Andreas Ziegenhagen / Hauke Thieme

Besteuerung in Krise und Insolvenz

Andreas Ziegenhagen
Hauke Thieme

Besteuerung in Krise und Insolvenz

GABLER

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2010

Alle Rechte vorbehalten
© Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2010

Lektorat: Andreas Funk

Gabler Verlag ist eine Marke von Springer Fachmedien.
Springer Fachmedien ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.
www.gabler.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier
Printed in Germany

ISBN 978-3-8349-0759-2

Vorwort

Die Wirtschafts- und Finanzmarktkrise sowie dadurch ausgelöste Insolvenzen namhafter Unternehmen haben die Themen Insolvenz und Restrukturierung vermehrt ins Licht der Öffentlichkeit gerückt. Der Gesetzgeber hat reagiert und verschiedene Änderungen des Insolvenzrechts angestoßen. Gleichzeitig haben die Vielzahl von Unternehmen in finanzieller Schieflage sowie zahlreiche Unternehmens- und Privatinsolvenzen dazu geführt, dass auch die Beraterschaft in weit höherem Maße mit Restrukturierungs- und Insolvenzmandaten befasst ist als bisher.

In der Beratungspraxis zeigt sich, dass die ohnehin bestehende Komplexität von Insolvenzrecht und Steuerrecht um ein Vielfaches steigt, wenn beide Rechtsmaterien zusammentreffen. Die Rechtsanwendung wird zusätzlich dadurch erschwert, dass die Gebiete nicht bzw. nur ungenügend aufeinander abgestimmt sind. Das vorliegende Buch soll dem Leser einen kompakten Überblick sowohl der insolvenz- als auch der steuerrechtlichen Themen vermitteln, die infolge einer Unternehmenskrise oder Insolvenz auftreten können. Es gibt zudem Anregungen, wie beide Fachgebiete im Sinne eines ganzheitlichen Beratungsansatzes sinnvoll miteinander verknüpft werden können.

Danken möchten wir unseren Kollegen Markus Thewes und Dirk Schoene für die stets hilfreichen inhaltlichen Diskussionen und die kritische Durchsicht des Manuskripts. Ein besonderer Dank geht darüber hinaus an unsere Familien, ohne deren Verständnis und Unterstützung dieses Buch nicht erschienen wäre.

Hinweise und Anregungen nehmen wir jederzeit dankbar auf.

Berlin, im Mai 2010 — Andreas Ziegenhagen und Hauke Thieme

Inhaltsübersicht

Vorwort 5
Inhaltsübersicht 7
Literaturverzeichnis 15
§ 1 Begriff des Insolvenzsteuerrechts 21
§ 2 Das Regelinsolvenzverfahren von Unternehmen 22
A. Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens 23
I. Insolvenzantrag 23
II. Insolvenzfähigkeit 25
III. Zuständiges Gericht 26
B. Insolvenzgründe 27
I. Zahlungsunfähigkeit 27
II. Drohende Zahlungsunfähigkeit 29
III. Überschuldung 30
1. Bis 18. Oktober 2008 und voraussichtlich ab 1. Januar 2014 geltender Überschuldungsbegriff 30
2. Überschuldungsbegriff nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz 32
3. Exkurs: Beseitigung der Überschuldung durch Rangrücktritt 33
C. Das Insolvenzeröffnungsverfahren 34
I. Vorläufige Sicherungsmaßnahmen 35
1. Der vorläufige Insolvenzverwalter 35
a) „Starker" vorläufiger Verwalter 36
b) „Schwacher" vorläufiger Verwalter 38
2. Sonstige Befugnisse des vorläufigen Verwalters 38
3. Weitere Anordnungen des Insolvenzgerichts 38
II. Die Eröffnungsentscheidung 39
D. Wirkungen der Verfahrenseröffnung 40
I. Materiell-rechtliche Wirkungen 40
II. Prozessuale Wirkungen 41
E. Die Beteiligten des Insolvenzverfahrens 41
I. Insolvenzverwalter 41
II. Schuldner 42
III. Gläubiger 42
1. Insolvenzgläubiger 43
2. Nachrangige Insolvenzgläubiger 43
3. Massegläubiger 44
4. Absonderungsberechtigte Gläubiger 44
IV. Organe der Gläubiger 45
1. Die Gläubigerversammlung 45
2. Der Gläubigerausschuss 46
V. Insolvenzgericht 46
F. Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse 47

I. Verwaltung der Insolvenzmasse 47
II. Verwertung der Insolvenzmasse 47

G. Abwicklung der Vertragsverhältnisse in der Insolvenz 48
I. Das Wahlrecht des Verwalters 48
1. Erfüllungswahl 49
2. Ablehnung der Erfüllung 49
II. Besondere Vertragstypen 49
1. Fixgeschäfte und Finanzleistungen 49
2. Teilbare Leistungen 50
3. Vormerkung 50
4. Eigentumsvorbehalt 51
5. Bestimmte Dauerschuldverhältnisse 51
6. Arbeitsverhältnisse in der Insolvenz 52
III. Aufrechnung 52
1. Bereits bestehende Aufrechnungslage und vergleichbare Vereinbarung vor Insolvenzeröffnung 52
2. Nach Insolvenzeröffnung entstehende Aufrechnungslage 53

H. Insolvenzanfechtung 53
I. Grundsatz 53
II. Kongruente Deckung 54
III. Inkongruente Deckung 54
IV. Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung 54
V. Vorsatzanfechtung 55
VI. Unentgeltliche Leistungen 55
VII. Gesellschafterdarlehen und stille Gesellschaft 56
VIII. Ausnahme: Bargeschäft 56

I. Insolvenzplanverfahren 56
I. Inhalt 57
II. Verfahren 58
III. Wirkungen 59

J. Übertragende Sanierung 59

K. Kosten des Insolvenzverfahrens 60
I. Gerichtskosten 60
II. Vergütung und Auslagen des Insolvenzverwalters 61
III. Sonstige Kosten 61

L. Befriedigung der Insolvenzgläubiger 61

M. Einstellung des Verfahrens 61

§ 3 Reform des Insolvenzrechts 63

A. Reform des Insolvenzrechts 63
I. Die Vorhaben der Bundesregierung 63
II. Stellungnahme des DAV 64

B. Sonderfall Bankenrestrukturierung 65

C. Überlegungen zu einem Sanierungsvergleichsgesetz 66

§ 4 Haftungsfragen in Krise und Insolvenz 68

A. Haftung der Geschäftsführung 68

I. Zivilrechtliche Haftung 68
1. Gegenüber der Gesellschaft 68
2. Gegenüber Dritten 69
II. Abgabenrechtliche Haftung 69
1. Überblick 69
2. Haftung der Geschäftsführung nach § 69 AO i.V.m. §§ 34 f. AO 70
a) Allgemeine Voraussetzungen 70
b) Gesetzlicher Vertreter i.S.v. § 34 Abs. 1 AO 70
c) Pflichtverletzung des Vertreters 71
d) Steuerschaden 71
e) Kausalität und Zurechnung 71
f) Umfang der Pflichtverletzung 73
g) Verschulden 74
3. Haftung der faktischen Geschäftsführer nach §§ 69, 35 AO 75

B. Haftung von Gesellschaftern 76
I. Zivilrechtliche Haftung 76
1. Gegenüber der Gesellschaft 76
2. Gegenüber Dritten 77
a) Haftung wegen Insolvenzverschleppung 77
b) Haftung von Gesellschaftern von Personengesellschaften 77
II. Steuerrechtliche Haftung 77
1. Haftung der Mitglieder und Gesellschafter von nichtsrechtsfähigen Personenvereinigungen 77
2. Haftung des Alleingesellschafters einer GmbH gemäß § 35 AO 78

C. Haftung wichtiger Insolvenzorgane 78
I. Haftung nach §§ 60, 61 InsO 78
II. Haftung nach § 71 InsO 79
III. Abgabenrechtliche Haftung 80

D. Haftung bei besonderen Sachlagen 81
I. Haftung bei Betriebsübernahme nach § 75 AO 81
1. Unternehmen und gesondert geführter Betrieb in einem Unternehmen 81
2. Betriebssteuern 82
3. Haftungszeitraum 82
4. Haftungsbetrag 83
II. Haftung bei Organschaft nach § 73 AO 83
1. Normzweck 83
2. Haftung aufgrund ertragsteuerlicher Organschaft 84
3. Haftung aufgrund umsatzsteuerlicher Organschaft 85
4. Umfang der Haftung 85
5. Insolvenzrechtliche Besonderheiten 86
6. Beendigung der Organschaft in Krisen- bzw. Insolvenzfällen 86
III. Haftung des Arbeitgebers für Lohnsteuer nach § 42d EStG 86

E. Geltendmachung der Haftung für Steuerverbindlichkeiten 87

§ 5 Besteuerung während einer Unternehmenskrise 89

A. Ertragsteuerliche Problemfelder in der Unternehmenskrise 89
I. Vorbemerkung 89
II. Rangrücktritt 90

III. Forderungsverzicht 91
1. Rechtsfolgen für den Schuldner 91
2. Rechtsfolgen für den Gläubiger 92
a) Gläubiger ist nicht Gesellschafter bzw. diesem nahestehende Person 92
b) Gläubiger ist Gesellschafter bzw. diesem nahestehende Person 93
3. Forderungsverzicht gegen Besserungsabrede 95
a) Allgemeines 95
b) Auswirkungen im Zeitpunkt des Besserungsfalls 96
c) Verwendung des Einlagekontos? 97
d) Behandlung der Darlehenszinsen 97
e) Gesellschafterwechsel nach Forderungsverzicht 98
IV. Behandlung von Sanierungsgewinnen 99
1. Vorbemerkung 99
2. Sanierungserlass (BMF-Schreiben vom 27.03.2003) 101
a) Allgemeine Voraussetzungen 101
b) Sanierungsbedürftigkeit 101
c) Sanierungsfähigkeit 102
d) Sanierungseignung 102
e) Sanierungsabsicht der verzichtenden Gläubiger 102
f) Sanierungsplan 102
g) Rechtsfolgen 102
h) Forderungsverzicht mit Besserungsabrede 104
V. Verlustnutzung und Mindestbesteuerung nach § 10d EStG 104
VI. Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (sog. Debt-Equity-Swaps) 106
VII. Mantelkauf nach § 8 Abs. 4 KStG a.F. 107
1. Vorbemerkung 107
2. Schädlicher Anteilseignerwechsel 107
3. Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens 108
a) Überwiegend neues Betriebsvermögen 108
b) Zuführung 110
4. Zeitlicher und sachlicher Zusammenhang 111
5. Sanierungsprivileg 112
6. Umfang des Verlustabzugsverbotes 113
7. Zeitliche Weitergeltung des § 8 Abs. 4 KStG a.F. 114
VIII. Verlustabzug bei Körperschaften nach § 8c KStG 114
1. Überblick 114
2. Schädlicher Beteiligungserwerb 115
3. Umfang des Abzugsverbotes 118
4. Konzernklausel (§ 8c Abs. 1 Satz 5 KStG) 119
5. Verschonungsregelung (§ 8c Abs. 1 Satz 6 und 8 KStG) 120
6. Sanierungsklausel (§ 8c Abs. 1a KStG) 121
a) Überblick 121
b) Beteiligungserwerb 121
c) Sanierung 122
d) Erhalt wesentlicher Betriebsstrukturen 123
aa) Betriebsvereinbarung mit Arbeitsplatzregelung 123
bb) Lohnsummenregelung 124
cc) Zuführung wesentlichen Betriebsvermögens 124

e) Ausschluss der Anwendung der Sanierungsklausel 125
f) Rechtsfolge 126
IX. Zinsschrankenregelung 126
1. Überblick 126
2. Ausnahmen 128
a) Freigrenze 128
b) Konzernklausel 129
c) Escape-Klausel 129
3. Verschärfende Regelungen für Körperschaften 129
a) Keine Anwendung der Konzernklausel 130
b) Keine Anwendung der Escape-Klausel 130
X. Auflösungs- und Veräußerungsverluste nach § 17 EStG 131
1. Tatbestandsvoraussetzungen 131
2. Besonderheiten im Fall der Auflösung der Gesellschaft 133
3. Rechtsfolgen des § 17 EStG 134
4. Freibetragsregelung 135
5. Regelungen zur Verlustberücksichtigung (§ 17 Abs. 2 Satz 6 EStG) 136
a) Verlustabzugsbeschränkung bei unentgeltlichem Erwerb 136
b) Verlustabzugsbeschränkung bei entgeltlichem Erwerb 138
6. Nachträgliche Anschaffungskosten der Beteiligung 138
a) Überblick 138
b) Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis nach Maßgabe des Eigenkapitalersatzrechts 139
c) Maßgebender Zeitpunkt und Höhe 140
d) Folgen aus der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts 141
XI. Besteuerung des Betriebsaufgabe- und Veräußerungsgewinns nach §§ 16, 34 EStG 142
1. Tatbestandsvoraussetzungen 142
2. Rechtsfolgen 142
a) Einkommensteuer 142
b) Gewerbesteuer 144
3. Voraussetzungen einer steuerbegünstigten Veräußerung/Aufgabe 145
a) Abgrenzung der Veräußerung von der Aufgabe 145
b) Wesentliche Betriebsgrundlagen 146
c) Einstellung der betrieblichen Tätigkeit 146
d) Einheitlicher Vorgang 146
4. Besonderheiten der Gewinnermittlung 147
B. Umsatzsteuer 148
I. Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG 148
II. Geschäftsveräußerung im Ganzen (§ 1 Abs. 1a UStG) 150
III. Umsatzsteuer-/Vorsteuerberichtigung bei Änderung der Bemessungsgrundlage (§ 17 UStG) 152
1. Überblick 152
2. Zeitpunkt der Berichtigung 153
IV. Folgen des Wegfalls einer Organschaft 154
V. Sale-and-Lease-Back-Gestaltungen 156
VI. Sicherungsübereignung 157

VII. Factoring/Forfaitierung von Forderungen 158
1. Überblick 158
2. Steuerpflichtige Leistung des Factors 159
3. Verkauf notleidender Forderungen 160
4. Umsatzsteuerkorrektur (§ 17 UStG) 161
5. Haftung bei Abtretung, Verpfändung oder Pfändung von Forderungen (§ 13c UStG) 162

VIII. Abtretung von Vorsteuervergütungsansprüchen 162

C. Grunderwerbsteuer 163
I. Überblick 163
II. Zwangsversteigerungsverfahren 165
III. Weiternutzung übertragener Grundstücke 165
IV. Grunderwerbsteuerbegünstigung konzerninterner Umwandlungsvorgänge 166

§ 6 Besteuerungsverfahren in der Insolvenz 168

A. Grundsätzliche Auswirkungen des Insolvenzrechts auf das Steuerrecht 168

B. Insolvenzeröffnungsverfahren 168

C. Allgemeine Wirkung des Insolvenzverfahrens 170

D. Verfahrensrechtliche Stellung von Insolvenzschuldner und Insolvenzverwalter 172
I. Insolvenzschuldner 172
II. Insolvenzverwalter 174

E. Die Stellung der Finanzbehörde als Gläubiger im Insolvenzverfahren 175
I. Überblick 175
II. Die Finanzbehörde als Steuergläubiger nach der InsO 176
III. Die Finanzbehörde als Massegläubiger nach der InsO 177

F. Steuerermittlung in der Insolvenz 178

G. Steuerfestsetzung in der Insolvenz 178
I. Eingeschränkte Zulässigkeit von Steuerfestsetzungen 178
II. Abgrenzung zum (insolvenzrechtlichen) Feststellungsverfahren 180
III. Steuerfestsetzungen nach Verfahrensbeendigung 180

H. Erhebungsverfahren 181
I. Überblick 181
II. Abgabenrechtliche Besonderheiten der Aufrechnung 182
III. Aufrechnung während des Insolvenzverfahrens 183

I. Rechtsbehelfs- und Rechtsmittelverfahren 185
I. Unterbrechung laufender Verfahren 185
II. Wirkung der Unterbrechung 185
III. Wiederaufnahme der Verfahren 186

J. Vollstreckungsverfahren 187
I. Vollstreckung bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens 187
II. Vollstreckung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens 188
III. Vollstreckung nach Beendigung des Insolvenzverfahrens 188

K. Feststellungsverfahren 189

I. Überblick 189
II. Behandlung nicht widersprochener Forderungen 190
III. Behandlung widersprochener Forderungen 190
1. Widerspruch des Insolvenzschuldners 190
2. Widerspruch des Insolvenzverwalters oder eines Insolvenzgläubigers 192

§ 7 Materielles Insolvenzsteuerrecht 194

A. Einkommensteuer 194
I. Insolvenzrechtliche Zuordnung und Aufteilung der Einkommensteuerschuld 194
1. Insolvenzrechtliche Forderungskategorien 194
a) Vorbemerkung 194
b) Insolvenzforderung 195
c) Masseverbindlichkeiten 195
d) Insolvenzfreie Forderungen 195
2. Aufteilung der Einkommensteuerschuld 197
II. Aufdeckung stiller Reserven 199
III. Besteuerung von Gewinnen aufgrund Restschuldbefreiung? 201
IV. Ehegattenveranlagung 201
1. Überblick 201
2. Veranlagungswahlrecht 202
3. Veranlagungswahlrecht während der Insolvenz 203
4. Zurechnung von Steuerschulden/-erstattungen 204
a) Steuerschuld 204
b) Erstattungsanspruch 204
V. Lohnsteuer 205
1. Überblick 205
2. Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Arbeitnehmers 206
3. Insolvenzeröffnung beim Arbeitgeber 206
4. Lohnsteuer bei Inanspruchnahme von Insolvenzgeld 208
VI. Abzugsteuern 209
VII. Besonderheiten bei Insolvenz von Personengesellschaften 210
1. Vorbemerkung 210
2. Zuordnung von Steuerforderungen/Erstattungsansprüchen 211
3. Kapitalertragsteuer/Abgeltungsteuer 212

B. Körperschaftsteuer 213
I. Vorbemerkung 213
II. Liquidationsbesteuerung 214
III. Besteuerung bei Fortführung des insolventen Unternehmens 216

C. Gewerbesteuer 217
I. Allgemeines 217
II. Steuerpflicht nach Insolvenzeröffnung 218
III. Gewerbesteuerveranlagung 218
IV. Zuordnung zu den insolvenzrechtlichen Vermögensmassen 220
V. Insolvenzrechtliche Geltendmachung der Gewerbesteuer 221

D. Umsatzsteuer in der Insolvenz 221
I. Überblick 221
1. Allgemeines 221

2. Entstehung von Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis 222
a) Entstehung der Umsatzsteuer 222
b) Entstehung der Vorsteuer 223
c) Ermittlung des Steueranspruchs durch Saldierung 224
II. Zuordnung zu den insolvenzrechtlichen Forderungskategorien 224
1. Überblick 224
2. Begründetheit einzelner Besteuerungsgrundlagen 227
a) Umsatzsteuer 227
b) Ansprüche auf Vorsteuerabzug 228
c) Umsatzsteuer nach § 14c UStG 229
d) Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG 229
e) Umsatzsteuer-/Vorsteuerberichtigung bei Änderung der Bemessungsgrundlage (§ 17 UStG) 230
aa) Berichtigung wegen Uneinbringlichkeit 230
bb) Berichtigung wegen Nichtausführung der vereinbarten Leistung 232
cc) Berichtigung wegen Rückgängigmachung der Leistung 233
III. Aufrechnung von Umsatzsteueransprüchen 235
1. Vorbemerkung 235
2. Vorrang der Saldierung nach § 16 Abs. 2 Satz 1 UStG 236
3. Aufrechnung bei Neuerwerb 239
IV. Organschaft 240
1. Überblick 240
2. Beendigung der Organschaft 241
a) Insolvenz der Organgesellschaft 241
b) Insolvenz des Organträgers 241
c) Insolvenz von Organgesellschaft und Organträger 242
d) Rechtsfolgen des Wegfalls der Organschaft 242
3. Rechtsfolgen unerkannter Organschaftsverhältnisse 243
E. Rechnungslegung in der Insolvenz 244
I. Vorbemerkung 244
II. Insolvenzrechtliche Rechnungslegungspflichten 244
III. Handelsrechtliche Rechnungslegungspflichten 245
Stichwortverzeichnis 248

Literaturverzeichnis

Adam, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, Buchbesprechung, DZWIR 2005, 393

Altmeppen, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, 3601

Altricher-Herzberg, Die mögliche Einführung eines Sanierungsprivilegs in § 8c KStG, GmbHR 2009, 468

Andres/Leithaus, Insolvenzordnung (InsO), Komentar, 1. Auflage, München, 2006

Bauer/Esser, Die vermeintliche Privilegierung der Sozialversicherungsträger durch die Einführung des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F., ZInsO 2008, 296

Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 34. Auflage, München, 2010

Beermann/Gosch, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, Bonn, Stand Februar 2010

Berg/Schmich, Die Auswirkungen eines Forderungsverzichts mit Besserungsschein im Rahmen des § 8 Abs. 4 KStG, FR 2004, 520

Blümich, EStG/KStG/GewStG, München, Stand September 2009

Bock, Telos und Tatbestand des § 8 Abs. 4 KStG, GmbHR 2004, 221

Bode, Nachträgliche Anschaffungskosten beim Ausfall von Gesellschafterdarlehen nach MoMiG und Einführung der Abgeltungsteuer, DStR 2009, 1781

Boochs/Dauernheim, Steuerrecht in der Insolvenz, 3. Aufl., Neuwied, 2007

Bork, Grundfragen des Restrukturierungsrechts, ZIP 2010, 397

Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 16. Auflage, München, 2007

Bräuer, Ausschluss der Insolvenzanfechtung durch § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F.?, ZInsO 2008, 169

Braun, Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, 4. Aufl., München, 2010

Brei/Bultmann, Insolvenzrecht, 2008

Bunjes/Geist, Umsatzsteuergesetz, 9. Auflage, München, 2009

Bunnemann/Zirngibl, Auswirkungen des MoMiG auf bestehende GmbHs, 2008

Buth/Hermanns, Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach dem neuen IDW S 6, DStR 2010, 288

Dörr, § 8c KStG wird saniert!, NWB 2009, 2050

Dötsch/Pung/Jost/Witt, Die Körperschaftsteuer, Kommentar, Stuttgart, Stand März 2010

Eckert, Berichtigung der Umsatzsteuer bei Uneinbringlichkeit von Forderungen, BBK, Fach 6, S. 1345

Eggesiecker/Ellerbeck, Fünftelregelung und Progressionsvorbehalt, DStR 2007, 1281

Eisolt/Schmidt, Praxisfragen der externen Rechnungslegung in der Insolvenz, BB 2009, 654

Ernst & Young, Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Bonn, Stand Dezember 2009

Ernst, Wahl einer ungünstigen Steuerklasse durch den Vollstreckungsschuldner, DStR 2000, 1904

Farr, Insolvenzbehaftete Zusammenveranlagung – Ein Hauen und Stechen?, BB 2006, 1302

Farr, Die Besteuerung in der Insolvenz, 1. Auflage, München, 2005

Farr, Die Reichweite rechtsfehlerhafter Feststellungsbescheide, DStZ 2003, 345

Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, Hrsg.: Wimmer, 5. Auflage, Köln, 2009

Freund, Organhaftung von Vorständen und Geschäftsführern, GmbHR 2009, 1185

Frotscher, Besteuerung bei Insolvenz, 6. Aufl., Heidelberg, 2005

Frotscher/Maas, KStG/GewStG/UmwStG, Freiburg, Stand März 2010

Frystatzki, Steuerpflicht bei selbständiger Tätigkeit des Insolvenzschuldners, EStB 2006, 228

Fuhrmann, NWB 2008 F. 4, S. 5391

Fuhrmann/Strahl, Änderungen im Unternehmensteuerrecht durch das JStG 2008, DStR 2008, 125

Gehrlein, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG, BB 2008, 846

Geist, Die ordentliche Liquidation einer GmbH unter dem Einfluss von Mindestbesteuerung, GmbHR 2008, 969

Gilz/Kuth, Mindestbesteuerung – Situation im Insolvenzverfahren – Gleichzeitig ein Appell an den Gesetzgeber, DStR 2005, 184

Glaneegger/Güroff, Gewerbesteuergesetz, 7. Auflage, München 2009

Gosch, Rechtsmissbrauch durch Erwerb einer nicht werthaltigen Forderung statt eines Forderungsverzichts, StBp 2001, 180

Gosch, Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, 2. Auflage, München, 2009

Gottwald/Frotscher, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Auflage, München, 2006

Graf-Schlicker, Kommentar zur Insolvenzordnung, 1. Auflage, Köln, 2007

Groß, Wesentliche Gesichtspunkte der Erarbeitung von IDW ES 6 – Zu den Hintergründen und Neuerungen des IDW Standards: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten, WPg 2009, 231

Gundlach/Frenzel/Schirrmeister, Der Anspruch des Insolvenzverwalters auf einen Freistellungsbescheid gemäß § ESTG § 48b EStG, DStR 2003, 823

Gundlach/Frenzel/Schmidt, Die Bedeutung des § 93 InsO für die Finanzbehörde, DStR 2002, 1095

Hahne, Umsatzsteuerliche Behandlung des Verkaufs notleidender Bankforderungen, UR 2008, 194

Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, Hrsg.: Schmidt, 3. Auflage, Münster, 2009

Helius/Link, Zweifelsfragen der Abgeltungsteuer auf Kapitalerträge aus Finanzinnovationen und offenen Fonds, DStR 2008, 386

Hermann/Heuer/Raupach, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Köln, Stand Februar 2010

Heuermann, Finanzierungshilfen eines nach § 17 EStG qualifiziert beteiligten Gesellschafters nach Abgeltungsteuer und MoMiG, DB 2009, 2173

Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, Hrsg.: Kreft, 5. Auflage, Heidelberg, 2008

Hofert/Möller, GmbH-Finanzierung: Debt Mezzanine Swap – der bessere Debt Equity Swap für Unternehmen in der Krise, GmbHR 2009, 527

Hoffmann, Forderungsverzicht des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft gegen Besserungsschein bei Gesellschafterwechsel, Anmerkung zum BMF-Schreiben vom 2. 12. 2003, DStR 2004, 293

Hoffmann, Zur Steuerökonomie des Forderungsverlustes eines GmbH-Gesellschafters im Betriebsvermögen, DStR 2008, 857

Hoffmann, Zu Gestaltungsanforderungen beim Kauf von GmbH-Anteilen zur Verlustnutzung, GmbHR 2001, 533

Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 8. Auflage, Berlin, 2004

Hölzle, Unternehmenssanierung außerhalb der Insolvenz – Überlegungen zu einem Sanierungsgesetz, NZI 2010, 207

Hubertus/Krenzin, Verlustnutzung im Rückwirkungszeitraum nach dem JStG 2009, GmbHR 2009, 647

Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung/Finangerichtsordnung, Kommentar, Köln, Stand Dezember 2009

Hummel, Verschaffung der Verfügungsmacht im Umsatzsteuerrecht – Am Beispiel des sog. „sale-and-lease-back" und des Kaufs auf Probe -, UR 2007, 757

Jaeger, Insolvenzordnung, Großkommentar, 1. Auflage, Berlin, 2007

Jakob, Abgabenordnung, 4. Aufl., 2006

Kaeser, Der „Mantelkauf" – ein Fall für die Altkleidersammlung?, DStR 2005, 349

Kahlert/Rühland, Sanierungs- und Insolvenzsteuerrecht, 1. Auflage, Köln, 2007

Kirchhof, Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen vorläufiger Insolvenzverwalter, ZInsO 2000, 297

Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, Bonn, Stand März 2010

Klein, Abgabenordnung, Kommentar, 10. Aufl., München, 2009

Knebel, Der Forderungsverzicht als Sanierungsmaßnahme, DB 2009, 1094

Koza, Gläubigerprivilegierung durch die Hintertür, § 28e Abs 1 Satz 2 SGB IV und seine angebliche Rückwirkung auf Altfälle, DZWIR 2008, 143

Kübler/Prütting, Kommentar zur Insolvenzordnung, Köln, Stand Februar 2010

Lenski/Steinberg, Kommentar Gewerbesteuergesetz, Köln, Stand Februar 2010

Lornsen-Veith/Behrendt, Forderungsverzicht mit Besserungsschein nach dem SEStEG – weiterhin Direktzugriff auf das Einlagekonto, FR 2007, 179

Maus, Die umsatzsteuerrechtliche Organschaft in Liquidation und Insolvenz, GmbHR 2005, 859

Meisel/Bokeloh, Anmerkungen zum Entwurf des BMF-Schreibens zu § 8 c KStG, BB 2008, 808

Meyer/Verfürth, Einkommensteuer- und insolvenzrechtliche Behandlung von Aufgabegewinnen in der Insolvenz des Personengesellschafters, BB 2007, 862

Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Auflage, Köln, 2007

Mückl, Der Debt-Equity-Swap als Sanierungsinstrument im Steuerrecht, FR 2009, 497

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Säcker/Rixecker, 5. Aufl., München, 2000 ff

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Hrsg. Kirchhof, 2. Aufl., München, 2008

Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung (InsO), Kommentar, München, Dezember 2010

Obermair, Der Neuerwerb – eine unendliche Geschichte, Anmerkung zum Urteil des BFH BFH vom 7. 4.2005, DStR 2005, 1561

Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 7. Auflage, Köln, 2007

Onusseit, Aufrechnung des Finanzamts in der Insolvenz, ZInsO 2005, 638

Orth, Mindestbesteuerung und Verlustnutzungsstrategien, FR 2005, 515

Pahlke/Koenig, Abgabenordnung, Kommentar, 2. Aufl., München, 2009

Pape, Zahlungsunfähigkeit in der Gerichtspraxis, WM 2008, 1949

Pohl, Entwicklung des steuerlichen Einlagekontos beim Forderungsverzicht mit Besserungsschein – Änderung der Rechtslage durch das SEStEG?, DB 2007, 1553

Pohl, Die Auswirkung eines Forderungsverzichts mit Besserungsschein im Rahmen des § 8c KStG, DB 2008

Prinz, Verluste und Finanzierung – Ausgewählte verlustnutzende Finanzierungsgestaltungen, GmbHR 2004, 921

Reiß/Kraeusel/Langer, Umsatzsteuergesetz, Kommentar, Bonn, März 2010

Rödder/Hötzel/Müller-Thuns, Unternehmenskauf/Verkauf, 1. Aufl., München, 2003

Rödder/Schönfeld, Zweifelsfragen im Zusammenhang mit der Auslegung von § 2 Abs. 4 UmwStG i.d.F. des JStG 2009, DStR 2009, 560

Rödding/Bühring, Neue Transaktionsformen als FoLge der Finanzmarktkrise – Überblick über die steuerlichen Aspekte, DStR 2009, 1933

Roser, Verlustabzüge nach § KSTG § 8c KStG – ein ernüchterndes Anwendungsschreiben, DStR 2008, 1561

Roth/Altmeppen, Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 6. Auflage, München, 2009

Scherer, Insolvenzanfechtung bei Verrechnungen auf Kontokorrentkonto – Darlegung der Zahlungsunfähigkeit, NZI 2005, 112

Scheunemann/Hoffmann, DB 2009, 983

Schlauß, Neues Ordnungsgeldverfahren wegen Verletzung von Jahresabschluss-Publizitätspflichten: erste Erfahrungen und Praxistipps aus dem Bundesamt für Justiz, BB 2008, 938

Schmidt, Überschuldung und Insolvenzantragspflicht nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz, DB 2008, 2467

Schmidt, Einkommensteuergesetz, 28. Aufl., München, 2009

Schulz, Zahlungsunfähigkeit und ernsthaftes Einfordern, ZIP 2009, 2281

Schulz/Vogt, Unternehmensfinanzierung mittelständischer Unternehmen nach Inkrafttreten der Abgeltungsteuer im Jahr 2009, DStR 2008, 2189

Schwedhelm/Olbing/Binnewies, Aktuelles zum Jahreswechsel 2008/2009 rund um die GmbH, GmbHR 2008, 1233

Schwetlik, Tilgung privater, unter dem Nennwert erworbener Forderungen, GmbHR 2008, 358

Sistermann/Brinkmann, Die neue Sanierungsklausel in § KStG § 8c KStG Vorübergehende Entschärfung der Mantelkaufregelung für Unternehmen in der Krise, DStR 2009, 1453

Sistermann/Brinkmann, Wachstumsbeschleunigungsgesetz: Die Änderungen bei der Mantelkaufregelung Entschärfung der Verlustabzugsbeschränkungen durch Konzernklausel und Verschonung in Höhe der stillen Reserven, DStR 2009, 2633

Smid, Sanierung durch Insolvenzplan – Bemerkungen zur Theorie über praktische Fragen, NZI 2000, 454

Sölch/Ringleb, Umsatzsteuergesetz, München, Stand September 2009

Spindler, Der „Gesamtplan" in der Rechtsprechung des BFH, DStR 2005, 1

Strahl, Aktuelle Hinweise zu § 17 EStG, KÖSDI 2000, 12260

Streck, Körperschaftsteuergesetz, 7. Auflage, München, 2008

Thielo, Neue umsatzsteuerliche Entwicklungen bei Non-Performing Loans (NPL), BB 2007, 2487

Thomas, Die Ermittlung der Haftungsschuld bei unterbliebenem Lohnsteuerabzug, DStR 1995, 273

Thouet/Baluch, Ist die Restschuldbefreiung wirklich einkommensteuerpflichtig?, DB 2008, 1595

Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Kommentar, Köln, März 2010

Uhlenbruck, Insolvenzordnung, Kommentar, 13. Auflage, München, 2010

Vogt, Gesellschaftssanierung: Erhaltung des Verlustabzugs und dessen Nutzung, DStR 2002, 1432

Völlmeke, Der Auflösungsgewinn oder -verlust gemäß § 17 EStG, DStR 2005, 2024

Wälzholz, Anmerkung zu OLG Dresden, Beschluss vom 29.11.2004, 2 U 1507/04, DStR 2005, 615

Waza/Uhländer/Schmittmann, Insolvenzen und Steuern, 7. Auflage, Herne, 2007

Waza/Uhländer/Schmittmann, Insolvenzen und Steuern, 8. Auflage, Herne, 2010

Weitnauer, Die Gesellschafterfremdfinanzierung aus Sicht von Finanzinvestoren, BKR 2009, 18

Wellensiek, Übertragende Sanierung, NZI 2002, 233

Werth, Die Besteuerung des Neuerwerbs im Insolvenzverfahren, DStZ 2009, 760

Westermann, Das neue GmbH-Recht (i.d.F. des MoMiG) im Überblick, DZWIR 2008, 485

Wicke, GmbHG, Kommentar, 1. Aufl., München, 2008

Winkeljohann/Fuhrmann, SEStEG: Einlagekonto, Körperschaftsteuer-Guthaben und Nachversteuerung von EK 02-Beträgen auf dem Weg nach Europa, DB 2006, 1862

Wischott/Schönweiß, Wachstumsbeschleunigungsgesetz – Einführung einer Grunderwerbsteuerbefreiung für Umwandlungsvorgänge, DStR 2009, 2638

Zeuner, § 14c UStG im Insolvenzverfahren, UR 2006, 153

Ziegenhagen/Thewes, Die neue Sanierungsklausel in § 8c Abs. 1a KStG, BB 2009, 2116

Zöller, Zivilprozessordnung, 27. Auflage, Köln, 2009

Begriff des Insolvenzsteuerrechts

1 Die Auswirkung eines Insolvenzverfahrens auf die formelle und materielle Besteuerung des Insolvenzschuldners wird regelmäßig unter dem Begriff des Insolvenzsteuerrechts zusammengefasst. Dahinter verbirgt sich jedoch keinesfalls ein den Besonderheiten der Insolvenz Rechnung tragender Regelungskomplex steuerlich relevanter Lebensbereiche. Vielmehr stehen mit dem Insolvenzrecht einerseits und dem Steuerrecht andererseits zwei vollkommen unterschiedliche Regelungsbereiche selbständig nebeneinander, deren Verhältnis auch nach der seit dem 1. Januar 1999 in Kraft getretenen Insolvenzrechtsreform gesetzlich nicht systematisch aufeinander abgestimmt, sondern bestenfalls unvollkommen geregelt ist.[1] Grundsätzlich bleibt die Eigenständigkeit des Steuerrechts auch im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Steuerschuldners gewahrt und lediglich die Geltendmachung der jeweiligen Steuerforderung richtet sich nach dem Insolvenzrecht. Der noch zur Reichsabgabenordnung geprägte Grundsatz „Konkursrecht [bzw. nunmehr Insolvenzrecht] gehe vor Steuerrecht" trifft insoweit nicht zu.[2] Im Ergebnis ist folglich die Beantwortung der Frage nach der Entstehung und der Höhe der Steuerforderungen allein den steuerrechtlichen Vorschriften vorbehalten, wohingegen deren Durchsetzung sich nach den Vorschriften der Insolvenzordnung richtet. Das Zusammenspiel von Steuer- und Insolvenzrecht setzt mithin sowohl Kenntnisse zur Behandlung von steuerrechtsrelevanten Vorgängen in der Krise und in einer etwaigen Insolvenz des Steuerschuldners als auch die wesentlichen Verfahrensgrundsätze des Insolvenzrechts voraus. Daher werden vorab in § 2 die Grundsätze des Regelinsolvenzverfahrens für Unternehmen dargestellt, um im Anschluss auf das formelle und materielle Steuerrecht in der Krise und in der Insolvenz anhand von typischen steuerrechtsrelevanten Besteuerungssachverhalten einzugehen.

1 *Gottwald*/*Frotscher*, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2006, § 119 Rdn. 1; MünchKommInsO-*Kling/Schüppen/Ruh*, 2. Aufl. 2008, Anh. Insolvenzsteuerrecht, RdNr. 1.

2 Pape/Uhlenbruck, NJW-Schriften 67, Insolvenzrecht, Rn. 997; Gottwald/*Frotscher*, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl., 2006, § 119 Rdn. 9.

§ 2 Das Regelinsolvenzverfahren von Unternehmen

2

1 Mit Wirkung zum 1. Januar 1999 wurde der bis dahin geltende Verfahrensdualismus von auf Zerschlagung ausgerichteter Konkursordnung und der vorrangig dem Ziel des Unternehmenserhalts dienenden Vergleichsordnung zugunsten eines einheitlichen Insolvenzverfahrens abgelöst.

2 Das Insolvenzverfahren ist ein gerichtliches Verfahren, dass nur auf Antrag eröffnet wird, wenn einer der Eröffnungsgründe Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gegeben ist. Ist der Schuldner eine juristische Person oder eine teilrechtsfähige Personengesellschaft oder ist der Schuldner eine natürliche Person mit nicht nur geringfügiger wirtschaftlicher Tätigkeit, handelt es sich also beim Schuldner um unternehmenstragende Rechtssubjekte, so wird das Verfahren als sogenanntes Regelinsolvenzverfahren geführt. Andernfalls handelt es sich um ein Verbraucherinsolvenzverfahren, für das zum Teil vereinfachte Regelungen gelten.

3 Das Insolvenzverfahren dient gemäß der Zielbestimmung des § 1 InsO der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger, die sowohl durch Verwertung des Schuldnervermögens (Liquidation) oder aber durch abweichende Regelung in Gestalt eines sog. Insolvenzplans insbesondere zum Erhalt des Unternehmens (Sanierung) erreicht werden kann.[1] Dadurch werden zwei wesentliche Verfahrensaspekte gesetzlich festgeschrieben. Zum einen strebt das Insolvenzverfahren die „gemeinsame" Befriedigung aller Gläubiger an. Der in der Einzelzwangsvollstreckung geltende „Wettlauf der Gläubiger" auf das (noch) vorhandene Vermögen, bei dem der als erste den Zugriff erlangende Gläubiger volle Befriedigung aus dem betreffenden Gegenstand erhält (sog. Prioritätsgrundsatz), wird ausgesetzt. Stattdessen greift der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Reicht das Vermögen des Schuldners nicht, um alle Gläubiger vollständig zu befriedigen, erfolgt eine gleichmäßige, quotale Befriedigung in Abhängigkeit von der Höhe der geltend gemachten Forderung. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung führt allerdings nicht dazu, dass tatsächlich alle Gläubiger lediglich auf eine quotale Befriedigung verwiesen werden. So bleiben etwa Sicherungsrechte, die einzelne Gläubiger an bestimmten Gegenständen des schuldnerischen Vermögens halten, auch im Verfahren bestehen (Absonderungsrechte) und führen dazu, dass sie aus dem Verwertungserlös vorrangig zu befriedigen sind. Zum anderen dient das ergebnisoffen gestaltete Insolvenzverfahren auch dem Wettbewerb um die bestmögliche Verwertung des schuldnerischen Vermögens.

4 Um die Erreichung der Ziele zu gewährleisten, verliert der Schuldner mit Eröffnung des Verfahrens die Verfügungsgewalt über sein Vermögen, die dann gem. § 80 Abs. 1 InsO ausschließlich vom Insolvenzverwalter ausgeübt wird. Dessen Aufgabe ist es, die sog. Masse zu sichern, also dasjenige Vermögen, das den Gläubigern letztlich zur Befriedigung ihrer Ansprüche dienen soll. Dazu hat er Gegenstände, die nicht zum Vermögen des Schuldners gehören, an den Berechtigten herauszugeben (Aussonderung). Ferner stehen ihm besondere Instrumente der Massemaximierung zur Verfügung. Wichtigstes Instrument ist die Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO, mit der er Massebestandteile, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor oder nach Antragstellung noch weggegeben wurden, im Sinne einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung zurückfordern kann bzw. muss. Die so angereicherte Masse hat der Insolvenzverwalter bestmöglich zu verwerten.

5 Besteht die Insolvenzmasse aus einem Unternehmen, das letztlich in gegenständlicher Hinsicht eine am Markt auftretende organisatorische Einheit von materiellen und immateriellen Vermögensgegenständen ist, so hat der Verwalter auch diese funktionale Einheit grundsätzlich zunächst zu be-

1 Ob der Unternehmenserhalt eigenes Verfahrensziel ist, ist höchst umstritten, zum Streitstand siehe MünchKommInsO-*Ganter*, 2. Aufl. 2008, § 1 RdNr. 85.

wahren, indem er den Unternehmensbetrieb weiter aufrecht erhält, bis die Gläubiger im Rahmen der Gläubigerversammlung gem. § 157 InsO über dessen Liquidation oder Sanierung entscheiden können. In der Praxis bilden die Gläubiger in ihrer Gesamtheit allerdings keine homogene Gruppe, sondern haben je nach Besicherung oder laufender Handelsbeziehung unterschiedliche Interessen. Auch die Beteiligung am Insolvenzverfahren durch Teilnahme an der Gläubigerversammlung oder Übernahme eines Mandats im Gläubigerausschuss ist sehr unterschiedlich ausgeprägt. Insbesondere die ungesicherten Gläubiger beteiligen sich aufgrund der erwartet geringen quotalen Befriedigung regelmäßig im Rahmen der Abwicklung des Insolvenzverfahrens nicht mehr aktiv über die Forderungsanmeldung hinaus.

Das Insolvenzverfahren lässt sich in zwei Verfahrensabschnitte untergliedern, das mit Eingang eines zulässigen Insolvenzantrages beginnende Insolvenzeröffnungsverfahren, in dem die Voraussetzungen für die Verfahrenseröffnung selbst geprüft werden, und das eröffnete formelle Insolvenzverfahren mit dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter gem. § 80 InsO zwecks Verwertung des Schuldnervermögens als sog. Insolvenzmasse und geordneter Befriedigung der Insolvenzgläubiger. 6

A. Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens

Im Insolvenzantragsverfahren befindet das zuständige Gericht darüber, ob überhaupt ein zulässiger Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorliegt. Es gilt insoweit der sogenannte Beibringungsgrundsatz, d.h. der Antragsteller hat grundsätzlich das Vorliegen der Eröffnungsgründe glaubhaft zu machen (§ 294 ZPO). 7

I. Insolvenzantrag

Ein Insolvenzverfahren kann nach § 13 Abs. 1 InsO nur aufgrund eines schriftlichen Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens eröffnet werden. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens von Amts wegen ist dagegen ausgeschlossen. Wird beispielsweise im Laufe des Insolvenzeröffnungsverfahrens – vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens – der bis dahin zulässige und begründete Insolvenzantrag zurückgenommen, so kann das Insolvenzverfahren trotz der gerichtsbekannten materiellen Insolvenz nicht mehr aufgrund des ursprünglichen Insolvenzantrags eröffnet werden. Der Insolvenzantrag kann entweder vom Schuldner selbst („Eigenantrag“) oder von einem Gläubiger („Gläubigerantrag“) gestellt werden. Ist der Antragsberechtigte eine juristische Person oder eine teilrechtsfähige Personengesellschaft, so sind die vertretungsberechtigten Organe zur Antragstellung befugt. 8

Beim Schuldner ist für das Insolvenzantragsrecht bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gem. § 15 Abs. 1 InsO ausreichend, wenn ein einzelnes Mitglied des Vertretungsorgans den Insolvenzantrag stellt. Es handelt sich dabei um eine besondere gesetzliche Form der Antragsbefugnis, die unabhängig von abweichenden gesetzlichen oder satzungsgemäßen Regelungen zur Vertretungsbefugnis zwingend gilt.[2] Bei der OHG, der KG sowie der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist darüber hinaus auch jeder persönlich, unbeschränkt und unmittelbar haftende Gesellschafter der schuldnerischen Gesellschaft zur Stellung des Antrages berechtigt. Für den Fall eines Eigenantrags wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 Abs. 1 InsO liegt dagegen nur dann ein zulässiger Insolvenzantrag vor, wenn dieser von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans oder allen persönlich haftenden Gesellschaftern gestellt wird oder aber der oder die Antragsteller für die juristische Per- 9

2 MünchKommInsO-*Schmahl*, 2. Aufl. 2007, § 15 RdNr. 10.

son bzw. die Gesellschaft tatsächlich vertretungsberechtigt sind (vgl. § 18 Abs. 3 InsO). Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte sind grundsätzlich nicht berechtigt einen Insolvenzantrag für den Schuldner zu stellen.

2 10 Der Schuldner muss im Rahmen des Eigenantrags das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes grundsätzlich nicht glaubhaft machen. Etwas anderes gilt gem. § 15 Abs. 2 Satz 1 InsO nur dann, wenn der Eigenantrag nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans oder allen persönlich haftenden Gesellschaftern gestellt wird. Schließlich muss der Schuldner, wenn er seinen Antrag auf drohende Zahlungsunfähigkeit stützt, diese schlüssig darlegen und nachvollziehbar belegen. Eine Glaubhaftmachung im Sinne des § 294 ZPO ist dagegen nicht erforderlich.[3]

11 Bei schuldnerischen Kapitalgesellschaften ebenso wie bei der GmbH & Co. KG, bei der lediglich das Vertretungsorgan zur Antragstellung berechtigt ist, stellt sich zuweilen das Problem, dass die antragsberechtigte Person nicht auffindbar ist. Für diesen Fall der Führungslosigkeit des Schuldners wurde bislang die Einsetzung eines Verfahrenspflegers praktiziert.[4] Die durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG[5]) vorgenommenen und zum 1. November 2008 in Kraft getretenen Änderungen gem. § 15a Abs. 3 InsO sehen nunmehr in solchen Fällen für juristische Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, für die nicht wenigstens eine natürliche Person persönlich haftet, eine subsidiäre Antragspflicht eines jeden Gesellschafters bzw. eines jeden Aufsichtsratsmitgliedes vor, sofern diese Personen Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung und der Führungslosigkeit hat. Mit dem Begriff der Führungslosigkeit in diesem Sinne ist ausschließlich das Fehlen des jeweiligen Geschäftsführungs- und Vertretungsorgans der juristischen Person umfasst, jedoch nicht deren bloße faktische Unerreichbarkeit.[6] Im Falle der Führungslosigkeit der juristischen Person ist auch diese Tatsache im Rahmen des Insolvenzantrags gem. § 15 Abs. 2 Satz 2 InsO glaubhaft zu machen.

12 Die Zulässigkeit eines Gläubigerantrags setzt voraus, dass der Antragsteller gegen den Insolvenzschuldner begründete Vermögensansprüche hat und daher in einem eröffneten Verfahren ein sog. Insolvenzgläubiger im Sinne der §§ 38, 39 InsO wäre. Antragsberechtigt ist daher nur derjenige, der sich als Inhaber einer an der Verteilung in einem etwaigen künftigen Insolvenzverfahren teilnehmenden Forderung legitimiert. Es reicht dafür aus, dass der Schuldner die nicht notwendigerweise bereits fällige, unbedingte oder durchsetzbare Forderung näher spezifiziert und ihren Bestand etwa durch Vorlage entsprechender Dokumente (vollstreckbare Titel, Lieferscheine etc.) oder eidesstattliche Versicherung belegt. Da die Möglichkeit zur Insolvenzantragstellung, die in besonderer Weise geeignet ist, die Bonität des Schuldners zu beschädigen, nicht als Druckmittel gegenüber einem an sich zahlungsfähigen Schuldner missbraucht werden soll, ist der Gläubigerantrag nur insoweit zulässig, als der Antragsteller auch den Insolvenzgrund glaubhaft im Sinne von § 294 ZPO darlegt. Hier muss sich der Gläubiger, soweit nicht bereits Protokolle über fruchtlose Vollstreckungsversuche vorliegen, mit dem Nachweis von Tatsachen behelfen, die nach der Rechtsprechung einzeln oder kumulativ das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes indizieren, wie etwa häufige Rückschecks oder Rücklastschriften, Rückstände auf Sozialversicherungsbeiträge etc. Soll der Eröffnungsgrund aus einer einzigen Forderung des antragstellenden Gläubigers hergeleitet werden und ist diese Forderung vom Schuldner bestritten, so muss diese Forderung für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voll bewiesen sein und mithin regelmäßig im Rahmen des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens rechtskräftig festgestellt werden.[7] Gelingt dem Gläubiger die Darlegung, kann der Antrag im Ein-

3 Uhlenbruck/*Uhlenbruck*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 18 Rn. 20.
4 OLG Zweibrücken, Beschluss v. 12.04.2001, 3 W 23/01, ZIP 2001, 973.
5 Gesetz vom 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026 ff.
6 AG Hamburg, Beschluss v. 27.11.2008, 67c IN 478/08, NJW 2009, 304; ebenso Wicke, GmbHG, 1. Aufl. 2008, § 35 Rn. 26; anders *Gehrlein*, BB 2008, 846.
7 BGH, Beschluss v. 14.12.05, IX ZB 207/04, NZI 2005, 174; ebenso zur Verjährungseinrede des Schuldners BGH, Beschluss v. 27.03.07, IX ZB 141/06, NZI 2007, 408.

zelfall unzulässig sein, weil der Gläubiger kein anerkennenswertes rechtliches Interesse hat. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Gläubiger ersichtlich verfahrensfremde Zwecke, wie etwa die Ausforschung der Vermögensverhältnisse, verfolgt oder ihm mit hinreichender Gewissheit ein einfacherer, schnellerer oder billigerer Weg zur Vollständigen Befriedigung zur Verfügung steht, etwa weil er ausreichend dinglich besichert ist.[8]

II. Insolvenzfähigkeit

Insolvenzfähigkeit ist die Fähigkeit eines Rechtsträgers, mit seinem Vermögen einem Insolvenzverfahren zu unterliegen,[9] also Schuldner in einem Insolvenzverfahren zu sein. Erforderlich dafür ist, dass der betreffende Träger ein eigenes Vermögen besitzt, das einem abgrenzbaren Gläubigerkreis als Haftungssubstrat der bestehenden Verbindlichkeiten zu Verfügung steht. Insolvenzfähig ist daher nach § 11 Abs. 1 InsO zunächst jede natürliche und juristische Person, wie die AG, die GmbH, der rechtsfähige Verein, die Stiftung, die KGaA oder die Genossenschaft. . Das Insolvenzverfahren ist aber nach § 11 Abs. 2 InsO auch über solche Vermögensträger möglich, die keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, wohl aber Träger von Rechten und Pflichten sein können, wie etwa die OHG, die KG oder auch die GbR. 13

EU-ausländische Gesellschaften, die nach den Grundsatzentscheidungen des Europäischen Gerichtshofes[10] grundsätzlich auch in Deutschland rechtsfähig sind, unterliegen ebenfalls dem deutschen Insolvenzrecht (Art. 4 EuInsVO, vgl. auch § 15a InsO). Für sie gelten aber weiterhin die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ihres Gründungsstaates. Die Geltung des deutschen Insolvenzrechts für ausländische Gesellschaften (auch aus Drittländern) wurde insbesondere durch die rechtsformübergreifende Regelung der Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO klargestellt. 14

Nicht insolvenzfähig sind sog. Innengesellschaften wie die stille Gesellschaft im Sinne von §§ 230 ff. HGB oder die GbR als reine Innengesellschaft, die nicht rechtsgeschäftlich nach außen in Erscheinung tritt. Maßgeblich ist insoweit, dass die Einlage des stillen Gesellschafters gem. § 230 Abs. 1 HGB in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht und kein gesamthänderisch gebundenes Vermögen gebildet wird.[11] Es kommt daher nur die Insolvenz des Geschäftsinhabers oder des stillen Gesellschafters in Betracht, die jeweils zur Auflösung der stillen Gesellschaft führen.[12] 15

Umstritten und noch nicht höchstrichterlich geklärt war die Frage, ob auch die zwischenzeitlich als teilrechtsfähig anerkannte Wohnungseigentümergemeinschaft insolvenzfähig ist.[13] Eine im Gesetzesentwurf zur Novellierung des Wohnungseigentumsrechts in § 11 Abs. 3 WEG-E zunächst enthaltene Regelung, wonach über das Vermögen der Wohnungseigentümergemeinschaft das Insolvenzverfahren eröffnet werden können sollte, ist nicht Gesetz geworden.[14] Indessen lehnten der Rechtsausschuss des Bundestages und ihm folgend dann auch der Bundestag den Vorschlag der Bundesregierung ab und normierten in § 11 Abs. 3 WEG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des 16

8 Zur ausreichenden Besicherung siehe BGH, Beschluss v. 29.11.07, IX ZB 12/07, NJW 2008, 1380; ferner MünchKommInsO-*Schmahl*, 2. Aufl. 2007, § 14 RdNr. 50 ff.

9 *Gottwald/Uhlenbruck*, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2006, § 5 Rdn. 1.

10 EuGH, Urteil v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 - *Centros Ltd.*, NJW 1999, 2027; Urteil v. 05.11.2002, Rs. C-208/00 - *Überseering BV*, ZIP 2002, 2037.

11 Vgl. Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 11 Rn. 384.

12 Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 234 Rn. 5.

13 Dafür: AG Mönchengladbach, Beschluss v. 24.02.2006, 32 IN 26/06, NJW 2006, 1071; dagegen: LG Dresden, Beschluss v. 15.05.2006, 5 T 105/06, NJW 2006, 2710.

14 Hierzu noch die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/887, S. 67.

Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26. März 2007 vielmehr das Gegenteil, nämlich die Insolvenzunfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft.[15] Auch die Bruchteilsgemeinschaft im Sinne von §§ 741 ff. BGB ist bereits mangels „Teil-Rechtsfähigkeit" nicht insolvenzfähig.[16]

2

17 Ein konzernrechtlicher Unternehmensverbund entsprechend § 18 AktG ist als solcher nicht insolvenzfähig. Es gilt insoweit der insolvenzrechtliche Grundsatz, dass für jede teil-rechtsfähige Person ein eigenes Insolvenzverfahren zu eröffnen ist, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. In der Praxis wird häufig versucht durch die Konzentration der Zuständigkeit bei einem Insolvenzgericht für alle Konzernunternehmen die Probleme im Rahmen der Abwicklung von Konzerninsolvenzen zumindest organisatorisch im Interesses einer abgestimmten Fortführungsmöglichkeit der betroffenen Rechtsträger zu mindern.[17]

18 Der Bund und die Länder sind nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO grundsätzlich nicht insolvenzfähig. Für Gemeinden und Gemeindeverbände haben die Bundesländer von der ihnen in § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO eingeräumten Kompetenz zum Ausschluss der Insolvenzfähigkeit jeweils Gebrauch gemacht.[18]

19 Mit Wirkung zum Beginn des Jahres 2010 ist durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der Gesetzlichen Krankenversicherung[19] die Insolvenzfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen gem. § 171b SGB V im Rahmen eines abgestuften Verfahrens herbeigeführt worden.

III. Zuständiges Gericht

20 Für das Insolvenzverfahren sind gem. § 2 InsO die Amtsgerichte als Insolvenzgericht sachlich zuständig. Die Zuständigkeit ist eine ausschließliche, d. h. sie ist nicht durch Vereinbarung abänderbar (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO i.V.m. § 4 InsO). Das gilt allerdings nur für die Durchführung des Verfahrens, nicht etwa für Streitigkeiten der Verfahrensbeteiligten untereinander, etwa bei Zahlungsklagen wegen Insolvenzanfechtung.

21 Örtlich zuständig ist gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 InsO das Insolvenzgericht, in dessen Bezirk der Schuldner den Mittelpunkt der selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit hat. Darunter fällt jede nachhaltig auf Gewinn abzielende Tätigkeit in nicht abhängiger Stellung.[20] Die Tätigkeit muss aber kein Gewerbe im Rechtssinn sein. Ausreichend ist jede nachhaltig auf Erwerb gerichtete Unternehmung, die auch von Landwirten oder Freiberuflern geführt werden kann.[21] Übt der Schuldner keine selbständige Tätigkeit aus, so ist der allgemeine Gerichtsstand nach den §§ 13 ff. ZPO maßgeblich. Bei Einstellung der Geschäftstätigkeit ist der letzte eingetragene satzungsgemäße Sitz der Gesellschaft für die örtliche Zuständigkeit maßgeblich.[22] Auch die örtliche Zuständigkeit ist eine ausschließliche. Es besteht insoweit auch kein Wahlrecht zwischen dem Insolvenzgericht des Tätigkeitsmittelpunkts und dem des allgemeinen Gerichtsstandes.[23] Das Insolvenzgericht hat seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen und bei Unzuständigkeit dem Antragsteller entsprechend § 139 ZPO Gelegenheit zu geben, den Antrag auf Verweisung an das zuständige Insolvenzgericht zu stellen. Kommt der Antragsteller diesem Hinweis nicht nach und stellt er keinen Verweisungsantrag an das zuständige Insolvenzgericht, so weist das nicht zuständige Gericht den Insolvenzantrag kostenpflichtig als unzulässig zurück.[24]

15 § 11 Abs. 3 WEG: Ein Insolvenzverfahren über das Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft findet nicht statt.
16 Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 11 Rn. 420.
17 Uhlenbruck/*Hirte*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 11 Rn. 394 m.w.N.
18 Überblick bei *Kirchhoff* in HK-InsO, 5. Aufl. 2008, § 12 Rn. 3.
19 BGBl. I 2008, S. 2426 ff.
20 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.08.1999, 19 Sa 65/99, NZI 2000, 601.
21 MünchKommInsO-*Ganter*, 2. Aufl. 2007, § 3 RdNr. 7.
22 Uhlenbruck/*Pape*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 3 Rn. 11.
23 Ganz herrschende Ansicht, MünchKommInsO-*Ganter*, 2. Aufl. 2007, § 3 RdNr. 27.
24 Uhlenbruck/*Pape*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 3 Rn. 15, 18.

Im Rahmen von Konzerninsolvenzen ist mangels Insolvenzfähigkeit des Konzerns grundsätzlich jeweils auf örtliche Zuständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaft abzustellen. 22

B. Insolvenzgründe

Ist der Antrag zulässig, schließt sich im dann folgenden Eröffnungsverfahren – nach der bei einem Gläubigerantrag vorgeschriebenen Anhörung des Schuldners gem. § 14 Abs. 2 InsO (vgl. auch § 15 Abs. 2 Satz 3 InsO für die Antragstellung durch GmbH-Gesellschafter oder den AG-Aufsichtsrat) – die Prüfung der Begründetheit des Insolvenzantrages an. Hier wird überprüft, ob ein Insolvenzgrund tatsächlich vorliegt. 23

I. Zahlungsunfähigkeit

Allgemeiner Eröffnungsgrund ist die Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 Abs. 1 InsO. Dieser allgemeine Eröffnungsgrund gilt sowohl für den Eigen- als auch für den Gläubigerantrag und greift bei allen Arten von Rechtsträgern. Zahlungsunfähigkeit ist gem. § 17 Abs. 2 InsO gegeben, wenn der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen Gemeint ist hier ausschließlich eine Geldilliquidität. Ob der Schuldner Lieferpflichten nicht erfüllen kann, ist erst relevant, wenn sich die der ursprüngliche Erfüllungsanspruch, etwa wegen Verzuges, in einen Schadenersatzanspruch umwandelt. Die Zahlungspflichten müssen fällig sein, d.h. es muss nicht nur Fälligkeit i. S. von § 271 BGB vorliegen, sondern die Forderungen müssen auch rechtlich durchsetzbar, also insbesondere frei von Einwendungen und Einreden, sein. 24

Es reicht allerdings nicht schon jeder Liquiditätsengpass um eine Zahlungsunfähigkeit zu begründen. Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale der Zahlungsunfähigkeit sind die mangelnde Fähigkeit des Schuldners, seine Verbindlichkeiten zu einem „Wesentlichen Teil“ „dauerhaft“ nicht mehr erfüllen zu können. Dadurch soll verhindert werden, dass bereits ganz geringfügige Liquiditätslükken ein Unternehmen zu einem Insolvenzantrag zwingen, obwohl lediglich eine kurzfristige sog. Zahlungsstockung vorliegt. Wie diese von der Zahlungsunfähigkeit abzugrenzen ist, hat der Bundesgerichtshof in seiner Grundsatzentscheidung vom 24. Mai 2005[25] im Wesentlichen klargestellt. Zahlungsunfähigkeit stellt sich danach immer als Zeitraum-Illiquidität dar, die anhand objektiver Umstände zu ermitteln ist. Kann der Schuldner zu einem bestimmten Zeitpunkt seine Verbindlichkeiten nicht mehr vollständig bezahlen, so ist anhand einer Prognose zu ermitteln, ob die aufgetretene Liquiditätsunterdeckung binnen eines angemessenen Zeitraums von maximal drei Wochen wieder beseitigt werden kann. Dafür ist regelmäßig eine sog. Liquiditätsbilanz aufzustellen, die die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu den in diesem Zeitpunkt fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten setzt.[26] Beträgt die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10 % seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, so ist regelmäßig von einer Zahlungsfähigkeit des Schuldners auszugehen. Andernfalls ist regelmäßig von einer Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig beseitigt wird und daher den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist. Im Einzelfall kann aber auch bei einer Liquiditätslücke nahe der 9 % und einer allgemein schlechten Zukunftsprognose bspw. wegen aussichtsloser Wettbewerbssituation sein bereits von einer Zahlungsunfähigkeit auszugehen sein.[27] 25

25 BGH, Urteil v. 24.05.2005, IX ZR 123/04, NJW 2005, 3062.
26 BGH, Urteil v. 12.10.2006, IX ZR 228/03, NZI 2007, 36.
27 So im zugrunde liegenden Sachverhalt des BGH-Urteils v. 24.05.2005, IX ZR 123/04, NJW 2005, 3062.

26 Der Fachausschuss Sanierung und Insolvenz des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat auf der Grundlage der vorgenannten BGH-Entscheidung den Prüfungsstandard PS 800 zur Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit von Unternehmen in 2009 neugefasst,[28] welche praktische Handlungsanweisungen für die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit erhalten.

2

27 Beim Gläubigerantrag, der nach dem o.g. auch immer die Glaubhaftmachung eines Eröffnungsgrundes verlangt, stellt sich das Problem, dass der Gläubiger in der Regel keinen hinreichenden Einblick in die finanzielle Situation des Schuldners hat. Weder kennt er die Gesamtsumme seiner Außenstände, noch kann er genau ersehen, wem gegenüber und in welcher Höhe sich der Schuldner mit seinen Zahlungen noch im Rückstand befindet. Hier hilft die gesetzliche Regelvermutung des § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO, wonach bei Zahlungseinstellung bis zum Nachweis des Gegenteils von der Zahlungsunfähigkeit auszugehen ist. Zahlungseinstellung ist dasjenige Verhalten, in dem sich typischerweise die Zahlungsunfähigkeit ausdrückt und aufgrund dessen für die beteiligten Verkehrskreise der berechtigte Eindruck entsteht, dass der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen und eingeforderten Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen.[29]

28 Nicht erforderlich ist, dass der Schuldner sämtliche Zahlungen eingestellt hat. Es reicht sogar aus, wenn der Schuldner noch einzelne, sogar beträchtliche Summen leistet, soweit das Unvermögen zur Zahlung den wesentlichen Teil der Verbindlichkeiten betrifft. Erklärt der Schuldner gegenüber dem Gläubiger, seine fällige Verbindlichkeit nicht begleichen zu können, so ist dies ein wesentliches Indiz für die Zahlungseinstellung.[30] Dies gilt auch dann, wenn der Schuldner den Gläubiger zugleich um Stundung der Forderung, also um ein Hinausschieben der Fälligkeit auf einen späteren Zeitpunkt, bittet, denn eine Stundung vermag eine Zahlungsunfähigkeit grundsätzlich nur zu verhindern, wenn sie vor Fälligkeit gewährt wird. Grund dafür ist, dass eine einmal eingetretene Zahlungsunfähigkeit erst wieder beseitigt wird, wenn Zahlungen an die Gläubigergesamtheit insgesamt wieder aufgenommen werden – hiefür trägt der Schuldner im Zweifelsfall die Darlegungs- und Beweislast.[31] Die Stundung eines einzelnen Gläubigers nützt dann nicht mehr. Weitere äußere Anzeichen für eine Zahlungseinstellung sind etwa schleppende Gehaltszahlungen, das Vorliegen von Wechselprotesten oder Scheckrückgaben und insbesondere die Nichtzahlung von Sozialabgaben, da solches Verhalten gemäß § 266a Abs. 1 StGB strafbewehrt ist.[32]

29 In der Praxis ist regelmäßig die Feststellung der Fälligkeit der Forderungen gegenüber dem Schuldner im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO entscheidend für das tatsächliche Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit. Danach ist eine Forderung fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille vom Schuldner Zahlung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt. Danach werden Forderungen, deren Gläubiger sich mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung bereiterklärt haben, nicht als fällige Verbindlichkeiten im Rahmen der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners berücksichtigt.[33] Der Bundesgerichtshof hält insoweit an seiner Rechtsprechung zum Erfordernis des sog. „ernsthaften Einforderns" weiterhin fest. Eine sogen. Stillhaltevereinbarung („pactum non petendo") – die keine Stundung im Rechtssinne enthalten muss – reicht insoweit aus, um diese Forderung mangels „ernsthaften Einforderns" nicht im Rahmen der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen.[34]

28 FN-IDW 2009, 161 ff.
29 BGH, Urteil v. 12.10.2006, IX ZR 228/03, NZI 2007, 36; *Pape*, WM 2008, 1949.
30 BGH, Urteil v. 20.12.2007, IX ZR 93/06, NZI 2008, 231.
31 BGH, Urteil v. 20.12.2007, IX ZR 93/06, NZI 2008, 231.
32 Weitere Beispiele bei *Pape*, WM 2008, 1949.
33 BGH, Beschluss v. 20.07.2007, IX ZB 36/07, NZI 2007, 579.
34 BGH, Urteil v. 20.12.2007, IX ZR 93/06, NZI 2008, 231; BGH, Urteil v. 14.05.2009, IX ZR 63/08, NZI 2009, 471; vgl. hierzu auch die Anm. von *Schulz*, ZIP 2009, 2281.