

lisierbar sind. Ebenfalls einzubeziehen sind innerhalb des Zeitraums realisierbare Ansprüche gg. Mitglieder der Geschäftsleitung oder des Aufsichtsorgans wg. Pflichtverletzung (§ 43 GmbHG, § 93 AktG, § 280 Abs. 1 BGB iVm dem Anstellungsvertrag), gg. Gesellschafter wg. verbotener Auszahlungen (§ 30 Abs. 1 GmbHG, § 57 Abs. 1 AktG), wg. existenzvernichtenden Eingriffs (aF, § 15b InsO, BGH NJW 2007, 268) oder wg. Masseschmälerung (§ 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG, §§ 130a, 177a HGB), wobei hier auch entsprechende Erstattungsansprüche des Geschäftsleiters gg. die Gesellschaft zu berücksichtigen sind (BGH NJW 2001, 1280).

Nicht aktiviert werden können Schadensersatzansprüche wg. Insolvenzverschleppung (§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO), da es sich nicht um Ansprüche der Gesellschaft handelt (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 57). Ansprüche aus einem Gesellschafterdarlehen können dann eingestellt werden, wenn das Kündigungsrecht nach § 490 Abs. 1 BGB ausgeschlossen und mit einer kurzfristigen Auszahlung zu rechnen ist (Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG Vor § 64 Rn. 12). Konzernrechtliche Verlustübernahme- oder Ausgleichsansprüche können bei der abhängigen Gesellschaft berücksichtigt werden, sofern deren kurzfristige Liquidierbarkeit gegeben ist (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 63, abw. K. Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 17 Rn. 14). Soweit eine Gesellschaft Zugriff auf die Liquidität anderer Gesellschaften nehmen kann (Cash-Pooling), können die hieraus fließenden Zahlungsströme berücksichtigt werden (Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG Vor § 64 Rn. 17; *Saenger/Koch* GmbHR 2010, 113ff.). Harte Patronatserklärungen können beim Protegé dann berücksichtigt werden, wenn sie eine nicht kurzfristig kündbare Pflicht zur Liquiditätsausstattung enthält, zugunsten aller Gläubiger und nicht nur ggü. einzelnen Gläubiger (zB einem Kreditinstitut) abgegeben wurde (BGH NZI 2011, 536 (538)) und der Anspruch des Protegés vollwertig ist, dh der Patron muss dazu in der Lage sein, alle ungedeckten Verbindlichkeiten des Protegés auszugleichen (Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG Vor § 64 Rn. 12). Keine Berücksichtigung finden externe (harte) Patronatserklärungen, die der Patron unmittelbar ggü. den Gläubigern des Schuldners abgibt, da der Protegé hier keinen Zugriff auf die Liquidität hat (BGH NZI 2011, 536 (538)). Bei dem geldwerten Vermögen des Patrons kann eine von ihm abgegebene Patronatserklärung nicht berücksichtigt werden, da diese keinen Anspruch des Patrons ggü. dem Protegé weder vor noch nach Inanspruchnahme begründet (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 71). Bei Stiftungen kann auch kurzfristig liquidierbares Grundstockvermögen einbezogen werden (*Roth/Knof* KTS 2009, 163, (166f.)).

Bei Erfassung der maßgeblichen Verbindlichkeiten ist danach zu unterscheiden, welche Zahlungspflichten überhaupt zu berücksichtigen sind, ob diese fällig sind, vom Gläubiger ernsthaft eingefordert werden und mit welchem Betrag einzustellen sind.

Zu berücksichtigen sind nur (einredefreie) Geldschulden gleich ihres Rechtsgrundes (Jaeger/*Müller* InsO § 17 Rn. 6). Auch streitige Verbindlichkeiten sind, ggf. mit einem Bewertungsabschlag, anzusetzen (K. Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 17 Rn. 8). Nicht zu berücksichtigen sind Verbindlichkeiten, die erst mit der Insolvenzeröffnung entstehen, so vor allem Anfechtungsansprüche (§§ 129ff. InsO), Schadensersatzansprüche bei Nichterfüllung von gegenseitigen Verträgen (§ 103 Abs. 2 InsO) und Ansprüche wg. Insolvenzverschleppung (§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO). Auch entstehende Insolvenzverfahrenskosten bleiben außer Ansatz (AG Göttingen ZInsO 2002, 944 (945)). Bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung sind nicht nur die zum relevanten Stichtag bestehenden Verbindlichkeiten zu berücksichtigen, sondern auch die innerhalb des relevanten Drei-Wochen-Zeitraums fällig werdenden Verbindlichkeiten (Bugwelle BGH NZI 2018 204 Rn. 41; *Bamwert* NZI 2013, 919ff.; *Bork* ZIP 2008, 1749 (1751ff)), die als künftige Verbindlichkeiten (Passiva II) ausweisen sind. Bei Kapitalgesellschaften sind Gewinnansprüche der Gesellschafter zu berücksichtigen, soweit dies nicht zu einem Verstoß gg. § 30 Abs. 1 GmbHG, § 57 Abs. 1 AktG führen würde (Jaeger/*Müller* InsO § 17 Rn. 11). Ansprüche von Gesellschaftern, deren Erfüllung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen und einen Anspruch aus § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG, §§ 130a Abs. 1 S. 3, 177a HGB auslösen würde, sind, da sie ein Leistungs-

verweigerungsrecht begründen (BGH NZI 2012, 1009 Rn. 18) und damit der Zahlungsanspruch des Gesellschafters gg. die Gesellschaft nicht durchsetzbar ist, nicht als Verbindlichkeit zu berücksichtigen (K. Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 17 Rn. 6; Scholz/Schmidt/*Bitter* GmbHG Vor § 64 Rn. 7; *Spliedt* ZIP 2009, 149 (159f.), abw. Roth/*Altmeyen/Altmeyen* GmbHG Vorb. § 64 Rn. 23; *Knolle/Lojowsky* NZI 2013, 171 (171f.)). Bei Personenhandels-gesellschaften sind die Gewinnansprüche der Gesellschafter ebenfalls als Verbindlichkeiten zu berücksichtigen (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 11 Rn. 96). Die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens verstößt nach § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG, § 57 Abs. 1 S. 4 AktG nicht gg. das Ausschüttungsverbot der §§ 30 Abs. 1 GmbHG, § 57 Abs. 1 AktG. Daher sind die Rückzahlungsansprüche der Gesellschafter, sofern kein qualifizierter Rangrücktritt vorliegt, bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung zu berücksichtigen (K. Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 17 Rn. 6). Abweichendes ergibt sich auch nicht aus der Sonderregelung für Gesellschafterdarlehen in § 19 Abs. 2 S. 2 InsO, da diese nur auf die Überschuldung und nicht die Zahlungsunfähigkeit abstellt und weder direkt noch entsprechend anwendbar ist (Roth/*Altmeyen/Altmeyen* GmbHG Vorb. § 64 Rn. 23; *Bitter/Rauhut* ZIP 2014, 1005 (1011f.); *Bork* ZIP 2014, 997 (1005)). Schuldverschreibungen und Genussrechte sind als Verbindlichkeit zu berücksichtigen, sofern deren Rückzahlung fällig ist (AG Itzehoe ZInsO 2014, 1106 (1107); *Bork* ZIP 2014, 997 (998); *Mock* ZIP 2014, 102 (103)). Dies gilt auch für eigenkapitalähnliche Genussrechte (MüKoAktG/*Habersack* § 221 Rn. 255; GoßKommAktG/*Hirte* § 221 Rn. 399). Da sie keine mitgliedschaftlichen Rechte vermitteln, finden die Beschränkungen der § 30 Abs. 1 GmbHG, § 57 Abs. 1 AktG und § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG keine Anwendung (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 11 Rn. 102f.). Wg. des bestehenden Trennungsprinzips (K. Schmidt GmbHR 2002, 1209ff.) ist bei der GmbH & Co. KG zu prüfen, ob eine bestehende Zahlungsunfähigkeit bei beiden Gesellschaften gegeben ist, wobei bei der Komplementär-GmbH (bei den Aktiva) wie bei der KG (als Passiva) der Freistellungsanspruch nach § 110 HGB zu berücksichtigen ist (Vallender/*Undritz/Henkel* Kap. 4 Rn. 24). Liegt bei der KG eine Überschuldung (§ 19 InsO) vor, ist der die Überschuldung ausmachende Teil der KG-Verbindlichkeiten nach §§ 161 Abs. 2, 128 HGB auch im Liquiditätsstatus der Komplementär-GmbH einzustellen (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 107). Zahlungsverpflichtungen im Konzern sind ebenfalls zu berücksichtigen. Dies gilt sowohl für allg. konzerninterne Ansprüche wie auch konzernrechtliche Verlustübernahme- oder Ausgleichsansprüche bei der abhängigen Gesellschaft (K. Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 17 Rn. 6). Führt eine Gesellschaft einen Cash-Pool an, sind bei ihr die Ansprüche der übrigen, an den Pool angeschlossenen Gesellschaften zu berücksichtigen (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 109). Verbindlichkeiten aus harten Patronatserklärungen sind bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung des Patrons zu berücksichtigen, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mit seiner Inanspruchnahme zu rechnen ist. Dies gilt unabhängig davon, ob die Erklärung ggü. allen oder nur einzelnen Gläubigern abgegeben wurde. Bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit beim Protegé hat die harte Patronatserklärung keine Relevanz, da der Patron weder vor noch nach seiner Inanspruchnahme aus der Erklärung einen Erstattungsanspruch gg. den Protegé hat (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 110). Weiche Patronatserklärungen sind für die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit ohne Auswirkung, da sich aus ihr keine Ansprüche herleiten lassen (MüKoBGB/*Habersack* vor § 765 Rn. 55). Auch wenn die Erfüllung einer Verbindlichkeit durch Kapitalgesellschaften oder bestimmte Personengesellschaften uU gg. ein Zahlungsverbot (§ 64 GmbHG aF; § 15b InsO, 92 Abs. 2 S. 1 AktG, §§ 130a Abs. 1, 177a HGB) verstößt und damit ein Anspruch der Gesellschaft gg. ihren Geschäftsleiter begründet, sind auch diese bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung zu berücksichtigen, da die genannten Vorschriften (gerade) kein Leistungsverweigerungsrecht begründen (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 112).

Nur „fällige“ Verbindlichkeiten können – anders als bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO → Anm. 16) – eine bestehende Zahlungsunfähigkeit begründen. Dabei ist Fälligkeit iSd § 17 Abs. 2 S. 1 InsO nicht identisch mit der Fälligkeit nach § 271 BGB (BGH NZI 2007, 579 Rn. 12; K. Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 17 Rn. 11; *Hirte/Knof/Mock*

JZ 2013, 1051 (1052)). Für die Annahme einer Fälligkeit iSd Norm muss die Forderung nicht nur fällig, sondern zusätzlich auch ernsthaft eingefordert sein; keine Voraussetzung ist hingegen der Verzug (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 113).

Die Fälligkeit bestimmt sich zunächst nach § 271 BGB, so dass die Verbindlichkeit zu berücksichtigen ist, wenn der Gläubiger sie (sofort und einredefrei) fordern kann (K. Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 17 Rn. 10). Im Übrigen sind die zu § 271 BGB abweichenden Sonder Vorschriften zur Fälligkeit zu beachten (§§ 357, 357a, 556b Abs. 1, 579, 587, 604, 608, 614, 641, 695, 721, 1361 Abs. 1, 1585 Abs. 1, 1612 Abs. 3 BGB, § 14 VVG, § 220 AO). Da die Stundung eine Fälligkeit hinausschiebt, sind gestundete Forderungen nicht zu berücksichtigen (BGH NZI 2016, 454 Rn. 10, → Form. A.I.1), dies gilt hingegen nicht für erzwungene Stundungen (BGH NZI 2008, 229 Rn. 22; NZI 2013, 140 Rn. 34). Die Fälligkeit entfällt nicht deswegen, weil der Gläubiger über Sicherheiten verfügt (K. Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 17 Rn. 10). Ist für Sozialversicherungsbeiträge ein Fälligkeitstermin und ein Zahltag bestimmt, tritt Fälligkeit erst mit dem Zahltag ein (BGH NJW 1988, 1306 (1306f.); NZI 2005, 497). Wechsel und Schecks sind erst bei Vorlage zahlbar, Wechselprolongationen sowie die Leistung erfüllungshalber schließen die Fälligkeit aus (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 120). Bei Verbindlichkeiten aus einem Überziehungskredit ist von einer sofortigen Fälligkeit auszugehen, bei einer (stillschweigenden) dauerhaften Überziehung kann dies im Einzelfall anders sein (Vallender/*Undritz/Henkel* Kap. 4 Rn. 28). Handelt es sich beim Schuldner um eine Gesellschaft, können sich zusätzliche Einreden gg. eine Fälligkeit ggü. Gesellschaftsmitgliedern ergeben (so aus § 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 3 AktG, §§ 130a Abs. 1 S. 3, 177a HGB, § 30 Abs. 1 GmbHG, 57 Abs. 1 AktG).

Mit Blick auf die Möglichkeit und bei Kapitalgesellschaften und kapitalistischen Personengesellschaften die Pflicht, ein Insolvenzverfahren zu beantragen und den Schuldner somit in seiner unternehmerischen Tätigkeit erheblich einzuschränken (BGH NZI 2007, 579 Rn. 18), ist nach der Rspr. von einer Fälligkeit nur dann auszugehen, wenn die Forderung auch „ernsthaft eingefordert“ wurde (BGH NZI 2007, 579 Rn. 18; NZI 2011, 680 (681); NZI 2018, 204 Rn. 16). Hierfür ausreichend ist allerdings jede Art der Gläubigerhandlung, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 123). Im Ergebnis besteht danach ein klares Regel-Ausnahmen-Verhältnis, dass iZw ein ernsthaftes Einfordern nicht erforderlich ist (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 123f.), So liegt ernsthaftes Einfordern vor allem bei faktischen Stillhalteabkommen vor, bei denen die Verbindlichkeit rein tatsächlich – ohne erkennbaren Rechtsbindungswillen oder Erklärung – gestundet wird (BGH NZI 2007, 579 Rn. 18; NZI 2008, 231, (232); NZI 2009, 471 Rn. 22; NZI 2011, 680 (681)). Dies ist u. a. dann der Fall, wenn ein Zahlungsziel nicht unerheblich überzogen wurde (BGH NZI 2007, 579 Rn. 22f.; NZI 2008, 231 (232)). Auch ist ein erzwungenes Stillhalten, das dadurch entsteht, dass der Schuldner fällige Verbindlichkeiten eines Gläubigers infolge mangelnder Liquidität nicht oder nur zögerlich begleicht, der Gläubiger aber nicht sofort klagt oder vollstreckt, für eine Stundung nicht ausreichend (BGH NZI 2008, 299 (300)). Dies gilt auch für eine Darlehensforderung, wenn deren Geltendmachung zu einem sofortigen Zusammenbruch des Schuldners führen würde (BGH NZI 2013, 129 (130); KG ZInsO 2015, 200 (202)). Im Übrigen sind die Anforderungen an ein ernsthaftes Bemühen einzelfallabhängig. So soll hierfür bereits das Übersenden einer Rechnung ausreichend sein (BGH NZI 2007, 579 Rn. 19; NZI 2009, 471 Rn. 22), auch werden Forderungen aus Lieferung und Leistung allg. als fällig betrachtet, die kalendermäßige Fälligkeit mache weitere Zahlungsverlangen überflüssig, ebenso wie die Fälligkeit eines Anspruchs auf Darlehensrückzahlung bei Zeitablauf (BGH NZI 2013, 129 (130)). Entsprechendes gilt bei Schuldverschreibungen und Genussrechten, so dass mit deren Ablauf und Fälligkeit keine weiteren Anforderungen an die Anleger zu stellen sind, zumal diese typischerweise keinen ständigen Kontakt mit dem Emittenten pflegen, aus dem eine fehlende Geltendmachung geschlossen werden könnte (AG Itzehoe ZInsO 2014, 1106 (1107); *Bork* ZIP 2014, 997 (1000)). Bei einer Einstellung

der Zwangsvollstreckung (§ 769 ZPO) kann allerdings von einem ernsthaften Einfordern nicht mehr ausgegangen werden (*K. Schmidt/K. Schmidt* InsO § 17 Rn. 11; *Uhlenbruck/Mock* InsO § 11 Rn. 132), gleiches gilt bei Aussetzung der Vollziehung von Zahlungsbescheiden (BGH ZInsO 2012, 732 (733); NZI 2014, 698 (700); OLG Brandenburg NZI 2013, 861 (861f.)) oder Verzicht auf eine Zwangsvollstreckung gg. Besserungsschein (AG Göttingen ZInsO 2012, 1324 (1325)). Bestehender Verzug ist indes bei der Ermittlung der Zahlungspflichten nicht erforderlich (BGH NZI 2005, 547).

Bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung sind die Forderungen grds zum Nennwert einzustellen, ein Abschlag kommt nur in Ausnahmefällen Betracht (BGH BeckRS 2008, 26934) so etwa bei streitigen Steuerschulden (*Brete/Thomsen* GmbHHR 2008, 912ff.) oder lediglich vorläufig vollstreckbaren Zahlungstiteln (*Uhlenbruck* ZInsO 2006, 338 (340)). Auf die Vollwertigkeit der Verbindlichkeit kommt es hingegen nicht an, da sie nur durch eine fehlende Leistungsfähigkeit des Schuldners selbst eingeschränkt werden könnte (*K. Schmidt/K. Schmidt* InsO § 11 Rn. 8).

Zur Beseitigung einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit kommen neben der Wiederaufnahme der Zahlung, die Stundung, die kurzfristige Beschaffung von Zahlungsmitteln sowie Zahlungsgarantien in Betracht. So kann eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit durch die Aufnahme der fälligen Zahlungen wieder beseitigt werden (BGH NZI 2002, 88). Dabei genügt es allerdings nicht, dass lediglich die Verbindlichkeiten gezahlt werden, auf die die Zahlungsunfähigkeit (etwa bei einem Gläubigerantrag) gestützt wird. Der Schuldner muss vielmehr im Allgemeinen seine Zahlungen wieder aufgenommen haben (BGH NZI 2006, 591, 592; NZI 2012, 2244) Eine Zahlungsunfähigkeit kann auch durch eine dem Schuldner gewährte Stundung verhindert oder beseitigt werden, da sie die Fälligkeit der Forderung hinausschiebt (st. Rspr., BGH NZI 2007, 36 (37); NZI 2007, 517 (519); NZI 2008, 231 (232)). Stundungsvereinbarungen können sowohl ausdrücklich als auch konkludent geschlossen werden. Entscheidend hierfür ist, dass die Parteien zum Ausdruck bringen, von einer Durchsetzung der Forderung gg. den Schuldner für einen bestimmten Zeitraum abzusehen, was iZw durch Auslegung zu ermitteln ist (*Uhlenbruck/Mock* InsO § 17 Rn. 144f.). So kann etwa eine stillschweigende Stundung nicht schon dann angenommen werden, wenn der Gläubiger seine Forderung nicht nachdrücklich geltend macht, da hier zumeist lediglich ein faktisches Stillhalteabkommen vorliegt, das eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit nicht beseitigt. Der Unterschied liegt darin, dass sich der Gläubiger bei einem nur faktischen Stillhalteabkommen jederzeit für eine Durchsetzung der Forderungen entscheiden kann, wohingegen er bei der stillschweigenden Stundung hieran rechtlich gebunden ist (BAG DStR 2014, 1609 (1611)) zur stillschweigenden Stundung durch Gesellschafter; zur Inhaltskontrolle einer Stundungsvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen *Uhlenbruck/Mock*, InsO § 11 Rn. 146). Weiterhin kann der Schuldner eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit jederzeit durch kurzfristige Beschaffung von Liquidität beseitigen (BGH NJW 1995, 2103 (2104); NZI 1999, 70 (72); NZI 2007, 579 Rn. 30; *MükoInsO/Eilenberger* § 17 Rn. 21). Die Zahlungsunfähigkeit kann auch durch Zahlungszusagen (vor allem von Gesellschaftern) beseitigt werden. Voraussetzung ist jedoch, dass der Schuldner uneingeschränkten Zugriff auf die Zahlungsmittel hat und die Zusage auch tatsächlich erfüllt wird (BGH ZInsO 2013, 2055). Schließlich können bei Gesellschaften auch Kapitalerhöhungen geeignet sein, eine Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, sofern dem Schuldner die entsprechenden Mittel auch tatsächlich zufließen (*Uhlenbruck/Mock* InsO § 17 Rn. 150). Auch ein Debt-to-equity-swap (→ Form. A.6) kann eine Zahlungsunfähigkeit beseitigen.

Im Fall der Zahlungseinstellung statuiert § 17 Abs. 2 S. 2 InsO eine widerlegliche Vermutung für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (st. Rspr., BGH NZI 2002, 91; NZI 2007, 36; NZI 2007, 517 (519); NZI 2011, 589 (590); GmbHHR 2013, 482; NZI 2013, 932; NZI 2014, NZI 2015, 320 Rn. 18; NZI 2015, 771 Rn. 12) und ist als solche kein eigenständiger Insolvenzgrund (BGH NZI 2007, 36 (37); NZI 2012, 663 (664)). Wesentliche Folge der Zahlungseinstellung ist der Wegfall des Erfordernisses zur Erstellung einer Liqui-

ditätsbilanz (BGH NZI 2017, 850 Rn. 9), was vor allem bei der Geltendmachung von Insolvenzanfechtungsansprüchen (§§ 129ff. InsO) erhebliche Bedeutung gewinnen kann (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 154).

Eine Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen und dieser Zustand nach außen hin in Erscheinung tritt, dass er für die beteiligten Verkehrskreise erkennbar wird (st. Rspr., vgl. nur BGH NZI 2018, 114 Rn. 8; Jaeger/*Müller* InsO § 17 Rn. 34; K. Schmidt/*K. Schmidt* § 11 Rn. 41 jeweils mwN). Einer Zahlungseinstellung steht nicht entgegen, dass der Schuldner vereinzelt noch Zahlungen, sei es auch noch in beträchtlicher Höhe, leistet (BGH NZI 2017, 64 Rn. 19). Ausreichend ist, dass er außerstande ist, den erheblichen Teil seiner Verbindlichkeiten zu erfüllen (BGH NZI 2000, 363; NZI 2001, 247 (248); NZI 2001, 417; NZI 2002, 91; NZI 2007, 36 (37); NZI 517 (519); NZI 2013, 932 (933f.)). Dabei ist das Merkmal der Erheblichkeit nicht mit dem für die Zahlungsunfähigkeit maßgeblichen Schwellenwert von 10 Prozent gleichzusetzen (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 11 Rn. 157), auch ist hierfür keine Mindesthöhe der Liquiditätslücke erforderlich (BGH NZI 2011, 589 (590f.); NZI 2012, 663 (664); NZI 2013, 932 (933); NZI 2015, 771 Rn. 13). Da die Zahlungseinstellung ein rein tatsächliches Verhalten ist, ist eine entsprechende Willensbildung beim Schuldner nicht erforderlich (BGH NZI 2012, 416 (417)). Die Zahlungseinstellung muss weiterhin für die Gläubiger erkennbar sein, wobei ein Gläubiger ausreicht, soweit dessen Forderung nicht unerheblich ist (OLG Dresden ZInsO 2010, 1187, 1189; OLG Saarbrücken ZInsO 2012, 1724 (1725); K. Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 17 Rn. 43). Eine einmal eingetretene Zahlungseinstellung kann nur dadurch wieder beseitigt werden, wenn der Schuldner seine Zahlungen im Allgemeinen wieder aufnimmt (st. Rspr., BGH NZI 2007, 36 (37); NZI 2007, 517 (519); NZI 2012, 416 (417); NZI 2018, 114 Rn. 10; OLG Düsseldorf ZInsO 2012, 786 (788)). Bei der Vereinbarung von Ratenzahlungen müssen die fälligen Raten wie auch der wesentliche Teil der übrigen Verbindlichkeiten gezahlt werden (BGH NZI 2016, 454 Rn. 11). Der Nachweis der bloßen Zahlungsunwilligkeit des Schuldners kann die Vermutung der Zahlungseinstellung allein nicht entkräften (BGH NZI 2012, 416 (417); NZI 2018, 34 Rn. 13). Die Wiederaufnahme der Zahlungen ist von demjenigen zu beweisen, der sich hierauf beruft, dies kann sein der Schuldner wie aber auch der Gläubiger in Fällen der Insolvenzanfechtung (BGH NZI 2002, 88; NZI 2002, 91; NZI 2008, 231 (232); NZI 2016, 266 Rn. 24; NZI 2018, 114 Rn. 10). Von der Rspr. wurden für die Annahme einer Zahlungseinstellung bestimmte Fallgruppen aufgrund einzelner oder kumulativer Beweisanzeichen entwickelt. Ein erhebliches Beweisanzeichen ist generell die Nichterfüllung von fälligen, nicht unstreitigen Forderungen. Ausreichend hierfür ist auch die Nichterfüllung nur einer Forderung, soweit es um eine solche in nicht unbeträchtlicher Höhe handelt (BGH NZI 2007, 36 (37); NZI 2008, 299 (300)) oder die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen (BGH: NZI 2006, 591 (592); ZInsO 2008, 1019; NZI 2011, 589 (591); NZI 2013, 932 (933); NZI 2015, 771 Rn. 15; NZI 2016, 134 Rn. 21; OLG Hamburg NZI 2016, 1003 (1004)). Eine ausdrückliche Zahlungsverweigerung ist nicht erforderlich (BGH NZI 2016, 266 Rn. 21). Ein Beweisanzeichen kann sein, wenn der Schuldner über Wochen hinweg Lieferantenverbindlichkeiten oder andere Zahlungspflichten nicht erfüllt (BGH NZI 2015, 717 Rn. 15; NZI 2016, 214 Rn. 21; NZI 2016, 222 Rn. 14) oder einzelne Gläubiger nur noch mit Leistungen an Erfüllung statt befriedigt (HKInsO/Rüntz § 11 Rn. 39) oder ggü. einem Hauptlieferanten monatelang im Zahlungsverzug ist (OLG Hamm ZInsO 2008, 511 (513)). Weiterhin kann im Einzelfall der Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung mit anschließender Einstellung der Ratenzahlungen ein Indiz für die Zahlungseinstellung sein (BGH NZI 2016, 222 Rn. 18; NZI 2016, 266 Rn. 15; NZI 2016, 454 Rn. 8; OLG Düsseldorf ZInsO 2012, 786 (788); OLG Hamburg ZInsO 2014, 891 (893)). Allein der Abschluss einer (ersten) Ratenzahlungsvereinbarung (und deren Erfüllung) lässt keinen Schluss auf eine Zahlungseinstellung zu, da diese ein zulässiges (und auch handelsbräuchliches) Mittel zur Beseitigung einer (drohenden) Liquiditätslücke sein kann

(Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 168). Andererseits deuten Bitten des Schuldners auf Abschluss einer Ratenvereinbarung, jedenfalls wenn sie unter dem Druck von Vollstreckungsmaßnahmen erfolgen, auf eine Zahlungseinstellung hin (BGH NZI 2016, 222 Rn. 18; NZI 2016, 266 Rn. 21). Lag die Zahlungseinstellung bei Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung bereits vor, kann diese hierauf keinen Einfluss mehr haben (BGH NZI 2016, 454 Rn. 11). Weitere Beweisanzeichen sind die Häufung von Pfändungen, Arresten, fruchtlosen Pfändungen (BGH NZI 2013, 932 (933)) sowie die Abgabe der Vermögensauskunft durch den Schuldner (K. Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 17 Rn. 47). Die Weigerung der Hausbank, eine bestehende Kreditlinie zu erhöhen, kann weiteres Indiz sein (BGH NZI 2016, 222 Rn. 15), auch die mehrfache Rückgabe von Lastschriften (BGH NZI 2013, 932 (934); OLG Schleswig ZInsO 2014, 1619), wie auch die gehäufte Rückgabe von Vorbehaltsware an Lieferanten ohne Verarbeitung sowie das Nichtentrichten von Abgaben, Telefon- oder Stromkosten (BGH NZI 2013, 932 934; NZI, 2015, 771 Rn. 15; NZI 2016, 222 Rn. 15; OLG Stuttgart ZIP 1997, 652). Hat sich der Schuldner ins Ausland abgesetzt oder ist er „untergetaucht“, kann dies ein Indiz für eine Zahlungseinstellung sein (BGH NZI 2006, 405 (406)). Schließlich sind Erklärungen des Schuldners, zur Begleichung von fälligen Verbindlichkeiten nicht in der Lage zu sein, als Zahlungseinstellung zu behandeln, auch wenn damit eine Stundungsbitte verbunden ist (st. Rspr., vgl. BGH NZI 2002, 34; NZI 2007, 36 (37); NZI 2008, 231 (232); NZI 2016, 134 Rn. 20; NZI 2017, 850 Rn. 16; KG ZInsO 2013, 2275 (2276); OLG Hamburg ZInsO 2014, 891 (893); LG Hamburg ZInsO 2016, 704). Entscheidend ist, dass der Schuldner erklärt, zur sofortigen Zahlung nicht in der Lage zu sein. Wird nur die Ratenzahlung erbeten, kann daraus allein nicht schon auf eine eingetretene Zahlungseinstellung geschlossen werden (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 17 Rn. 175). Erzwungene „Stundungen“ stehen demgegenüber einer Zahlungseinstellung nicht entgegen (BGH NZI 2008, 299 (300)). Auch schlüssiges Verhalten kann eine Zahlungseinstellung indizieren, so zB wenn der Schuldner seine Kassenschalter, Verkaufsräume oder sonstigen Geschäftsräume schließt (MüKoInsO/Eilenberger § 17 Rn. 29) oder monatliches Nichtreagieren auf Rechnungen und Mahnungen (BGH NZI 2013, 970 Rn. 15; NZI 2016, 266 Rn. 13; NZI 2016, 837 Rn. 23). Keine Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner zwar leistungsfähig, aber nicht leistungsbereit (zahlungsunwillig) ist. Die Zahlungsverweigerung oder Zahlungsunwilligkeit kann mit der Zahlungsunfähigkeit nicht gleichgestellt werden (so schon BGH WM 1957, 67 (69); WM 1959, 891, (892f.); ZInsO 2014, 1661; ebenso Uhlenbruck/*Mock* InsO § 11 Rn. 176; K. Schmidt/*K. Schmidt* InsO § 11 Rn. 16). Wer danach zahlen kann, gleichwohl aber (uU willkürlich) nicht zahlt, ist nicht zahlungsunfähig, obgleich er tatsächlich insoweit seine Zahlungen eingestellt hat. Wer hingegen ausreichende Vermögenswerte nicht liquidieren und allein deswegen nicht zahlen kann, ist demgegenüber zahlungsunfähig (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 11 Rn. 178).

- 15** Nach § 19 Abs. 1 InsO ist die Überschuldung zusätzlicher („auch“) Eröffnungsgrund bei juristischen Personen. Dabei ist die in Abs. 2 InsO definierte Überschuldung zentrale Tatbestandsvoraussetzung für das Insolvenzantragsrecht (§ 16 InsO) und bestehende Antragspflicht (§§ 42 Abs. 2, 48, 53, 86, 88, 89 Abs. 2, 1489 Abs. 2, 1980, 1985 BGB, 15a InsO). § 19 InsO ist dabei nicht abschließend. So finden sich hierzu etwa Sonderregelungen für die Genossenschaft (§ 98 GenG) sowie für Kreditinstitute (§ 46b Abs. 1 KWG). Keine Bedeutung spielt die Überschuldung bei der Insolvenzanfechtung (§§ 129ff. InsO), da diese an die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO → Anm. 14) bzw. drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO → Anm. 16) anknüpft.

Die Überschuldung ist in § 19 Abs. 2 InsO abschließend definiert, weitere Rechtsquellen bestehen nicht. Insofern kann hier nicht auf das Handelsbilanzrecht abgestellt werden, da dieses eine abweichende Grundausrichtung und Funktion hat. Gleiches gilt für andere Bilanzierungsgrundsätze oder Regelwerke wie etwa das Steuerbilanzrecht (§ 5 EStG) oder die IAS/IFRS *Mock*, Finanzverfassung der Kapitalgesellschaften und internationale Rechnungs-

legung 2007 S. 227 ff.). Entsprechendes gilt für aufgestellte Standards, die ohnehin keine Rechtsqualität besitzen (HaKoInsO/Schröder § 18 Rn. 16). Dies gilt auch für den vom Institut für Wirtschaftsprüfer (IDW) entwickelten Standard zur Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11; dazu *Baumert NZI* 2015, 589), für den keine normative Anknüpfung besteht und dessen Einhaltung keine Auswirkungen auf die Verfahrensbeteiligten hat, was auch für die übrigen vom IDW veröffentlichten Standards gilt (s. hierzu die Übersicht bei *Nickert/Lamberti*, Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung im Insolvenzrecht, S. 589; krit. ua *Uhlenbruck/Mock InsO* § 19 Rn. 16).

Die Überschuldung steht zunächst in keinem Verhältnis zur Handelsbilanz. Daher kann in einer Handelsbilanz weder eine Überschuldung festgestellt (*Baumbach/Hueck/Haas GmbHG* Vor § 64 Rn. 58; *Jaeger/Müller InsO* § 19 Rn. 43; *Uhlenbruck/Mock InsO* § 19 Rn. 17; *K. Schmidt/K. Schmidt InsO* § 19 Rn. 16, aA *Wackerbarth NZI* 2009, 145 (146 ff.)) noch aus ihr abgeleitet werden. Insoweit wird von der Rspr. allenfalls von einer indizialen Bedeutung ausgegangen (BGH NZG 2009, 550; NZG 2009, 750; zT abrückend *ZInsO* 2012, 732 Rn. 4f.; BGH *ZInsO* 2015, 841 Rn. 12). Der fehlende Zusammenhang ergibt sich zum einen aus den unterschiedlichen Ansatzvorschriften, zum anderen aus der bestehenden eigenständigen Fortführungsprognose (*Uhlenbruck/Mock InsO* § 19 Rn. 17). Überschuldung ist auch nicht gleichbedeutend mit Verschuldung. So meint Verschuldung das Verhältnis von Eigenkapital zu Fremdkapital, wohingegen die Überschuldung auf das Verhältnis von Vermögen und Fremdkapital abzielt (*Fischer*, Überschuldungsbilanz, S. 5). Eine hohe Gesamtverschuldung indiziert zwar idR auch eine Überschuldung, schließt aber eine günstige Fortführungsprognose nicht aus (*Hax/Marschdorf BFuP* 1983, 112, 118). Von der Überschuldung abzugrenzen ist die Unterbilanz. Eine solche liegt vor, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht mehr die Summe aus Verbindlichkeiten und Stammkapital deckt (*Roth/Altmeyden/Altmeyden GmbHG* § 30 Rn. 9; *Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG* § 30 Rn. 19). Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Unterbilanz einer Personen- oder Kapitalgesellschaft. Bei der Personengesellschaft mit variablem Kapitalkonto kommt ein Verlustausweis so lange nicht in Betracht, wie die anteilige Zuschreibung der Verluste die Salden der Kapitalkonten nicht mit einem negativen Vorzeichen versieht (*Haak*, Überschuldung, S. 52). Bei der Kapitalgesellschaft wird aufgrund des festen Stamm- bzw. Grundkapitals ein besonderer Korrekturposten (Verlustposten) auf der Aktivseite der Bilanz ausgewiesen. Ist die Hälfte des Grund- bzw. Stammkapitals verloren, hat der Vorstand nach § 92 Abs. 1 AktG wie aber auch der GmbH-Geschäftsleiter unverzüglich eine Gesellschafterversammlung (Hauptversammlung) einzuberufen und ihr dies anzuzeigen (qualifizierte Unterbilanz). Die Unterbilanz wird zur rechnerischen Überschuldung, sobald das Vermögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Daher hat bei einer eintretenden Unterbilanz jeder Geschäftsleiter einer antragspflichtigen Gesellschaft das Vorliegen einer Überschuldung besonders sorgfältig zu prüfen (*Uhlenbruck/Mock InsO* § 19 Rn. 22). Schließlich ist die Überschuldung noch abzugrenzen von der Unterkapitalisierung. Eine solche liegt bei der Kapitalgesellschaft vor, wenn ein Missverhältnis zwischen Eigenkapital und Geschäftsumfang oder Eigenkapital und Anlagevermögen oder Eigenkapital und Fremdkapital oder Eigenkapital und dem unternehmerischen Risiko besteht (*K. Schmidt GesR* § 9 IV. 4a). Hieraus folgt jedoch kein allg. Unterkapitalisierungsverbot (*Uhlenbruck/Mock InsO* § 19 Rn. 23 ff.). In Abgrenzung zu anderen Insolvenzgründen unterscheidet sich die Überschuldung von der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), dass die Überschuldung an eine Vermögensbilanz, die Zahlungsunfähigkeit an eine Liquiditätsbilanz anknüpft (→ Anm. 14). Beide Tatbestände sind grundverschieden. Es besteht zwischen ihnen weder ein bestimmtes Rangverhältnis noch eine zeitliche Abfolge (*Uhlenbruck/Mock InsO* § 19 Rn. 27). Entsprechendes gilt im Grds. auch für das Verhältnis zur drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO). Die dort aufzustellende drohende Zahlungsunfähigkeitsprognose (→ Anm. 16) kann allerdings bei einer festgestellten rechnerischen Überschuldung eine positive Fortführungsprognose iSd § 19 Abs. 2 S. 1 Hs 2 InsO (mit-) begründen.

Der Eröffnungsgrund der Überschuldung gilt nach § 19 Abs. 1 InsO nur für juristische Personen. Das sind zunächst die rechtsfähigen Körperschaften, dh rechtsfähige Vereine (e.V.), Aktiengesellschaften (AG), Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), Unternehmensgesellschaften haftungsbeschränkt (UG), rechtsfähige Stiftungen, über § 11 Abs. 1 S. 2 InsO auch nicht rechtsfähige Vereine und ggf. Vorgesellschaften (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 19 Rn. 32). Bei der eingetragenen Genossenschaft (e.G.) ist die Überschuldung nur dann Insolvenzgrund, wenn die Mitglieder Nachschüsse bis zu einer Haftsumme zu leisten haben und die Überschuldung ein Viertel des Gesamtbetrages der Haftsummen aller Mitglieder übersteigt (§ 98 Nr. 1 GenG), die Mitglieder keine Nachschüsse zu leisten haben (§ 98 Nr. 2 GenG) oder die Genossenschaft aufgelöst ist (§ 98 Nr. 2 GenG). Bei der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE) kann § 19 InsO Anwendung finden, wenn es zu einer Anwendbarkeit deutschen Insolvenzrechts kommt (Art. 63 SE-VO, Art. 72 SCE-VO, Art. 7 Abs. 1 S. 1 EuInsVO). Auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts gilt der Insolvenzgrund der Überschuldung (K. Schmidt/K. Schmidt InsO § 19 Rn. 9), sofern nicht über § 12 InsO eine Verfahrenseröffnung ausgeschlossen ist. Nach § 19 Abs. 3 InsO ist die Überschuldung ferner Eröffnungsgrund bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, bei denen kein pHG eine natürliche Person ist (zB bei der GmbH & Co. KG). Voraussetzung ist, dass weder auf der ersten noch auf der zweiten Stufe eine natürliche Person pHG ist. Dabei muss es sich um eine unmittelbare Außenhaftung handeln, so dass § 19 Abs. 3 InsO auch beim Treuhandmodell bei Personengesellschaften (Röhricht/Graf von Westphalen/*Haas/Mock* HGB § 161 Rn. 204ff.) zur Anwendung gelangt (K. Schmidt/K. Schmidt InsO § 19 Rn. 10). Vom Anwendungsbereich des § 19 InsO ausgenommen sind natürliche Personen (gleich ob Verbraucher, unternehmerisch selbstständig oder ehemals Selbstständige) sowie die reinen Personengesellschaften (etwa OHG, KG). Keine unmittelbare Relevanz hat die Überschuldung für ausländische juristische Personen, auch wenn sie ihren Verwaltungssitz im Inland haben, da § 19 InsO nur Tatbestandsmerkmal für andere Vorschriften ist, deren Anwendbarkeit auf ausländische juristische Personen in dem dann auftretenden Normzusammenhang ist (Hirte/Bücker/*Mock/Schildt*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 17 Rn. 62). Aufgrund ausdrücklicher Bezugnahme ist die Überschuldung Eröffnungsgrund bei Kreditinstituten (§ 46b Abs. 1 KWG), bei der Nachlassinsolvenz (§ 320 InsO → Form. B.I.26) und der Insolvenz der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 332 InsO → Form. B.I.25).

Nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO liegt eine Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist in den nächsten 12 Monaten nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Danach enthält die Vorschrift sowohl ein Element (rechnerische Überschuldung Hs. 1) als auch ein prognostisches Element (Lebens- oder Fortbestehensfähigkeit Hs. 2).

Die Feststellung der Überschuldung zählt mit zu den schwierigsten Problemen des Insolvenzrechts (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 19 Rn. 39). Eine bestimmte Reihenfolge ihrer Prüfung ist durch § 19 Abs. 2 S. 1 InsO nicht vorgegeben (K. Schmidt/K. Schmidt § 19 Rn. 14) und einzelfallbezogen vorzunehmen. Steht bei einem Unternehmen eine positive Fortführungsfähigkeit außer Frage, ist die Feststellung einer uU rechnerischen Überschuldung entbehrlich, da diese („es sei denn“) unbeachtlich wäre (Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG Vor § 64 Rn. 57, 59b; K. Schmidt/K. Schmidt § 19 Rn. 14). Ist die Fortführungsprognose jedoch zweifelhaft, sollte stets auch eine ggf. bestehende rechnerische Überschuldung festgestellt werden (K. Schmidt/K. Schmidt InsO § 19 Rn. 15). Liegt eine solche nicht vor, kommen auch Zw. an der positiven Fortführungsfähigkeit keine Bedeutung zu. Ergibt sich hingegen eine rechnerische Überschuldung, bedarf die Fortführungsprognose einer größeren Intensität und Belastbarkeit (Uhlenbruck/*Mock* InsO § 19 Rn. 43). Ist die Fortführungsfähigkeit eindeutig negativ, ist zwingend eine rechnerische Überschuldung zu prüfen, da dann nur