch für das Insolvenzgericht gar keine Möglichkeit, innerhalb überschaubarer Zeiträume festzustellen, ob die Merkmale des faktischen Geschäftsführers bei dem Antragsteller auch vorliegen.³⁶

b) Verhältnis des § 15 Abs. 2 zu § 18 Abs. 3

- 21 Im Zusammenhang mit Abs. 2 stellt sich die Frage, ob die Vorschrift auch im Falle des § 18 Abs. 3 anwendbar bleibt und der Eröffnungsgrund glaubhaft gemacht werden muss, obwohl der Antragsteller einzelvertretungsberechtigt ist.³⁷
- 22 Aus dem Gesamtzusammenhang der Vorschrift lässt sich argumentieren, dass alle Absätze des § 15 auf Fälle zu beschränkt sind, in denen die Vertretungsbefugnis des Handelnden entgegen der gesetzlichen Konzeption eingeschränkt ist. Demnach bliebe auch Abs. 2 von vornherein ohne Bedeutung, wenn der Antragsteller einzelvertretungsbefugt ist. Diese Auslegung kann mit Blick auf den Regelungszweck des Abs. 1 mit dem weiteren Argument gestützt werden, die Verschärfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen in Abs. 2 seien vom Gesetzgeber als Ausgleich für die in Abs. 1 bestimmte Aufhebung der gesellschaftsinternen Beschränkungen in der Vertretungsmacht gedacht, so dass sie nur relevant würden, wenn auch der Regelungszweck des Abs. 1 eingreife.
- 23 Dem lässt sich entgegenhalten, dass dem Wortlaut des § 15 eine Einschränkung des Anwendungsbereichs auf nicht einzelvertretungsberechtigte Gesellschafter nicht zu entnehmen ist. Entscheidend ist der Gleichlauf von strafbewehrter Handlungspflicht und zivilrechtlicher Handlungsmöglichkeit im insolvenzrechtlichen Sinne.
- 24 Der Gesetzgeber will gesellschaftsinterne Interessen- und Kompetenzkonflikte im Hinblick auf die Stellung eines Insolvenzantrages lösen. Die Möglichkeit, einen Insolvenzantrag zu stellen, ordnet er als so wesentliche Befugnis zum Schutz der eigenen (Vermögens-) Interessen ein, dass diese Handlung ohne Rücksicht auf die in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag getroffene Regelung der Vertretungsbefugnis vorgenommen werden können soll. Um auf der anderen Seite die Interessen der Gesellschaft und der übrigen Vertretungsberechtigten bzw. persönlich haftenden Gesellschafter wirksam schützen zu können, stellt er gleichzeitig an die Zulässigkeit des Antrags bei Widerspruch der übrigen Gesellschafter

³² FKInsO/Schmerbach § 15 Rn. 22.

³³ Brand/Brand NZI 2010, 712 ff. (715).

³⁴ Scholz GmbHG/K. Schmidt § 63 Rn. 37, zur alten Fassung des GmbHG; § 63 Abs. 2 GmbHG wurde aufgehoben → § 15 Rn. 1.

³⁵ HKInsO/Sternal § 13 Rn. 15 u. § 15 Rn. 10.

³⁶ So MüKoInsO/Schmahl § 15 Rn. 68 mwN aus der Literatur; Brand/Brand NZI 2010, 712 ff.; differenzierend Gundlach/Müller ZInsO 2011, 1055 ff.

³⁷ Dieses Problem erkennt auch Uhlenbruck KTS 1994, 169 ff. (172), geht aber nicht darauf ein.

erhöhte Anforderungen. Diese Interpretation zeigt, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der gesellschaftsinternen Antragsbefugnis die Verteilung der Vertretungsmacht ganz unberücksichtigt lassen wollte, was wiederum dafür spricht, Abs. 2 auch dann anzuwenden, wenn sich ein Alleinvertretungsberechtigter in Widerspruch zu den übrigen Mitgliedern des Vertretungsorgans bzw. den übrigen persönlich haftenden Gesellschaftern stellt.³⁸ Damit ist Abs. 2 im Falle des § 18 Abs. 3 anwendbar.³⁹

§ 15a Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

(1) ¹Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen. ²Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist; dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(2) Bei einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 gilt Absatz 1 sinngemäß, wenn die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter ihrerseits Gesellschaften sind, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

(3) Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ist auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2 oder Absatz 2 oder Absatz 3, einen Eröffnungsantrag

1. nicht oder nicht rechtzeitig stellt oder
2. nicht richtig stellt.

(5) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 4 fahrlässig, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

(6) Im Falle des Absatzes 4 Nummer 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, ist die Tat nur strafbar, wenn der Eröffnungsantrag rechtskräftig als unzulässig zurückgewiesen wurde.

(7) Auf Vereine und Stiftungen, für die § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt, sind die Absätze 1 bis 6 nicht anzuwenden.

Literatur: Gehrlein, Die Auslegung des § 64 GmbHG im Spannungsfeld zwischen Gesellschaftsrecht und Insolvenzanfechtungsrecht, ZInsO 2015, 477 ff.; ders., Verbindungslinien zwischen Eigenkapitalersatz, Insolvenzanfechtung und Deliktshaftung, NZI 2015, 577 ff.; Gundlach/Müller, Das Insolvenzantragsrecht und die Insolvenzantragspflicht des Insolvenzverwalters, ZInsO 2011, 900 ff.; Heitsch, Die Binnenhaftung wegen Insolvenzverschleppung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG (steht nicht zur Disposition der Gesellschafter), ZInsO 2015, 1375 ff.; Hölzle, Der Insolvenzantrag als Sanierungsoption – auch gegen den Willen von Gesellschaftern?, ZIP 2013, 1846 ff.; Jost, die Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG, ZInsO 2015, 2471 ff.; Lenger/Finsterer, Die Insolvenzantragspflicht von Stiftungen und Vereinen – Schlechterstellung durch Privilegierung?! NZI 2016, 571 ff.; Köllner/Cyrus, Aktuelle strafrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz, NZI 2015, 545 ff.; Priebe, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat in der

³⁸ Zu divergierenden Anträgen auch die Erläuterungen → § 13 Rn. 22 f.; BGH NZI 2008, 550 f.

³⁹ So auch MüKoInsO/Klöhn § 15 Rn. 93.

InsO § 15a 1–4 Zweiter Teil. Eröffnung des Insolvenzverf. Erfasstes Verm. und Verfahrensbet.

insolvenzrechtlichen Krise der Aktiengesellschaft, ZInsO 2014, 2013 ff.; *ders.*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers gem. § 64 GmbHG, ZInsO 2014, 1681 ff.; *Seibt*, Pflichten der Geschäftsleitung bei Eingehung von Finanzierungsgeschäften in Normal- und Krisenzeiten des Unternehmens, ZIP 2013, 1597 ff.; *Thiele*, Antrag auf Insolvenz in Eigenverwaltung der GmbH-Geschäftsführung und die Pflicht zur Einführung von Krisenüberwachungssystemen, ZInsO 2014, 1882 ff.; *ders.*, Die Rechtsfigur des Sanierungsgeschäftsführers, ZInsO 2015, 877 ff., 977 ff.; *Urlaub/Kamp*, Die Vermeidung der Bankenhaftung bei der Vergabe von Sanierungskrediten, ZIP 2014, 1465 ff.; *Waldburg*, Überbrückungskredite und Sanierungskredite, ZInsO 2014, 1405 ff.; *Weyand*, Faktische Geschäftsführung – eine aktuelle Bestandsaufnahme, ZInsO 2015, 1773.

Übersicht

	Rn.
1. Normzweck	1
2. Anwendungsbereich/regelmäßige Antragspflichten	7
a) Juristische Personen	7
b) Organe	11
c) Feststellung der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung	15
d) Ohne schuldhaftes Zögern, 3-Wochen-Frist	16
e) Anforderungen an den Insolvenzantrag	17
3. Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, ohne natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter (Abs. 1 S. 2)	18
4. Antragspflicht bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit (Abs. 2)	22
5. Führungslosigkeit (Abs. 3)	23
a) Begriff der Führungslosigkeit	23
b) Antragsverpflichtete	24
c) Kenntnis/Beginn der Antragspflicht	25
d) Korrespondierendes Antragsrecht in § 15	27
e) Ende der Antragspflicht	28
6. Strafvorschriften	29
a) Tatbestand	29
b) Fahrlässigkeit	33
c) Täterkreis	35
7. Sonderregelung für Vereine und Stiftungen (Abs. 7)	37
8. Praxishinweis	44
a) Verlagerung des Geschäftssitzes ins Ausland	44
b) Zivilrechtliche Sanktionen	45
9. Internationales Insolvenzrecht	49

1. Normzweck

- 1 Mit dem am 1.11.2008 in Kraft getretenen Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)¹ wurde mit § 15a die Insolvenzantragspflicht aus den gesellschaftsrechtlichen Spezialgesetzen in die Insolvenzordnung verlagert. Damit wurde auch die Insolvenzverschleppungshaftung in das Insolvenzrecht integriert und rechtsformneutral geregelt.² Durch das ESUG³ wurde in Abs. 1 das Wort „Insolvenzantrag“ durch das Wort „Eröffnungsantrag“ ersetzt.
- 2 In Abs. 2 im vorletzten Halbsatz zwischen „kein“ und „Gesellschafter“ wurde eingefügt: „persönlich haftender“, so dass der gesamte Halbsatz lautet: „bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.“
- 3 In Abs. 4 wurde auch wieder das Wort „Insolvenzantrag“ durch „Eröffnungsantrag“ ersetzt.
- 4 Wesentlicher Grund für die Aufnahme der Antragspflicht in die InsO war, dass durch die **rechtsformneutrale**, insolvenzrechtliche, nicht mehr gesellschaftsrechtliche Struktur der

¹ BGBl. I 2008, 2026 ff.

² Zur systematischen Berechtigung der Insolvenzantragspflicht: *Poertzgen* ZInsO 2014, 165 ff.

³ BGBl. I 2011, 2582.

Ausgestaltung die Antragspflicht auch für ausländische Gesellschaften⁴ bzw. für deren Vertretungsorgane gelten soll. Insbesondere ausländische Gesellschaften, die zwar ihren Sitz im Ausland hatten, aber den gesamten Geschäftsbetrieb im Inland ausübten (sog. „Scheinauslandsgesellschaften“) sollen in die Insolvenzantragspflicht einbezogen werden.⁵ Solche Scheinauslandsgesellschaften, die nach den Urteilen des EuGH⁶ zur Niederlassungsfreiheit verstärkt genutzt worden sind und mit denen häufig Missbrauch betrieben wurde, konnten sich bzw. deren Organe nach der alten Rechtslage der Antragspflicht entziehen.⁷

Durch das Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 848/2015 über Insolvenzverfahren wurde nach Abs. 5 ein neuer Abs. 6 eingefügt. Abs. 7 der Vorschrift enthält für Vereine und Stiftungen, für die § 42 Abs. 2 des BGB (für Stiftungen i. V. mit § 86 Abs. 1 BGB) gilt, eine Ausnahmeregelung. Für diese **Vereine und Stiftungen** sind die Abs. 1–6 nicht anzuwenden. Damit macht der Gesetzgeber von der im Schrifttum als sinnvoll und notwendig erachteten einheitlichen Regelung wieder eine Ausnahme, die überwiegend kritisch gesehen wird. Z. T. wird die Regelung des Abs. 7 allerdings auch befürwortet, hierzu → Rn. 37 ff. Mithin sind Sanktionen für die Verletzung der Insolvenzantragspflicht in den Strafvorschriften der Abs. 4–6 geregelt.

Die in Abs. 3 eingeführten Regelungen sollen außerdem dem Missbrauch entgegenwirken, dass Gesellschaften **gezielt führungslos** gemacht werden, sei es durch Niederlegung des Amts des Geschäftsführers oder durch dessen Abberufung.⁸ In diesem Zusammenhang ist auch die durch das MoMiG eingeführte Änderung des § 35 Abs. 1 GmbHG zu sehen, wonach im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft diese hinsichtlich der ihr gegenüber abzugebenden Willenserklärungen oder zuzustellenden Schriftstücke durch die Gesellschafter vertreten wird.

2. Anwendungsbereich/regelmäßige Antragspflichten

a) Juristische Personen

§ 15a regelt die Antragspflicht für alle **juristischen Personen**.⁹

Von der Antragspflicht sind somit die deutschen juristischen Personen erfasst, bei denen die Antragspflicht bereits bisher in den gesellschaftsrechtlichen Regelungen festgeschrieben war, dies sind die GmbH (§ 64 GmbHG), die Aktiengesellschaft (§ 92 AktG), die Genossenschaft (§ 99 GenG), die GmbH & Co. KG (§ 130a Abs. 1, § 177a HGB), die KGaA und der VVaG. Die gesellschaftsrechtlich geregelten Antragspflichten sind mit dem Inkrafttreten des MoMiG weggefallen.¹⁰

Weiterhin **spezialgesetzlich geregelt** bleiben Insolvenzantragspflichten für die fortgesetzte Gütergemeinschaft in §§ 1489 Abs. 2, 1980, 1985 Abs. 2 BGB,¹¹ die Europäische wirtschaftliche Vereinigung in § 11 S. 2, § 1 EWIV, für den Verein in §§ 42 Abs. 2, 48 Abs. 2 BGB¹², für die Stiftung in §§ 86, 89 Abs. 2 BGB und für Körperschaften des öffentlichen Rechts. Durch das am 1.7.2014 in Kraft getretene Gesetz zur Verkürzung des

⁴ BT-Drs. 16/6140, 126 f.

⁵ → § 11 Rn. 14 f. Zur Insolvenzantragspflicht bei „echten“ Auslandsgesellschaften, *Poertzgen ZInsO* 2017, 1932 ff.

⁶ EuGH NJW 1999, 2027 ff. (Centros Ltd.); EuGH ZIP 2002, 2037 ff. (Überseering BV); EuGH ZIP 2003, 1885 ff. (Inspire Art Ltd.).

⁷ Zum Versuch einer Einbeziehung in die Antragspflicht LG Kiel ZIP 2006, 1248 ff. mablAnm *Just ZIP* 2006, 1251 ff.; *Schilling EWiR* 2006, 429 f.; krit. *Schmidt ZInsO* 2007, 106 f.

⁸ BT-Drs. 16/6140, 55.

⁹ Keine Insolvenzantragspflicht natürlicher Personen, AG Göttingen NZI 2015, 40 ff.

¹⁰ *Poertzgen ZInsO* 2007, 574 ff. (575); umfassend *Römermann NZI* 2010, 241 ff.

¹¹ Zur systematischen Berechtigung der Insolvenzantragspflicht: *Poertzgen ZInsO* 2014, 165 ff.

¹² *Brand/Reschke NJW* 2009, 2343 zur Insolvenzverschleppung im Verein; zur Antragspflicht der Erben nach § 1980 BGB, *Poertzgen ZInsO* 2013, 517 ff.

Restschuldbefreiungsverfahren und zur Stärkung der Gläubigerrechte¹³ ist § 15a ein neuer Abs. 6 angefügt worden, nunmehr Abs. 7 (→ Rn. 5). Dieser stellt klar, dass auf Vereine und Stiftungen nach § 43 Abs. 2 BGB die Abs. 1 bis 5 nicht anzuwenden sind;¹⁴ → Rn. 37 ff.

- 10 Auch für die Geschäftsleitungsorgane **ausländischer jur. Personen** gilt die Antragspflicht, wenn nach dem zu bestimmenden Insolvenzstatut¹⁵ deutsches Insolvenzrecht zur Anwendung gelangt. Im Anwendungsbereich der EuInsVO ist dies der Fall, wenn die Gesellschaft den **Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen** (Art. 3 EuInsVO) in Deutschland hat und daher deutsche Gerichte für die Verfahrenseröffnung international zuständig sind. Denn gem. Art. 7 EuInsVO gilt für das Insolvenzverfahren das Recht des Eröffnungsstaates.¹⁶ Unter diesen Voraussetzungen kann insbesondere die häufig genutzte britische Private Limited Company (Ltd.) der Antragspflicht unterfallen.¹⁷

b) Organe

- 11 **Antragspflichtig** sind die **Organe** der Gesellschaft, also die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler.¹⁸ Hierzu gehören neben dem Geschäftsführer der GmbH (§ 35 GmbHG) insbesondere die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft (§ 78 AktG, §§ 24–26 GenG) und bei der KGaA jeder persönlich haftende Gesellschafter (§ 278 Abs. 2 AktG, § 125 Abs. 1 HGB) sowie der „director“ einer britischen Ltd.
- 12 **aa) Geschäftsführer GmbH.** Die bisherige Rechtsprechung, insbesondere zu § 64 Abs. 1 GmbHG aF gilt auch für Abs. 1 im Wesentlichen fort. Dies bedeutet für den **Geschäftsführer** einer GmbH, dass die Pflicht zur Antragsstellung nicht dadurch entfällt, dass der Geschäftsführer sein Amt nach Eintritt der Insolvenz niederlegt.¹⁹ Obwohl er dann nicht mehr Organ ist, muss er seinen Nachfolger zur Stellung des Insolvenzantrages veranlassen.²⁰ Von der Antragspflicht entbindet auch nicht das Fehlen einer für die Verfahrenseröffnung ausreichenden Masse (§ 26).²¹ Allerdings hat der BGH entschieden, dass bei einer vorangegangenen Abweisung mangels Masse und neu auftauchenden Vermögenswerten keine strafbewehrte Antragspflicht besteht.²² Soweit mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, besteht die Antragspflicht auch bei einer internen Geschäftsaufteilung (zB in kaufmännischen und technischen Bereich) für beide Geschäftsführer.²³
- 13 **bb) Faktische Geschäftsführer.** Die Antragspflicht besteht auch für **faktische Geschäftsführer**.²⁴
- 14 **cc) Mehrere Geschäftsführer.** Soweit mehrere Geschäftsführer vorhanden sind und zwischen diesen keine Einigung erzielt werden kann, muss die Gesellschaft die Durchsetzung der Antragspflicht durch gesellschaftsrechtliche Maßnahmen (Beschluss-Weisung, ggf. Abberufung eines Geschäftsführers) erreichen.

¹³ Zu den Entwürfen s. *Schmerbach* NZI 2013, 566 ff. (572); *Roth* ZInsO 2012, 678 ff.; *Laroche/Prusowski/Schöttler/Siebert/Vallender* ZIP 2012, 558 f.

¹⁴ Zustimmung *Poertzgen* ZInsO 2012, 1697 ff. (1708).

¹⁵ Zur Maßgeblichkeit des Insolvenzstatuts vgl. *Leithaus/Riewe* NZI 2008, 598 ff. (600).

¹⁶ *Tashiro* International Corporate Rescue 2008, 17 f.

¹⁷ Zu Problematik um die Private Ltd. Company englischen Rechts nach dem Brexit, *Süß* ZIP 2018, 1277 ff.

¹⁸ → Erläuterungen zu § 15 Rn. 1–4.

¹⁹ *Ulmer/Habersack/Löbbecke/Casper* GmbHG § 64 Rn. 37.

²⁰ BGH NJW 1952, 554; *Scholz GmbHG/K. Schmidt* § 64 Rn. 6.

²¹ *Scholz GmbHG/K. Schmidt* § 64 Rn. 15.

²² BGH NZI 2009, 71 (trotz neuer Vermögenswerte von 100.000 EUR!); s. hierzu Anm. *Schork/Ganninger* EWiR 2009, 235.

²³ BGH NJW 1994, 2150; BGH NZI 2019, 225 ff. konkretisierend zu den Anforderungen an Aufgabenzuweisungen, krit. Anm. v. *Schädlich*, 229 f.; *MüKoHGB/K. Schmidt* § 130a Rn. 13; *Ulmer/Habersack/Löbbecke/Casper* GmbHG § 64 Rn. 36.

²⁴ Zum Streitstand → § 15 Rn. 17–20; *Lutter/Hommelhoff* GmbHG Anh. zu § 64 Rn. 49.