

§ 17 Zahlungsunfähigkeit

(1) Allgemeiner Eröffnungsgrund ist die Zahlungsunfähigkeit.

(2) 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.

**Literatur:** *Krieger* Die Vorerbschaft in der Einzelzwangsvollstreckung und in der Insolvenz, Diss Bonn 2002; *Röhm* Zur Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts von der Insolvenzordnung, 2002; *Temme* Die Eröffnungsgründe der Insolvenzordnung, 1997.

Übersicht

	Rn		Rn
A. Allgemeines	1	3. Ein nicht nur unwesentlicher Teil	19
I. Gesetzgebungshinweise	1	C. Nachweis der Zahlungsunfähigkeit	21
II. Normzweck	2	I. Unmittelbarer (betriebswirtschaftlicher) Nachweis	21
III. Anwendungsbereich	3	II. Zahlungseinstellung (Abs 2 S 2)	24
1. Eröffnungsgrund (Abs 1)	3	1. Begriff	25
2. Bedeutung für andere Normen	4	2. Typische Ausdrucksformen	29
B. Begriff der Zahlungsunfähigkeit (Abs 2 S 1)	5	3. Bedeutungslose Verhaltensweisen	39
I. Zahlungspflichten	6	4. Nicht ausreichende Verhaltensweisen	40
II. Fälligkeit	8	5. Abgrenzung zur Zahlungsstockung	42
1. Voraussetzungen des § 271 BGB	9	6. Beseitigung einer Zahlungseinstellung	43
2. Gesicherte Verbindlichkeiten	11	7. Nachweis einer Zahlungseinstellung, Widerlegbarkeit	44
III. Schu zur Erfüllung nicht in der Lage	12		
1. Mangel an Zahlungsmitteln	12		
2. Nicht nur kurzfristig	17		

A. Allgemeines

I. Gesetzgebungshinweise

1 Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen § 102 KO und § 1 Abs 1 S 1 GesO, umschreibt aber erstmals gesetzlich die Zahlungsunfähigkeit. Die Begriffsbestimmung knüpft in inhaltlich verkürzter Form an die von der bisherigen Rspr und Lit entwickelte Definition an, die zudem etwas erweitert wird.

II. Normzweck

2 Die Norm bestimmt zur Klarstellung den praktisch häufigsten **Eröffnungsgrund** (vgl § 16 Rn 2).

III. Anwendungsbereich

3 1. Als allg Eröffnungsgrund iSv § 16 reicht die Zahlungsunfähigkeit für jedes InsVerf und jeden Antrag aus. Sie tritt zeitlich erst nach der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18) und praktisch fast immer auch erst später als die Überschuldung (§ 19) ein.

**2. Zahlungsunfähigkeit** hat weitergehende Bedeutung iRd InsAnf (§§ 130 bis 132), in strafrechtlicher (§§ 283, 283c StGB) und in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht (§§ 92 Abs 2 und 3, 401 Abs 1 Nr 2 AktG; §§ 64, 84 Abs 1 Nr 2 GmbHG; §§ 99, 148 Abs 1 Nr 2 GenG; §§ 130a, 130b HGB). In diesen Fällen kann es erforderlich werden, den genauen Zeitpunkt zu ermitteln, in dem die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, während es für den Eröffnungsgrund genügt, dass Zahlungsunfähigkeit jedenfalls im Zeitpunkt der Entsch über die Eröffnung vorliegt (vgl § 16 Rn 16).

### **B. Begriff der Zahlungsunfähigkeit (Abs 2 S 1)**

Die Begriffsbestimmung des Abs 2 S 1 enthält nur objektive Merkmale. Sie stellt für sich nicht auf deren zutr Erkenntnis durch die Beteiligten oder auf ein Verschulden des Schu ab (erg su Rn 23). Die Definition gilt einheitlich auch in der VerbraucherIns:<sup>1</sup> Der Eröffnungsgrund dafür muss gem § 311 zur Verflechtung erst vorliegen, wenn ein Schuldenbereinigungsplan gescheitert ist;<sup>2</sup> ferner kann § 309 Abs 1 S 2 Nr 2 erfüllt sein, wenn kein Eröffnungsgrund gegeben ist. Für die Zahlungsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts gilt ebenfalls nichts Abweichendes; dass sie später feste Einnahmen zu erwarten haben, kann allenfalls als Beleihungsgrundlage zu berücksichtigen sein (su Rn 15–17).<sup>3</sup> Zur Zahlungsunfähigkeit auch im Ausland tätiger Schu vgl *BGH NJW* 1992, 624 f.

### **I. Zahlungspflichten**

Wegen des Normzwecks kommt es allein auf Zahlungspflichten des konkret betroffenen (so § 14 Rn 6) Schu an. Dies sind alle persönlichen Verbindlichkeiten des Schu iSd 2. Abschn des 8. Buchs der ZPO. Grundlage kann auch ein Anspruch auf Hinterlegung von Geld<sup>4</sup> oder auf Befreiung von einer Geldschuld<sup>5</sup> sein. Bei Sondervermögen iSv § 11 Abs 2 genügt die Verpflichtung ihres Trägers, die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das Vermögen – zB gem §§ 1975, 1990 Abs 1 S 2 BGB – zu dulden.<sup>6</sup> Andere als Geldschulden – zB Verpflichtungen zur Warenlieferung oder Werkleistung – werden in diesem Zusammenhang erst erheblich, wenn sie, insb im Wege des Schadensersatzes, in eine Zahlungspflicht umgewandelt worden sind.<sup>7</sup>

Die Zahlungspflichten müssen von Rechts wegen einwendungsfrei bestehen. Deshalb löst insb die unterlassene Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Gesellschafterdarlehen keine Zahlungsunfähigkeit aus, soweit deren Rückzahlung auch außerhalb des InsVerf entspr § 30 GmbHG verboten ist.<sup>8</sup> Anders verhält es sich mit Forderungen, die nur unter § 39 Abs 1 Nr 5 fallen.<sup>9</sup> Zweifelhafte Verbindlichkeiten sind je nach ihrer Wahr-

1 **AM** Hess/Obermüller Insolvenzplan, Rn 1010.

2 *Kohte* EWiR 2000, 299 f; **aM** *Pape* WM 1998, 2128 f.

3 **AM** *Engelsing* [vor § 12] S 129 f.

4 Vgl *MK-ZPO/Schilken* § 803 Rn 7; überholt *RG* Gruch 51 [1907], 1045.

5 Vgl *Jaeger/Gerhardt* § 13 Rn 8.

6 *LG Dresden* ZIP 2005, 957.

7 *Jaeger/H-F Müller* § 17 Rn 6.

8 *Scholz/K Schmidt* [§ 15 Fn 14] vor § 64 Rn 7; *K/P/Pape* § 17 Rn 7; *Temme* S 20 f; vgl *Uhlenbruck* § 17 Rn 7.

9 Nur insoweit zutr *Jaeger/H-F Müller* § 17 Rn 12.

scheinlichkeit – ggf mit einem Abschlag – anzusetzen; handelsrechtliche Regeln für Rückstellungen gelten nicht.

## II. Fälligkeit

- 8 Nur die Nichterfüllung fälliger Zahlungspflichten kann Zahlungsunfähigkeit iSv § 17 begründen. Hierdurch unterscheidet diese sich von der drohenden Zahlungsunfähigkeit (vgl § 18 Rn 5). Schulden, die erst durch ein InsVerf entstehen, bleiben außer Betracht.<sup>10</sup>
- 9 1. Vorausgesetzt wird mindestens Fälligkeit iSv § 271 BGB. Eine rechtswirksam gestundete Verbindlichkeit bleibt deshalb außer Betracht.<sup>11</sup> Sind bestimmte Zahlungsfristen nach Rechnungserteilung („Barzahlungsziele“) verkehrüblich, tritt vor deren Ablauf Fälligkeit nicht ein. Wechsel und Schecks werden erst gegen Vorlage zahlbar,<sup>12</sup> unbefristet gewährte Kredite nach Kündigung.<sup>13</sup> Wechselprolongationen<sup>14</sup> und die Vereinbarung von Leistungen erfüllungshalber<sup>15</sup> schließen regelmäßig die Fälligkeit ebenso aus wie Ratenzahlungsvereinbarungen, solange nicht eine Verfallklausel ausgelöst wurde. Hierbei sollte es keinen Unterschied machen, falls eine zur Streitbeilegung (§ 779 BGB) getroffene Vereinbarung – wie oft – zwar die Fälligkeit klarstellt, aber als pactum de non petendo verbindlich die Verfolgung des Anspruchs ausschließt, solange der Schu vereinbarte Zahlungen leistet (erg su Rn 13). Dagegen beseitigt eine bloße Einstellung der Zwangsvollstreckung – zB gem § 258 AO – nicht die Fälligkeit. Ein erst **nach** Eintritt der Zahlungsunfähigkeit vereinbartes Moratorium beseitigt diese nicht, bevor der Schu aufgrund dessen seine Zahlungen im Allg wieder aufnimmt (su Rn 43).
- 10 Zur indiziellen Bedeutung des Geltendmachens su Rn 13, 41.<sup>16</sup>
- 11 2. Ob Verbindlichkeiten des Schu gesichert sind, ist für die Zahlungsunfähigkeit idR unerheblich, wenn der Gl auch die persönliche Schuld einfordert.<sup>17</sup> Dagegen ist eine Zahlungspflicht nicht mehr iSv § 17 fällig, wenn der Gl sie als Gegenleistung für eine vom Schu gewährte Sicherheit stundet oder sie durch Annahme einer Leistung an Erfüllung statt zum Erlöschen bringt.<sup>18</sup>

## III. Schuldner zur Erfüllung nicht in der Lage

- 12 1. Die Nichtzahlung muss auf einem objektiven Mangel an auszugebenden Zahlungsmitteln beruhen;<sup>19</sup> gegen bloße Zahlungsunwilligkeit hilft die Einzelvollstreckung

10 AG Göttingen ZInsO 2002, 945.

11 Jaeger/Henckel KO § 30 Rn 22; vgl BGH WM 1965, 17.

12 RG bei Bolze 21 [1896] Nr 866.

13 BGHZ 118, 175; BGH ZIP 2001, 525; 2002, 2183.

14 Vgl RG JW 1905, 29 Nr 42.

15 Vgl BayObLG wistra 1988, 364.

16 Die in den Voraufll an dieser Stelle enthaltenen Ausführungen sind – trotz Verweises auf die ausf Begr in KS-InsO S 287 Rn 9 – dahin missverstanden worden, als sollte pauschal die frühere Voraussetzung des „(ernsthaften) Einforderns“ als selbständiges rechtliches Element erhalten bleiben. Statt dessen geht es allein um das Verständnis des Rechtsverkehrs und entspr Beweismöglichkeiten, su Rn 13, 41.

17 OLG Köln Beschl v 3. 3. 2000 – 2 W 31/00; LG Köln wistra 1992, 269.

18 BGH JR 1988, 255.

19 Temme S 7 ff; Bork Insolvenzrecht, Rn 84; v Onciul [vor § 16] S 96.

ckung.<sup>20</sup> Deshalb reicht es nicht aus, wenn der Schu einen Zahlungstermin lediglich übersieht<sup>21</sup> oder die Zahlung nur verweigert, weil er die Forderung – sei es zu Recht<sup>22</sup> oder zu Unrecht<sup>23</sup> – für unbegründet hält. Bei einer entspr Beweiswürdigung wird allerdings auch zu erwägen sein, ob es sich um Einzelfälle handelt und ob die Rechtslage objektiv Anlass zu erheblichen Zweifeln bot.<sup>24</sup> Ohne bes Anhaltspunkt im Einzelfall braucht das InsGer nicht auf die theoretische Möglichkeit einzugehen, ein säumiger Schu könne bloß zahlungsunwillig sein.<sup>25</sup> Auch einzelne Zahlungen des Schu schließen seine Zahlungsunfähigkeit im Rechtssinn nicht aus (su Rn 19 f, 39).

Zw kann die Unfähigkeit zur Zahlung werden, wenn der Gl einer fälligen Forderung, die allein noch nicht die Zahlungsunfähigkeit ausgelöst hat (so Rn 9), über längere Zeit hinweg gegen erbrachte Ratenzahlungen ausdrücklich oder stillschweigend von einer Titulierung absieht<sup>26</sup> (erg su Rn 41). Bedeutsam kann diese Frage vor allem iRD §§ 130 bis 132, nicht aber als Eröffnungsvoraussetzung werden; denn jedenfalls mit einem Eröffnungsantrag entfällt ein etwaiger Zahlungsaufschub und ist auch dieser Anspruch mit in die Liquiditätsbilanz einzustellen. **13**

Umgekehrt hilft ein Zahlungswille des Schu nichts, wenn ihm die nötigen flüssigen Mittel nicht zur freien Verfügung stehen.<sup>27</sup> Vorhandenes Vermögen einschl Freistellungsansprüchen ist deshalb nur bedeutsam, wenn es kurzfristig (su Rn 17) zu liquidieren oder zu beleihen ist;<sup>28</sup> lehnt der Schu dies aus persönlichen Gründen ab, so steht das Vermögen nicht seiner Geldilliquidität entgegen.<sup>29</sup> Zum berücksichtigungsfähigen Vermögen vgl § 16 Rn 9 aE. Ist der Schu Vorerbe, ist das zur Vorerbschaft gehörende Vermögen nicht zu berücksichtigen, soweit eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen nach Maßgabe der §§ 2115 BGB, 773 ZPO unwirksam wäre.<sup>30</sup> Bei einer Wohnungseigentümergeinschaft ist nur das zu Verwaltungszwecken verfügbare Vermögen zu berücksichtigen; Forderungen gegen Wohnungseigentümer sind nur erheblich, wenn sie rechtzeitig (su Rn 17) zu realisieren sind, su Rn 16. Ein Schu kann grds auch zahlungsunfähig werden, wenn sein allg Mangel an Zahlungsmitteln auf behördlichen Maßnahmen beruht,<sup>31</sup> zB auf einer Anordnung des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen;<sup>32</sup> die Ursache ändert an der Beeinträchtigung der Gl nichts. Allerdings mag ein äußerer Eingriff gelegentlich nur zu einer „unschädlichen“ Zahlungsstockung führen (su Rn 17); dies kann zB zutreffen, wenn erst gerichtliche Sicherungsmaßnahmen iSv § 21 den Schu an der **14**

20 Vgl Jaeger/H-F Müller § 17 Rn 13; Kalnbach [vor § 16] S 12; v Onciul [vor § 16] S 105.

21 Vgl BGH WM 1959, 892.

22 BGH NJW 1962, 102, 104.

23 Vgl BGH KTS 1960, 38, 39; RG JW 1901, 753 Nr 10.

24 Vgl BGH ZInsO 2005, 39, 40; Uhlenbruck § 17 Rn 11; MK/Schmahl § 16 Rn 33.

25 OLG Celle NZI 2000, 217.

26 Vgl Kalnbach [vor § 16] S 16: „Stillschweigende Stundung“.

27 Vgl RG WarnRspr 1927 Nr 100; Kalnbach [vor § 16] S 11 f.

28 BGH ZIP 1999, 78; v Onciul [vor § 16] S 94 f, 97; Harz ZInsO 2001, 195; zu eng Temme S 16 f.

29 Uhlenbruck DStZ 1986, 40 f; K/P/Pape § 17 Rn 15; N/R/Mönning § 17 Rn 21; B/B/G/Goetsch § 17 Rn 18.

30 Krieger S 100 ff.

31 Vgl OLG Köln WM 1979, 1344; aM Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh [§ 15 Rn 14] § 64 Rn 5.

32 BGHZ 83, 346.

Zahlung hindern.<sup>33</sup> Auch läge keine allg Zahlungsunfähigkeit vor, wenn dem Schu nur einzelne, bestimmte Zahlungen verboten würden. Bietet der Schu, weil er nicht zu zahlen vermag, die Abtretung von Außenständen an, hindert das allein nicht seine Zahlungsunfähigkeit.<sup>34</sup>

- 15 Ist der Schu noch zur Erfüllung in der Lage, so ist es in diesem Zusammenhang unerheblich, auf welche Weise er sich die dazu nötigen Mittel verschafft, etwa durch die – sei es auch unwirtschaftliche – Auflösung letzter Reserven<sup>35</sup> oder durch Straftaten.<sup>36</sup> Insb vermag eine ausreichende Kreditaufnahme die Zahlungsunfähigkeit des Schu auszu-schließen.<sup>37</sup>
- 16 Die bloße Aussicht des Schu, einen Kredit zu erlangen, schließt die Zahlungsunfähigkeit allenfalls aus, wenn sie hinreichend konkret ist<sup>38</sup> und sich kurzfristig verwirklichen lässt (su Rn 17). Die Werthaltigkeit einzusetzender Sicherheiten ist dabei zu berücksichtigen.<sup>39</sup> Umgekehrt darf die Zahlungsunfähigkeit nicht mit der Begr verneint werden, der Schu hätte sich um einen Kredit bemühen können, wenn er das tatsächlich unterlassen hat.<sup>40</sup> Eine Kreditaufnahme kann die Zahlungsunfähigkeit auch nur hindern, wenn die Mittel für die Schuldtilgung verfügbar, also nicht für andere Zwecke gebunden sind.<sup>41</sup> Bei einer juristischen Person, Gesellschaft oder Vermögensmasse iSv § 11 Abs 2 als Schu ist nur auf die Liquidität dieser Vermögensmasse abzustellen. Zahlungsansprüche gegen Gesellschafter hindern die Zahlungsunfähigkeit nur, wenn sie kurzfristig erfüllt werden.<sup>42</sup>
- 17 2. Der Mangel an Zahlungsmitteln darf **nicht** nur **kurzfristig** andauern. Bisher wurde eine – unschädliche – Zahlungsstockung auf höchstens einen Monat begrenzt.<sup>43</sup> § 17 be-lässt jedem Schu – unabhängig von seiner Rechtsform oder seinem Tätigkeitsbereich – über den Fälligkeitstermin hinaus nur noch denjenigen Zeitraum, den eine kreditfähige Person benötigt, um sich die erforderlichen Mittel zu leihen.<sup>44</sup> Wegen der vom Gesetz-geber gewollten Verkürzung kann nur noch ein Zeitraum von höchstens **drei Wochen** als objektiv kurzfristig behandelt werden.<sup>45</sup>

33 Vgl *Frind* EWiR 2003, 24.

34 *KG* KTS 1960, 173.

35 *BGH* WM 1975, 7; *RG* LZ 1911, 858 Buchst C; *OLG Karlsruhe* BadRpr 1910, 49.

36 *BGH* KTS 1960, 38, 39; *NJW* 1982, 1952, 1954; *RG* Recht 1907, Nr 2380.

37 *BGH* WM 1990, 1590; *RG* JW 1900, 132 Nr 9; *RGSt* 3, 195.

38 *RG* JW 1902, 546 Nr 13; *WarnR* 1927, Nr 100.

39 Vgl *OLG Köln* ZIP 2000, 153.

40 *BGH* *NJW* 1998, 608 f; *K/P/Pape* § 17 Rn 11.

41 *LG Köln* *wistra* 1992, 269 f; vgl *OLG Köln* WM 1979, 1344.

42 *Jaeger/H-F Müller* § 17 Rn 18; erg so Rn 14, § 16 Rn 9 aE.

43 *BGHZ* 149, 108 mwN; für eine längere Frist *BayObLG* BB 1988, 1840.

44 *RegE* S 114 zu §§ 20, 21.

45 *BGH* *ZInsO* 2005, 808, zVb in *BGHZ*; vgl *OLG Köln* *NZI* 2005, 114; *LG Bonn* ZIP 2001, 346; *AG Köln* ZIP 1999, 1891; *AG Göttingen* *ZInsO* 2002, 593; *Kirchhof* *KS-InsO* S 289 f; *Jaeger/H-F Müller* § 17 Rn 25; *B/B/G/Goetsch* § 17 Rn 11; v *Onciul* [vor § 16] S 100 f; für 4 Wochen/30 Tage *Bork* KTS 2005, 6 f; *Kalnbach* [vor § 16] S 15; für 2 Monate *Penzlin* *NZG* 1999, 1208.