

Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit: Berücksichtigung nachrangiger und strittiger Forderungen



RA Dr. Felix Loewit

Rechtsanwalt bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH



RA Mag. Miriam Simsa

Partner bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH

Die Beurteilung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO stellt Berater – Rechtsanwälte wie Buchsachverständige gleichermaßen – nicht selten vor Probleme.¹ Das liegt unter anderem daran, dass der Begriff der Zahlungsunfähigkeit maßgeblich von der Rechtsprechung definiert wurde und für bestimmte Einzelfälle keine klare Einordnung ermöglicht. Gerade bei nachrangigen und strittigen Forderungen ist unklar, unter welchen Voraussetzungen diese bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung beachtlich sind. Diese Frage wird im vorliegenden Beitrag näher untersucht.

1. Einleitung

Obwohl das österreichische Insolvenzrecht für juristische Personen, Verlassenschaften und verdeckte Kapitalgesellschaften mit der Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO und der Überschuldung iSd § 67 IO zwei Insolvenzgründe vorsieht, werden die überwiegenden Insolvenzverfahren erfahrungsgemäß aufgrund von Zahlungsunfähigkeit beantragt. Grund dafür mag sein, dass sich die vorhandene oder eben fehlende Liquidität unmittelbar im operativen Betrieb auswirkt, wohingegen die insolvenzrechtliche Überschuldung als reine Rechengröße, die noch dazu durch das Tatbestandselement der „negativen Fortbestehensprognose“ verkompliziert wird, weniger „spürbar“ ist. Die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit – grob: die Gegenüberstellung der liquiden Mittel und der fälligen Verbindlichkeiten – ist zumeist auch wesentlich einfacher als die Beurteilung der Überschuldung.

Doch auch bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit stellt sich bisweilen die Frage, ob eine bestimmte Forderung

berücksichtigt werden muss oder ob diese Forderung noch außer Acht gelassen werden darf. Dies gilt insbesondere für nachrangige und strittige Forderungen.

2. Begriff der Zahlungsunfähigkeit

Das Gesetz regelt die Zahlungsunfähigkeit nur sehr oberflächlich: § 66 IO bestimmt, dass wegen Zahlungsunfähigkeit ein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. Eine solche Zahlungsunfähigkeit ist gemäß § 66 Abs 2 IO anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt. Ein Andrängen der Gläubiger ist keine Voraussetzung für die Zahlungsunfähigkeit. Viel mehr Gehalt ist der IO zum Antragsgrund der Zahlungsunfähigkeit nicht zu entnehmen.²

Die Rechtsprechung hat diese vagen Bestimmungen zur Zahlungsunfähigkeit konkretisiert: Danach liegt Zahlungsunfähigkeit (nur) dann vor, wenn ein nicht bloß vorübergehender, sondern dauernder Mangel an Zahlungsmitteln besteht, der den

Schuldner hindert, (alle) seine fälligen Schulden zu bezahlen.³ Die Fälligkeit richtet sich grundsätzlich nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln.⁴ Erst künftig fällig werdende Schulden sind nicht zu berücksichtigen.⁵ Die bereiten Zahlungsmittel sind somit zum jeweiligen Stichtag den fälligen Verbindlichkeiten gegenüberzustellen (Finanzstatus).⁶

Durch das Element der Dauer unterscheidet sich die Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung: Der OGH führt dazu aus, dass Zahlungsunfähigkeit (erst) dann vorliegt, wenn der Schuldner mehr als 5 % seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht begleichen kann⁷ und sich die erforderlichen Mittel nicht binnen angemessener Frist verschaffen kann.⁸ Die angemessene Frist wird grundsätzlich mit 3 Monaten bemessen, kann im Einzelfall aber davon abweichen.⁹ Sind die Kriterien für die Zahlungsunfähigkeit nicht erfüllt, so liegt bei Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners eine reine Zahlungsstockung vor, die nicht zur Insolvenzantragstellung verpflichtet.¹⁰

3. Nachrangige Forderungen in der Zahlungsunfähigkeitsprüfung

3.1. Überblick

In der Praxis finden sich verschiedene Varianten der „Nachrangigkeit“ von Forderungen. Grob unterscheiden lassen sich die gesetzliche und die vertragliche Nachrangigkeit. Erstere liegt insbesondere bei einer Umqualifizierung eines Gesellschafterdarlehens nach dem EKEG vor. Zweitere findet sich in unterschiedlichen Ausgestaltungen und wird zwischen Schuldner und Gläubiger (und bisweilen Dritten) vereinbart. Häufig ist idZ etwa ein (überschuldungsvermeidender) qualifizierter Rangrücktritt nach § 67 Abs 3 IO. Daneben werden aber auch sogenannte „einfache Nachrangigkeit“ iSd § 57a IO oder überhaupt nur eine „Intercreditor-Nachrangigkeit“ vereinbart, die nur zwischen bestimmten Kreditgebern zum Tragen kommt und nicht generell zugunsten aller anderen Gläubiger gilt.¹¹ Oft werden dabei Forderungen zB nur bis zur Erfüllung bestimmter Bankkredite nachrangig gestellt oder eben nur im Verhältnis zu einem anderen Bankkredit.

3.2. Vertraglich nachrangige Forderungen

3.2.1. Spielarten

Eine „einfache Nachrangigkeit“ kann sich aus einer entsprechenden Vereinbarung ergeben.¹² Der Gläubiger tritt dabei mit seinen Ansprüchen im Rang zurück, indem er erklärt, in der Insolvenz (uU auch in der Liquidation) des Schuldners erst Befriedigung zu verlangen, wenn alle nicht nachrangigen Gläubiger befriedigt wurden.¹³ Durch zulässige Parteienabrede, die die Befriedigungsreihenfolge der Gläubiger modifiziert, wird damit vom Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz abgegangen.¹⁴

Nach hM stellen Forderungen nachrangiger Gläubiger iSd § 57a IO eine eigene Forderungskategorie dar und sind nicht unter die Insolvenzforderungen zu subsumieren.¹⁵ Durchzusetzen sind nachrangige Forderungen – unabhängig davon, ob sie tatsächlich eine eigene Forderungskategorie darstellen – aber grundsätzlich gleich wie Insolvenzforderungen. Allerdings gilt die wichtige verfahrensrechtliche Besonderheit, dass eine

nachrangige Forderung nur angemeldet werden kann, wenn das Gericht hierzu gesondert aufruft (§ 57a Abs 2 IO).¹⁶

Die Ausgestaltung vertraglicher Nachrangerklärungen ist jedoch vielfältig. Auch der Zweck solcher Nachrangerklärungen variiert. In der Praxis werden Nachrangerklärungen häufig von einem Gesellschafter im Zusammenhang mit der Aufnahme eines Bankkredits abgegeben. Die Bank möchte damit sicherstellen, dass der Gesellschafter erst nach der Rückzahlung des Bankkredits bedient wird. Der Schutz anderer Gläubiger wird damit nicht bezweckt, sodass in diesen Fällen nicht einmal ein einfacher insolvenzrechtlicher Nachrang iSd § 57a IO besteht. Gleiches gilt, wenn etwa ältere Verbindlichkeiten zugunsten einer neuen Finanzierung nachrangig gestellt werden. Was im Einzelfall gewollt ist, kann fraglich sein. Die Auswirkung eines vertraglichen Nachrangs ist daher nach dem Wortlaut der Nachrangerklärung und dem Parteiwillen zu prüfen.¹⁷

Ein Rangrücktritt nach § 67 Abs 3 IO führt demgegenüber stets dazu, dass eine Verbindlichkeit zumindest im Überschuldungsstatus nicht anzusetzen ist. Dafür muss der Gläubiger erklären, dass Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals (§ 225 Abs 1 UGB) oder im Falle der Liquidation erst nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt wird und dass wegen dieser Verbindlichkeit kein Insolvenzverfahren eröffnet werden muss.¹⁸

3.2.2. Bedeutung bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung

Im Hinblick auf die Zahlungsunfähigkeit ist bei all diesen Nachrangabreden zu prüfen, ob die zugrundeliegende Forderung fällig ist (siehe oben bei 2). Aus einem Rangrücktritt allein kann nämlich nicht geschlossen werden, dass der Rückzahlungsanspruch automatisch gestundet werden soll.¹⁹ Auch bei Fälligkeit eines nachrangigen Zahlungsanspruchs ist die Forderung bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung miteinzubeziehen.²⁰

Eine Nachrangabrede kann aber ausnahmsweise den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit verhindern, wenn sie im Einzelfall so ausgestaltet ist, dass die Forderung nicht fällig oder durchsetzbar ist.²¹ Das ist vor allem bei qualifizierter Nachrangigkeit iSd § 67 Abs 3 IO – insbesondere wenn dadurch materielles Eigenkapital begründet werden soll – der Fall, solange negatives Eigenkapital vorliegt.²²

Aber auch bei sonstigen Nachrangabreden kann eine Stundung mitvereinbart sein. Lautet eine Vereinbarung etwa: „Die Forderungen der Gesellschafter sind erst nach vollständiger Rückführung der Kredite der XY Bank zurückzuführen“, so ist davon auszugehen, dass die betroffene Forderung vor vollständiger Rückführung des relevanten Bankkredites nicht fällig ist – unabhängig davon, ob sie im Insolvenzverfahren nachrangig wäre.

3.3. EKEG-verfangene Forderungen

Ist ein Darlehen indes eigenkapitalersetzend und unterliegt der Rückzahlungsanspruch deshalb der vorinsolvenzlichen Rückzahlungssperre gem § 14 EKEG, hat die Forderung bei Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit außer Betracht zu bleiben.²³

Der Gläubiger einer eigenkapitalersetzenden Forderung darf seine Forderung samt Zinsen nämlich so lange nicht zurückfordern, solange die Schuldnerin nicht nachhaltig saniert ist.²⁴ Wird die Forderung trotzdem zurückgezahlt, so besteht ein unmittelbar fälliger Rückerstattungsanspruch der Schuldnerin.²⁵ Ob dieser Rückerstattungsanspruch bei erfolgter „verbotener“ Rückzahlung bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft als „parat“ angesetzt werden kann, hängt uE auch von der Bonität des Gesellschafters ab. Ist dieser bonitätsstark und bestreitet den Rückerstattungsanspruch nicht,²⁶ so kann die Forderung als parates Zahlungsmittel berücksichtigt werden.²⁷ Bei Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit des Gesellschafters ist der Rückerstattungsanspruch als fällige Verbindlichkeit indes voll zu berücksichtigen.

3.4. Fazit zu nachrangigen Forderungen

Bei nachrangigen Forderungen bestimmt nicht zwingend die Qualität des Nachrangs die Behandlung der Forderung bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit, sondern vor allem die Frage, ob die nachrangige Forderung (gerade außerhalb eines Insolvenzverfahrens) gestundet wird. In den vielen Fällen in der Praxis können nachrangige Forderungen bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit außer Acht bleiben.

4. Strittige Forderung in der Zahlungsunfähigkeitsprüfung

4.1. Allgemeines

Streitverfangene Forderungen sind nach der herrschenden Lehre²⁸ und Judikatur des OLG Wien²⁹ bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Dies trägt dem Grundsatz Rechnung, dass das Insolvenzverfahren nicht einen Zivilprozess „ersetzen“ soll. Ist eine Forderung strittig, so ist darüber in einem ordentlichen Zivilverfahren zu entscheiden.³⁰ Gleiches muss uE gelten, wenn die Forderung vom Gläubiger noch nicht einmal eingeklagt wurde und daher bislang vom Schuldner nur außergerichtlich bestritten wurde.³¹

Die grundsätzliche Nichtberücksichtigung strittiger Forderungen folgt daraus, dass die Zahlungsunfähigkeit stichtagsbezogen zu beurteilen ist und die (gerichtliche) Bestreitung dazu führt, dass der Kläger die Forderung nicht in das Vermögen des Schuldners vollstrecken kann. Ob der Schuldner zahlen muss und der Kläger vollstrecken kann, liegt daher in der Zukunft und ist von einer Prognose des Prozessausgangs abhängig.³² Darauf, ob die Forderung letztlich zu Recht oder zu Unrecht bestritten wird, kommt es nicht an. Streitverfangene Forderungen sollen daher nur ausnahmsweise berücksichtigt werden, wenn mit ihrer Durchsetzbarkeit in Kürze zu rechnen ist,³³ etwa weil das Finanzamt mit einem vollstreckbaren Rückstandsausweis Exekution führen wird.³⁴

4.2. Mindestanforderungen an Bestreitung: Reicht auch „mutwilliges“ Bestreiten?

Offen ist die Frage, ob eine Bestreitung auch substantiiert und erfolgsversprechend sein muss oder ob sogar eine „mutwillige Bestreitung“ (iSd § 408 ZPO) ausreicht, um eine Forderung bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit außer Acht lassen zu können.

Ein Blick über die Grenze offenbart zunächst „nur“, dass diese Frage auch in Deutschland noch nicht endgültig geklärt sein dürfte: Bisweilen wird zwar die „Ernsthaftigkeit“ der Bestreitung gefordert.³⁵ Die Forderung sei demnach nur dann nicht zu berücksichtigen, wenn sie substantiiert bestritten wird.³⁶ Der BGH scheint jüngst aber sogar noch weiter zu gehen und gar eine rein objektive (materielle) Betrachtung hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit zum maßgeblichen Zeitpunkt anzustellen.³⁷ Zum Teil wird jedoch auch vertreten, dass je nach „Erfolgswahrscheinlichkeit“ der Bestreitung Abschlüsse vom Nennwert zu machen sind, dh die Forderung nur mit einem Prozentbetrag zu berücksichtigen ist.³⁸

In Österreich hat sich jüngst *Karollus*³⁹ zu dieser Problemstellung geäußert: Er vertritt die Auffassung, dass es auf die Erfolgsaussichten einer Bestreitung nicht ankommt.⁴⁰ Selbst mutwillige Bestreitungen sollen dazu führen, dass eine Forderung bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen ist. Das ist insofern nachvollziehbar, als es bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit in der Tat nicht darum geht, welche Forderungen insgesamt gegen den Schuldner bestehen, sondern nur darum, welche Forderungen aktuell zu begleichen sind. Die gleichsam aufschiebende Wirkung des Zivilprozesses greift auch unabhängig von der „Qualität der Bestreitung“. Die Ansicht hat ferner für sich, dass sie möglichst weitgehende Rechtssicherheit schafft. Denn wird nicht auf die wahrscheinlichen Erfolgschancen einer Bestreitung abgestellt, stellt sich zB auch nicht die Frage, ob eine bestrittene Forderung vollständig oder nur quotall bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen ist (und wenn ja, in welcher Höhe?). Eine solche Aliquotierung nach Erfolgswahrscheinlichkeit würde in der Praxis zu ganz erheblichen Unsicherheiten führen und ist daher abzulehnen.⁴²

Dafür, dass eine Forderung – zumindest teilweise – „ernsthaft“ bestritten werden (können) muss, um bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit außer Betracht zu bleiben, spricht indessen das Ziel der IO, durch eine frühzeitige Verfahrenseröffnung eine geordnete und gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger sicherzustellen und im Interesse des Rechtsverkehrs eine fortgesetzte Teilnahme von Schuldner mit erheblichen Liquiditätsschwierigkeiten am Rechts- und Geschäftsverkehr zu verhindern.⁴³ Ein Schuldner soll den Instanzenzug wohl auch nicht dazu benutzen (können), die rechtskräftige Feststellung der Verbindlichkeit und damit die Insolvenzantragspflicht zu verhindern.⁴⁴ In derartigen Fällen des Rechtsmissbrauches⁴⁵ erscheint es daher zumindest fragwürdig, ob die „bestrittene“ Forderung nicht etwa doch – nach einer objektiven Betrachtungsweise – zu berücksichtigen ist. ■

1 Vgl auch *Aigner/Bräumann/Kofler/Tumpel*, Die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit, ZWF 2018, 133; *Bachl*, Die Feststellung der (objektiven) Zahlungsunfähigkeit, Sachverständige 2015, 18.

2 Diese Entscheidung hat der Gesetzgeber durchaus bewusst getroffen (Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 64; ähnlich ErlRV 3 BlgNR 15. GP 49).

- 3 RIS-Justiz RS0064528; 8 Ob 118/11b; 3 Ob 99/10w; 2 Ob 117/12p.
- 4 Relevant ist die vertragliche oder gesetzliche Fälligkeit. Nicht eine allfällig längere Frist, binnen derer der Schuldner „für gewöhnlich“ zahlt.
- 5 8 Ob 624/88; 3 Ob 99/10w.
- 6 *Karollus*, Zwei Fragen zur Zahlungsunfähigkeit, in *Festschrift Weilinger* (2025) 387 (388).
- 7 RIS-Justiz RS0126559.
- 8 RIS-Justiz RS0126561.
- 9 8 Ob 117/15m; 3 Ob 99/10w; *Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer*, Insolvenzzordnung² (2022) § 66 Rz 22.
- 10 Bei drohender Zahlungsunfähigkeit kann jedoch gem § 167 IO ein Sanierungsverfahren beantragt werden.
- 11 Siehe zB *Frizberg*, Nachrangige Forderungen im Insolvenzverfahren (2021) 33 f; *Trenker*, Rechtsgrundlagen und Begriff nachrangiger Forderungen, in *Konecny*, Insolvenzf-Forum 2019 (2021) 161 (172 f); *Pateter/Pirker*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 217 (217).
- 12 Vgl *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 67 KO Rz 109; *Kalss/Schauer*, ÖBA 2002, 347 (348); *Mohr in Dellinger/Mohr*, EKEG (2004) § 57a KO Rz 2; *Katzmayr in KLS*, IO² § 57a Rz 3; *Told*, GeS 2012, 333 (334); *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 33.
- 13 Siehe bloß *Pateter/Pirker*, ZIK 2015, 217.
- 14 *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 33; vgl auch *Fidler in Konecny/Trenker*, Insolvenzgesetze § 57a IO Rz 66 ff.
- 15 *Mohr in Dellinger/Mohr*, EKEG § 57a KO Rz 6; *ders*, GeS 2003, 428 (428 f); *Vogt in Schopper/Vogt* § 57a KO Rz 4; *Fellner/Mutz*, EKEG (2004) 127; *Kalss in Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz 9 (50); *Katzmayr in KLS*, IO² § 57a Rz 13; aA zB *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 66 ff.
- 16 ErlRV 124 BlgNR 22. GP 16.
- 17 *Schumacher in Buchegger II/2⁴* § 66 KO Rz 39; *Pateter/Pirker*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, 217 (218).
- 18 In diesem dritten Punkt unterscheidet sich die Erklärung nach § 67 Abs 3 IO wesentlich von den Rechtsfolgen des § 14 EKEG.
- 19 *Loewit*, Die stille Gesellschaft in der Krise und Insolvenz (2023) 184 FN 1007; vgl idS auch *Mock*, NZI 2014, 102 (103).
- 20 Dazu allgemein *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 29; vgl auch *Mock in Uhlenbruck*, InsO¹⁶ (2025) § 17 Rz 80 ff.
- 21 *Schopper in Haberer/Krejci*, Konzernrecht (2016) Rz 16.62.
- 22 *Loewit*, Stille Gesellschaft 184 mwN; vgl idS auch *Schopper in Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 16.62; *Schumacher in KLS*, IO² § 66 Rz 13; vgl auch *Schumacher in Buchegger II/2⁴* § 66 KO Rz 39; *Mock/Ziskovsky*, Die bilanzielle Behandlung des (qualifizierten) Rangrücktritts, RWZ 2020, 314.
- 23 OLG Wien 28 R 118/12x ZIK 2012, 232; 6 R 4/24p; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 29 f; *Schumacher in KLS*, IO² § 70 Rz 25; *Loewit*, Stille Gesellschaft 184; für eine reine Zwangsstundung *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 8; offenlassend 17 Ob 14/24v.
- 24 Gemäß herrschender Lehre ist dabei nicht auf das Erreichen der URG-Kennzahlen, sondern auf die Beseitigung des betriebswirtschaftlichen Reorganisationsbedarfs gem § 1 URG zu abzustellen.
- 25 Vgl *Mohr in Dellinger/Mohr*, EKEG § 14 Rz 19.
- 26 Vgl jüngst 6 Ob 106/25v.
- 27 *Schumacher in Buchegger II/2⁴* § 66 KO Rz 53.
- 28 *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, II/2⁴ § 66 KO Rz 18; *ders in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO² § 66 Rz 4; *Karollus in FS Weilinger* 387 (390).
- 29 28 R 247/13v ZIK 2014, 64; 28 R 107/16k ZIK 2017, 113.
- 30 Vergleiche zur Antragstellung durch den Gläubiger einer strittigen Forderung in D BGH IX ZR 229/22.
- 31 IdS auch KFS/BW 7 Rz 55.
- 32 *Karollus in FS Weilinger* 387 (390 f).
- 33 Ein Nicht-Berücksichtigen einer solchen Schuld kann dann argumentierbar sein, wenn zwischen Gläubiger und Schuldner eine Vereinbarung über die Verwendung des Exekutionstitels vorliegt – also zB vereinbart wurde, dass

Resümee

Ob nachrangige oder strittige Forderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen sind, lässt sich nicht pauschal beantworten – es kommt stets auf den Einzelfall an.

Bei nachrangigen Forderungen ist entscheidend, ob die konkrete Nachrangabrede die Fälligkeit oder Durchsetzbarkeit der Forderung ausschließt. Ist das der Fall – etwa bei negativem Eigenkapital und einer qualifizierten Nachrangabrede idS § 67 Abs 3 IO oder wenn die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG greift – bleibt die Forderung außer Betracht.

Bei strittigen Forderungen ist die Rechtslage weniger klar. Fest steht aber immerhin, dass „ernsthaft“ bestrittene Forderungen nicht in die Zahlungsunfähigkeitsprüfung einzubeziehen sind. Ob dabei auf die formale Bestreitungswirkung oder auf die inhaltliche Qualität der Bestreitung abzustellen ist, bleibt jedoch offen. Auch die Frage, wie mit einer „mutwilligen“ Bestreitung zur Umgehung der Insolvenzantragspflicht umzugehen ist, ist nicht abschließend geklärt. Mehr Gewissheit werden erst künftige Rechtsprechung und Lehre schaffen können.

ein Exekutionstitel erst nach Ablauf einer bestimmten Frist verwendet werden darf. In dem Fall kann uMn eine einer Stundung ähnliche Vereinbarung vorliegen, die ein Nichtberücksichtigen der Schuld, selbst bei Bestehen eines Exekutionstitels, rechtfertigen kann.

- 34 *Schumacher in KLS*, IO² § 66 Rz 4 mwN; vgl jüngst auch BGH IX ZR 229/22.
- 35 Vgl auch BGH IX ZR 229/22 mwN; IX ZB 38/24 (Insolvenzgericht soll nicht Bestand „ernsthaft bestrittener, rechtlich zweifelhafter Forderungen“ prüfen dürfen).
- 36 *Uhlenbruck*, Zahlungsunfähigkeit wegen vorläufig vollstreckbarer Zahlungstitel? ZInsO 2006, 338 (342); vgl auch BGH IX ZR 229/22 mwN.
- 37 BGH IX ZR 229/22: Für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kommt es auf die objektive Rechtslage an. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob Verbindlichkeiten tatsächlich bestehen und fällig sind. Ähnlich BGH II ZR 139/23. Praktisch wirft diese Ansicht freilich mehr Probleme auf, als sie Lösungen schafft.
- 38 So etwa *Mock in Uhlenbruck*, InsO¹⁶ § 17 Rz 136; *Ampferl/Kilper in Beck/Depré/Ampferl*, Praxis der Sanierung und Insolvenz⁴ (2023) § 2 Rz 42; eher ablehnend BGH IX ZR 229/22.
- 39 *Karollus in FS Weilinger* 387 (391).
- 40 Offenlassend für offensichtlich willkürliche Bestreitungen *Bachl*, Fachgutachten der Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zur Zahlungsunfähigkeit, ZIK 2019, 136 (138).
- 41 Auch die – möglicherweise gar unbegründete – Erwartung, dass das Verfahren bei mutwilligen Bestreitungen schneller beendet sein wird, begründet uE keine andere Behandlung der bestrittenen Forderung bei der Überprüfung der Zahlungsunfähigkeit.
- 42 Zur deutschen Rechtslage eher ablehnend BGH IX ZR 229/22.
- 43 BGH IX ZR 229/22; vgl auch RIS-Justiz RS0027441; 1 Ob 134/07y.
- 44 *Uhlenbruck*, ZInsO 2006, 338 (342).
- 45 Vgl auch RIS-Justiz RS0118268.