



OLIVER KÄLIN

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit

I. Einleitung

Den verwandten Begriffen *Zahlungsunfähigkeit*, *Zahlungseinstellung*, *Insolvenz* und *Überschuldung* ist gemeinsam, dass das Gesetz sie nicht definiert. Dennoch sind sie präsent, vor allem im SchKG, aber auch in der ZPO und im OR: Art. 174 Abs. 2 SchKG bestimmt, dass die Rechtsmittelinstanz das Konkurserkennnis aufheben kann, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft macht.¹ Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG legt fest, dass ein Gläubiger direkt das Konkursgesuch stellen kann, wenn der Schuldner seine Zahlungen *eingestellt* hat. Art. 191 Abs. 1 SchKG sieht die Möglichkeit des Schuldners vor, den Konkurs über sich selbst zu beantragen, indem er sich mittels *Insolvenzerklärung*² beim Gericht für *zahlungsunfähig* erklärt.³ Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO verlangt, dass der Kläger auf Antrag des Beklagten die Parteient-

schädigung sicherstellen muss, wenn er *zahlungsunfähig* erscheint. Auf die *Überschuldung* schliesslich stellt das Handelsrecht⁴ im Zusammenhang mit der Frage ab, wann die Unternehmensleitung das Gericht über die finanzielle Lage des Schuldners zu unterrichten hat.

Im geltenden Recht kommt der Zahlungsunfähigkeit als hauptsächlichem Konkursgrund bereits wesentliche Bedeutung zu.⁵ Der Vorentwurf zum revidierten Aktienrecht⁶ verstärkt dies: Die Zahlungsunfähigkeit soll eine zentrale Rolle in den OR-Sanierungsbestimmungen übernehmen.⁷ Der neue VE-Art. 725 OR löst verschiedene Rechtsfolgen aus, wenn der Gesellschaft die Zahlungsunfähigkeit droht:⁸ Hat der Verwaltungsrat Grund zur Annahme, dass die Gesellschaft in den nächsten zwölf Monaten zahlungsunfähig wird, muss er einen Liquiditätsplan erstellen und die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft «umfassend beurteilen».⁹ Ergibt sich aus dem

OLIVER KÄLIN, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

¹ Zudem muss der Schuldner den Urkundenbeweis für eine der drei Voraussetzungen in Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1–3 SchKG erbringen: dass die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt wurde (Ziff. 1), der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3).

² ALEXANDER BRUNNER/FELIX H. BOLLER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG, Art. 1–47 GSchG, Art. 51–58 AVIG, 2. A., Basel 2010, Art. 191 N 9; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 1138; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 38 Rz. 21 ff. Das Wort *Insolvenzerklärung* selbst kommt im SchKG nicht vor.

³ Oft machen nicht der Konkursbetreibung unterliegende Schuldner von der Insolvenzerklärung Gebrauch (sogenannter Privatkonkurs), um durch die Konkursöffnung weiteren Pfändungen zu entgehen, z.B. von Einkommen (MARIO RONCORONI, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar SchKG, 2. A., Basel 2014, Art. 191 N 6; KREN KOSTKIEWICZ, SchKG [FN 2], Rz. 1138 f.).

⁴ Art. 725 Abs. 2 OR für die AG, Art. 764 OR für die Kommandit-AG, Art. 820 Abs. 1 OR für die GmbH und Art. 903 Abs. 2 OR für die Genossenschaft; siehe auch Art. 753 Ziff. 3 OR (dazu hinten unter Titel V.A. a.E.).

⁵ Botschaft Aktienrecht 1991, BBl 1983 II 926 («Für die Aktiengesellschaft gelten zwei Konkursgründe: Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung.»); zum Ganzen auch PETER BREITSCHMID, Der Richter als Sanierer? Oder: Wer sagt, wann wer weshalb konkurs ist?, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 37–58, 43 ff.; siehe § 17 Abs. 1 der deutschen Insolvenzordnung: «Allgemeiner Eröffnungsgrund ist die Zahlungsunfähigkeit.»

⁶ Der Vorentwurf wurde am 28. November 2014 zusammen mit einem erläuternden Bericht auf der Webseite des Bundesamts für Justiz veröffentlicht (<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>).

⁷ Erläuternder Bericht vom 28. November 2014 (FN 6), 51 und 138.

⁸ So die Marginalie zu VE-Art. 725 OR («Drohende Zahlungsunfähigkeit»).

⁹ VE-Art. 725 Abs. 1 OR; erläuternder Bericht vom 28. November 2014 (FN 6), 138.

Liquiditätsplan¹⁰, dass *keine Zahlungsunfähigkeit droht*, hat der Verwaltungsrat den Liquiditätsplan dennoch von einem zugelassenen Revisor¹¹ prüfen zu lassen.¹² Ergibt sich hingegen, dass *Zahlungsunfähigkeit droht*, hat der Verwaltungsrat die Aktionäre zu informieren und ihnen Sanierungsmassnahmen zu beantragen.¹³

Damit sich bei den Verwaltungsratsmitgliedern ein Besorgnisgefühl einstellen kann, müssen ihnen zum einen die Merkmale auffallen, die auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit hindeuten und zum anderen muss ihnen der Begriff der Zahlungsunfähigkeit klar sein.

Die Zahlungsunfähigkeit soll im Folgenden konkretisiert werden. Dazu wird sie von den eingangs genannten verwandten Begriffen abgegrenzt. Für den *Umfang* der Zahlungsunfähigkeit wird beantwortet, ob ein Schuldner erst zahlungsunfähig ist, wenn ihm das Geld vollständig ausgeht oder bereits dann, wenn er zwar noch einen Teil seiner fälligen Schulden begleichen kann, aber nicht mehr genügend Mittel besitzt, um alle ausstehenden Beträge zu bezahlen. Für die *Dauer* der Zahlungsunfähigkeit ist zu beantworten, ab wann der anhaltende Zustand des Nicht-Zahlen-Könnens zur Zahlungsunfähigkeit mutiert.

II. Insolvenz und Illiquidität

Wenn gesagt wird, ein Schuldner sei insolvent, kann nach allgemeinem Sprachgebrauch darunter sowohl verstanden werden, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist, wie auch, dass eine Überschuldung vorliegt. Im Schrifttum werden die Begriffe *insolvent* und *zahlungsunfähig* bisweilen gleich verwendet.¹⁴ Weiter ist *Insolvenz* gebräuchlich als Oberbegriff für *Zahlungsunfähigkeit* und *Überschuldung*.¹⁵ Der Begriff des *Insolvenzverfahrens* dient als

Oberbegriff für das Konkursverfahren und das gerichtliche Nachlassverfahren.^{16,17}

In der Schweiz ist *Insolvenz* am ehesten als Synonym für *Zahlungsunfähigkeit* zu verstehen.¹⁸ Dies geht einher mit dem Begriff der *Insolvenzerklärung*, womit der Schuldner dem Gericht seine Zahlungsunfähigkeit mitteilt.

Ein weiteres Synonym für Zahlungsunfähigkeit ist *Illiquidität*.¹⁹

III. Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

Die Zahlungsunfähigkeit ist von der Überschuldung abzugrenzen.²⁰ Während die Zahlungsunfähigkeit auf die vorhandenen oder in kurzer Zeit beschaffbaren Geld-

HUNKELER, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar SchKG*, 2. A., Basel 2014, Art. 293 N 9; ZILTENER, *Sanierung* (FN 14), 185.

¹⁶ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, *Insolvenzrecht* (FN 15), Rz. 16; LUKAS BOPP, *Sanierungen im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz*, Diss., Schriftenreihe für Internationales Recht, Band 105, Basel 2004, 11; DANIEL HUNKELER, *Die Sanierungsphase mit Blick auf ein nachfolgendes Insolvenzverfahren*, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II*, Europa Institut Zürich, Zürich/Basel/Genf 2012, 19–30, 19; FRANCO LORANDI, *Grenzüberschreitende Aspekte in der Insolvenz – ausgewählte Fragen*, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II*, Europa Institut Zürich, Zürich/Basel/Genf 2012, 31–63, 32.

¹⁷ Für Deutschland versteht z.B. IRMTRAUT PAPE, in: Wilhelm Uhlenbruck/Heribert Hirte/Heinz Vallender, *Insolvenzordnung, Kommentar*, 14. A., München 2015, § 1 N 2, unter *Insolvenzrecht* die Summe aller Rechtsvorschriften, die den existenzbedrohenden Zustand des Schuldners regeln, und bezeichnet in N 3 als *Insolvenzverfahrensrecht* die Summe aller Regelungen, mit deren Hilfe die subjektiven Rechte der Gläubiger beim wirtschaftlichen Zusammenbruch eines Schuldners realisiert werden. Das österreichische Recht verwendet den Begriff des *Insolvenzverfahrens* als Oberbegriff für Konkurs- und Sanierungsverfahren (siehe die Marginalie zu § 1 der österreichischen Insolvenzordnung).

¹⁸ BRUNNER/BOLLER, *BSK SchKG II* (FN 2), Art. 191 N 1; ZILTENER, *Sanierung* (FN 14), 185 (Insolvenz im engeren Sinn).

¹⁹ MAX BOEMLE/CARSTEN STOLZ, *Unternehmensfinanzierung*, Band 1, Grundlagen und Kapitalbeschaffung, 14. A., Zürich 2010, 81; DUBACH, *ST 1997* (FN 14), 54; so auch das Verständnis in Deutschland: ULRICH SCHMERBACH, in: Klaus Wimmer (Hrsg.), *FK-InsO*, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. A., Köln 2013, § 17 N 31; SEBASTIAN MOCK, in: Wilhelm Uhlenbruck/Heribert Hirte/Heinz Vallender, *Insolvenzordnung, Kommentar*, 14. A., München 2015, § 17 N 7; ebenso das Verständnis in der Betriebswirtschaftslehre: GÜNTER WÖHE/JÜRGEN BILSTEIN/DIETMAR ERNST/JOACHIM HACKER, *Grundzüge der Unternehmensfinanzierung*, 11. A., München 2013, 25 ff.; HANS PAUL BECKER, *Grundlagen der Unternehmensfinanzierung*, München 2002, 23 f.

²⁰ F. WOLFHART BÜRGI, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband b/2, Art. 698–738, Zürich 1969, Art. 725 N 9; HANSPETER WÜSTNER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 4. A., Basel 2012, Art. 725 N 9; AMONN/WALTHER, *SchKG* (FN 2), § 38 Rz. 13.

¹⁰ VE-Art. 725 Abs. 2 OR; erläuternder Bericht vom 28. November 2014 (FN 6), 139.

¹¹ Beim zugelassenen Revisor wird es sich in aller Regel um die eigene Revisionsstelle handeln, sofern die Gesellschaft auf eine Revisionsstelle nicht verzichtet hat (siehe Botschaft Aktienrecht/Rechnungslegungsrecht 2007, BBl 2008 1690); Zulassungsvoraussetzungen von Revisoren und Revisionsunternehmen richten sich nach Art. 5 f. RAG; der erläuternde Bericht vom 28. November 2014 (FN 6), 139, verweist auf Art. 727a f. OR.

¹² VE-Art. 725 Abs. 3 OR; VE-Art. 725 Abs. 5 OR; erläuternder Bericht vom 28. November 2014 (FN 6), 139 f.

¹³ VE-Art. 725 Abs. 4 OR; erläuternder Bericht vom 28. November 2014 (FN 6), 139; bereits Botschaft Aktienrecht/Rechnungslegungsrecht 2007, BBl 2008 1689 f.

¹⁴ ALEXANDER DUBACH, *Handlungsalternativen des Verwaltungsrats bei Überschuldung der AG, Aussergerichtliche und gerichtliche Alternativen zum Konkurs*, ST 1997, 53–64, 54; siehe FELIX ZILTENER, *Sanierung – die Sicht eines Richters*, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen*, Europa Institut Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011, 181–20, 185; siehe auch VITO ROBERTO, *Rechtsprobleme bei Sanierungen – ein Überblick*, in: Vito Roberto (Hrsg.), *Sanierung der AG, Ausgewählte Fragen für die Unternehmenspraxis*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2003, 9–17, 9.

¹⁵ JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGO RODRIGUEZ, *Internationales Insolvenzrecht, Stämpfli-Skript*, Bern 2013, Rz. 11; DANIEL

mittel abstellt, muss die Überschuldung rechnerisch ermittelt werden: Sie liegt vor, wenn der Wert der Summe der Aktiven kleiner ist als der Wert des Fremdkapitals^{21, 22}. Während die Überschuldung bei Kapitalgesellschaften und der Genossenschaft einen (direkten) Konkursgrund darstellt,²³ führt die Zahlungsunfähigkeit indirekt in den Konkurs oder in die Pfändung,²⁴ nämlich dann, wenn der Gläubiger erfolgreich das Konkurs- oder das Pfändungsbegehren stellt.

Über den Umfang allfällig noch vorhandener Zahlungsmittel sagt die Überschuldung nichts aus. Umgekehrt gilt, dass eine Gesellschaft nicht überschuldet zu sein braucht, ihr aber dennoch das Geld fehlen kann, um fällige Rechnungen zu bezahlen.²⁵

Dass Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung gänzlich auseinanderfallen, wird in der Praxis allerdings die Ausnahme bleiben.²⁶

Nach Art. 958a Abs. 2 OR muss eine Gesellschaft allerdings dann, wenn ihr voraussichtlich in den nächsten 12 Monaten die Liquidität ausgeht, ihre Rechnungslegung von Fortführungswerten auf Veräusserungswerte umstellen. Da Veräusserungswerte (ausser im Fall von stillen Reserven) meist unter den Fortführungswerten liegen, dürfte das Umstellen der Rechnungslegung regelmässig dazu führen, dass die Gesellschaft überschuldet ist.

Denkbar wäre dennoch, dass ein zahlungsunfähiger Schuldner in einem Umfang über Aktiven verfügt, z.B. Liegenschaften oder Warenlager, die den Wert seiner Schulden übersteigen. Diesfalls wäre der Schuldner im Grundsatz kreditfähig.²⁷ Er könnte sich Liquidität be-

schaffen entweder durch Verpfändung von Vermögenswerten (z.B. Liegenschaften) oder durch deren Verkauf (z.B. gelagerte Waren).

Um festzustellen, ob eine Überschuldung vorliegt, muss der Wert der schuldnerischen Aktiven nach Fortführungs- und nach Veräusserungswerten bestimmt und beide Werte dem Betrag des Fremdkapitals gegenübergestellt werden.²⁸ Eine Überschuldung liegt nach Art. 725 Abs. 2 OR vor, wenn «*die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind*». Mit anderen Worten gilt eine AG²⁹ erst als überschuldet, wenn der Wert des Fremdkapitals sowohl die addierten Fortführungswerte wie auch die addierten Veräusserungswerte übersteigt.³⁰

Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung lösen unterschiedliche Rechtsfolgen aus: Ist eine Gesellschaft überschuldet, muss die Unternehmensleitung das Gericht benachrichtigen. Sofern keine Aussicht auf Sanierung besteht, wird der Konkurs eröffnet.³¹ Ist die Gesellschaft zahlungsunfähig, aber nicht überschuldet, besteht nach geltendem Recht keine Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts.³² Daran hält auch der Vorentwurf zum revidierten Aktienrecht fest.³³

IV. Inhalt der Zahlungsunfähigkeit

A. § 17 Abs. 2 der deutschen Insolvenzordnung

Im Gegensatz zum Schweizer Recht definiert das deutsche Recht den Begriff der Zahlungsunfähigkeit im Gesetz. In § 17 Abs. 2 der Insolvenzordnung³⁴ heisst es: «*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.*»³⁵

²¹ Das Fremdkapital bildet neben dem Eigenkapital die zweite Gruppe von Passiven und wird häufig als *Verbindlichkeiten* oder *Schulden* bezeichnet (KARL KÄFER, Berner Kommentar, Die kaufmännische Buchführung, 1. Teilband, Grundlagen und Artikel 957 OR, Bern 1981, Rz. 6.246); z.B. versteht Art. 960e Abs. 1 OR den Begriff der Verbindlichkeit im Sinne von *Schuld* («Verbindlichkeiten müssen zum Nennwert eingesetzt werden.»).

²² BÜRGI, ZK OR (FN 20), Art. 725 N 9; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 Rz. 746; ERIC HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürich 1997, Art. 725 N 1226; KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 2), Rz. 1147; BOEMLE/STOLZ, Unternehmensfinanzierung 1 (FN 19), 82; ZR 108 (2009) Nr. 14 Erw. 6; siehe ZR 86 (1987) Nr. 44 Erw. 3; siehe ferner die Zahlenbeispiele bei MAX BOEMLE/RALF LUTZ, Der Jahresabschluss, Bilanz, Erfolgsrechnung, Geldflussrechnung, Anhang, 5. A., Zürich 2008, 284 f.

²³ Art. 725 Abs. 2 OR für die AG, Art. 764 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR für die Kommandit-AG, Art. 820 Abs. 1 OR für die GmbH und Art. 903 Abs. 2 OR für die Genossenschaft.

²⁴ Je nachdem, ob der Schuldner nach Art. 39 SchKG der Konkursbetreibung unterliegt.

²⁵ Botschaft Aktienrecht/Rechnungslegungsrecht 2007, BBl 2008 1690.

²⁶ In diesem Sinn auch der erläuternde Bericht vom 28. November 2014 (FN 6), 141.

²⁷ Siehe BOEMLE/STOLZ, Unternehmensfinanzierung 1 (FN 19), 109; allgemein zu Kreditfähigkeit und Kreditwürdigkeit BECKER, Unternehmensfinanzierung (FN 19), 122 f.; WÖHE/

BILSTEIN/ERNST/HÄCKER, Unternehmensfinanzierung (FN 19), 221 f.

²⁸ Art. 725 Abs. 2 OR für die AG, Art. 764 Abs. 2 OR für die Kommandit-AG, Art. 820 Abs. 1 OR für die GmbH und Art. 903 Abs. 2 OR für die Genossenschaft.

²⁹ Was auch für andere Handelsgesellschaften und die Genossenschaft gilt (siehe die Verweise vorne in FN 23).

³⁰ HOMBURGER, ZK OR (FN 22), Art. 725 N 1235; WÜSTINER, BSK OR II (FN 20), Art. 725 N 29.

³¹ Art. 725a Abs. 1 OR für die AG, Art. 764 Abs. 2 OR für die Kommandit-AG, Art. 820 Abs. 1 OR für die GmbH und Art. 903 Abs. 5 OR für die Genossenschaft.

³² So das Zürcher Obergericht bereits in ZR 4 (1905) Nr. 29 Erw. 2, wo es im Zusammenhang mit einer überschuldeten Genossenschaft festhielt, dass der Vorstand verpflichtet sei, den Richter bei Überschuldung zu benachrichtigen, «nicht auch schon im Falle der Zahlungsunfähigkeit, die zwar mit der Überschuldung regelmässig gegeben sein wird, aber auch ohne diese und vor ihr eintreten kann»; BÜRGI, ZK OR (FN 20), Art. 725 N 9; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 22), § 13 N 748a.

³³ Siehe VE-Art. 725 Abs. 4 OR; erläuternder Bericht vom 28. November 2014 (FN 6), 139; siehe auch Botschaft Aktienrecht/Rechnungslegungsrecht 2007, BBl 2008 1690.

³⁴ Zum Text von § 17 Abs. 1 InsO vorne FN 5.

³⁵ Ähnlich die österreichische Insolvenzordnung § 66 Abs. 1: «Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens setzt voraus, dass der

Die deutsche Insolvenzordnung legt somit fest, was Zahlungsunfähigkeit bedeutet (dass der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen) und wann ein aussenstehender Dritter die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners annehmen kann (wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat). Die Unterscheidung zwischen Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung entspricht dem Schweizer Rechtsverständnis.

B. Dauernde und vorübergehende Zahlungsunfähigkeit

Analog zur Situation in Deutschland meint auch das Schweizer Recht mit dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit denjenigen Zustand, in dem der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen.³⁶ Dem Schuldner fehlen die nötigen Zahlungsmittel,³⁷ wozu neben dem Bargeld auch jederzeit beziehbare Bank- und Postguthaben gehören.³⁸ Der Schuldner vermag es zudem nicht mehr, sich die Zahlungsmittel kurzfristig zu beschaffen, zum Beispiel durch Darlehen von Dritten oder durch die Veräusserung von Vermögenswerten.³⁹

Schuldner zahlungsunfähig ist.» Abs. 2: «Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.» Allerdings Abs. 3: «Zahlungsunfähigkeit setzt nicht voraus, dass Gläubiger andrängen. Der Umstand, dass der Schuldner Forderungen einzelner Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt hat oder noch befriedigen kann, begründet für sich allein nicht die Annahme, dass er zahlungsfähig ist.»

³⁶ BGE 111 II 206 Erw. 1 («Erweislich zahlungsunfähig ist nach Lehre und Rechtsprechung, wer weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen»); BGer 5A_606/2014 Erw. 3.1; BGer 5A_642/2010 Erw. 2.4; ZR 97 (1998) Nr. 31 Erw. II.2.c.cc; AMONN/WALTHER, SchKG (FN 2), § 38 N 14; BRUNNER/BOLLER, BSK SchKG II (FN 2), Art. 191 N 2; ZILTNER, Sanierung (FN 14), 185; siehe KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 2), Rz. 1635, wonach die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners den Hauptgrund für die Einleitung des Nachlassverfahrens bildet; siehe auch MIGUEL SOGO, Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis, Habil., Zürich 2015, 52.

³⁷ Andere Bezeichnungen für Zahlungsmittel sind *flüssige Mittel* oder *liquide Mittel* (KARL KÄFER, Berner Kommentar, Die kaufmännische Buchführung, 2. Teilband, Artikel 958–964, Bern 1981, Art. 958 N 322; BOEMLE/LUTZ, Jahresabschluss [FN 22], 299).

³⁸ ERNST BOSSARD, Zürcher Kommentar, Die kaufmännische Buchführung, Art. 957–964 OR, Teilband V/6/3b, Zürich 1984, Art. 958 N 188; WÖHE/BILSTEIN/ERNST/HÄCKER, Unternehmensfinanzierung (FN 19), 60; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», herausgegeben von der Treuhand-Kammer (Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten), Zürich 2014, 125; BECKER, Unternehmensfinanzierung (FN 19), 16, spricht schlicht von *Geld* in Form von Bar- und Buchgeld.

³⁹ BGE 111 II 206 Erw. 1; SCHMERBACH, FK-InsO (FN 19), § 17 N 33; siehe UHLENBRUCK/MOCK, InsO (FN 19), § 17 N 42 ff.

Unbestritten ist, dass die Zahlungsunfähigkeit eine dauernde sein muss.⁴⁰ Keine Zahlungsunfähigkeit ist daher die *Zahlungsstockung*. Mit diesem Begriff aus dem deutschen Recht ist eine *vorübergehende* Zahlungsunfähigkeit gemeint.⁴¹ In der Schweiz ist der Begriff nicht gebräuchlich.

Um zu beurteilen, ob eine dauernde oder eine vorübergehende Zahlungsunfähigkeit vorliegt, stellt das Bundesgericht auf den Gesamteindruck der Zahlungsgewohnheiten des Schuldners ab. Der Schuldner gilt als zahlungsunfähig, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation erkennbar sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.⁴² Da es auf den äusseren Eindruck des Schuldners ankommt, stellt das Bundesgericht – wie das SchKG – nicht auf die Zahlungsunfähigkeit ab,⁴³ sondern auf die *Zahlungseinstellung* als das gegen aussen sichtbare Merkmal der Zahlungsunfähigkeit.⁴⁴ SchKG und Bundesgericht orientieren sich somit nicht an der tatsächlichen Begebenheit (Zahlungsunfähigkeit) und damit an der Frage, wie es in Wirklichkeit um den Schuldner steht, sondern an dem gegen aussen sichtbaren Anzeichen (Zahlungseinstellung) der Zahlungsunfähigkeit. Diese Regelung stimmt mit § 17 Abs. 2 InsO überein.

C. Zahlungseinstellung

Das SchKG erklärt den Begriff der Zahlungseinstellung nicht.⁴⁵ Dies, obschon es für die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung darauf abstellt (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).

Zum Wesen der Zahlungseinstellung hat das Bundesgericht festgehalten, dass es sich um eine Beweiserleich-

⁴⁰ BGER 2P.67/2003 Erw. 3.3 («Im Zwangsvollstreckungs- wie im Steuerrecht geht der Begriff der Zahlungsunfähigkeit notwendigerweise über ein bloss vorübergehendes Unvermögen des Schuldners, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen, hinaus. Es muss sich um einen dauerhaften Zustand handeln»); BGER 5P.312/2002 Erw. 3.3 («während längerer Zeit»); BGER 5A_439/2010 Erw. 4 («que le refus de payer est durable»); ebenso ZR 97 (1998) Nr. 31 Erw. II.2.c.cc.; erläuternder Bericht vom 28. November 2014 (FN 6), 138 («längerfristig»).

⁴¹ KARSTEN SCHMIDT, in: Karsten Schmidt, Kurzkomentar Insolvenzordnung, InsO mit EuInsO, 19. A., München 2016, § 17 N 24; UHLENBRUCK/MOCK, InsO (FN 19), § 17 N 26.

⁴² BGE 111 II 206 Erw. 1; BGER 5A_115/2012 Erw. 3; BGER 5A_642/2010 Erw. 2.4; BGER 5A_350/2007 Erw. 4.3.

⁴³ BGER 5A_709/2009 Erw. 4.3; anders noch Art. 183 aSchKG 1886, welcher auf die Zahlungsunfähigkeit abstellte: «Auf Begehren eines Gläubigers, der die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nachweist, kann der Konkurs (...) auch ohne vorgängige Betreibung verhängt werden» (BBl 1886 II 130).

⁴⁴ BGER 5A_367/2008 Erw. 4.1; BGER 5P.33/2002 Erw. 4; KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 2), Rz. 1133; BRUNNER/BOLLER, BSK SchKG II (FN 2), Art. 190 N 11; AMONN/WALTHER, SchKG (FN 2), § 38 Rz. 13; ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, 600; für Deutschland UHLENBRUCK/MOCK, InsO (FN 19), § 17 N 147; SCHMERBACH, FK-InsO (FN 19), § 17 N 38 ff.

⁴⁵ Ebenso wenig die deutsche Insolvenzordnung.

terung für den Gläubiger handelt, der nach Art. 8 ZGB die Voraussetzungen der Konkurseröffnung beweisen muss.⁴⁶

Wann eine Zahlungseinstellung vorliegt, hat das Bundesgericht wie folgt umschrieben: «Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht, Betreibungen gegen sich auflaufen lässt und dabei systematisch Rechtsvorschlag erhebt oder selbst kleine Beträge nicht mehr bezahlt. Mit solchem Verhalten zeigt der Schuldner, dass er nicht über genügend liquide Mittel verfügt, um seinen Verpflichtungen nachzukommen.»⁴⁷

Allerdings beschreibt das Bundesgericht die Zahlungsunfähigkeit mit praktisch den gleichen Worten.⁴⁸ Das erschwert ein Auseinanderhalten der beiden Begriffe.

Für den *Umfang* der Zahlungseinstellung hat das Bundesgericht entschieden, dass nicht erforderlich ist, dass der Schuldner alle Zahlungen einstellt. Es reicht, wenn sich die Nichtzahlung auf einen wesentlichen Teil der geschäftlichen Aktivitäten bezieht.⁴⁹ Sogar aus der Nichtbefriedigung einer einzelnen Schuld kann auf eine Zahlungseinstellung geschlossen werden, nämlich dann, wenn die Schuld bedeutend und die Zahlungsverweigerung dauernd ist.⁵⁰ Ebenso genügt es, wenn der Schuldner einen erheblichen Anteil seiner Schulden oder einen Hauptgläubiger nicht bezahlt.⁵¹ In welchem Umfang der Schuldner noch in der Lage sein muss, fällige Forderungen zu bezahlen, hat das Bundesgericht nicht festgelegt.

Bezüglich der *Zeitdauer* hat das Bundesgericht entschieden, dass die Zahlungseinstellung nicht bloss vorübergehender Natur sein darf, sondern auf unbestimmte Zeit erfolgen muss.⁵² Ab wann die vorübergehende Zahlungsunfähigkeit (Zahlungsstockung) zur dauernden Zahlungsunfähigkeit wird, hat das Bundesgericht bislang nicht entschieden, sondern lediglich festgehalten, dass es auf den Einzelfall ankommt.⁵³ Es existiert also kein Richtwert. Da es sich bei der Zahlungseinstellung zudem um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, verfügt das Konkursgericht über einen weiten Ermessensspielraum.⁵⁴

Zusammengefasst ist bis anhin nicht höchstrichterlich geklärt, ab welchem Umfang und ab welchem Moment bei einer Zahlungseinstellung davon ausgegangen werden kann, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist. Eben-

so hat das Bundesgericht für die Zahlungsunfähigkeit als innere Ursache der Zahlungseinstellung keine Mindestdauer und keinen Mindestumfang festgelegt.

V. Dauer und Umfang der Zahlungsunfähigkeit

A. Entscheid des deutschen BGH vom 24. Mai 2005

Der deutsche Bundesgerichtshof hat den Begriff der Zahlungsunfähigkeit in einem mehrfach bestätigten⁵⁵ Entscheid vom 24. Mai 2005 konkretisiert⁵⁶ und zweierlei entschieden:

(1) Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden *innert drei Wochen* zu bezahlen. Kann der Schuldner die benötigten Zahlungsmittel innert dieser Frist nicht beschaffen, muss die Zahlungsstockung als Zahlungsunfähigkeit behandelt werden.⁵⁷

(2) Der Schuldner muss zur Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit die fällige Schuld nicht zu 100 % tilgen, sondern es genügt, wenn er in der Lage ist, *zumindest 90 % der Forderung zu bezahlen*.⁵⁸ Eine Unterdeckung von weniger als 10 % reicht nicht zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit, sondern nur dann, wenn besondere Umstände vorliegen, die den Standpunkt stützen, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist.⁵⁹ Bei einer Unterdeckung von über 10 % obliegt es den Leitungsorganen darzutun, weshalb von einer Zahlungsfähigkeit der schuldnerischen Gesellschaft ausgegangen werden kann.⁶⁰

⁵⁵ Siehe die Nachweise bei SCHMIDT, InsO (FN 41), § 17 N 24; siehe auch UHLENBRUCK/MOCK, InsO (FN 19), § 17 N 26.

⁵⁶ BGHZ 163 (2006) 134 ff., mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur.

⁵⁷ BGHZ 163 (2006) 139 Erw. II.2.a: «Als Zahlungsstockung ist deshalb nur noch eine Illiquidität anzusehen, die den Zeitraum nicht überschreitet, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen (...). Eine Frist von einem Monat (...) oder gar von drei Monaten (...) ist hierfür zu lang. Wieder andere halten eine Zahlungsstockung bereits jenseits einer Frist von ein bis zwei Wochen nicht mehr für gegeben (...). Dies erscheint als zu kurz. Als Zeitraum für die Kreditbeschaffung sind zwei bis drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.»

⁵⁸ BGHZ 163 (2006) 143 Erw. II.3.b.bb: «Zwar wird die Auffassung vertreten, wenn ein Schuldner geringe Forderungen nicht mehr ausgleichen könne, so sei er erst recht ausserstande, grössere Beträge zu zahlen (...). Diese Erwägung ist unzutreffend. Ein Schuldner, der – beispielsweise – zu 90 % oder mehr liquide ist, vermag durchaus auch hohe Forderungen zu befriedigen.»

⁵⁹ BGHZ 163 (2006) 145 Erw. II.4.b: «Liegt eine Unterdeckung von weniger als 10 % vor, genügt sie allein nicht zum Beleg der Zahlungsunfähigkeit. Wenn diese gleichwohl angenommen werden soll, müssen besondere Umstände vorliegen, die diesen Standpunkt stützen. Ein solcher Umstand kann auch die auf Tatsachen gegründete Erwartung sein, dass sich der Niedergang des Schuldner-Unternehmens fortsetzen wird.»

⁶⁰ BGHZ 163 (2006) 145 Erw. II.4.b: «Dazu ist in der Regel die Benennung konkreter Umstände erforderlich, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, dass

⁴⁶ BGer 5A_439/2010 Erw. 4 («il s'agit ainsi de faciliter au requérant la preuve de l'insolvabilité»); BGer 5A_709/2009 Erw. 4.3; BGer 5A_860/2008 Erw. 5; BGer 5P.33/2002 Erw. 4; siehe ZR 97 (1998) Nr. 31 Erw. II.2.c.cc.

⁴⁷ BGE 137 III 460 Erw. 3.4.1; BGer 5P.33/2002 Erw. 4; BGer 5A_709/2009 Erw. 4.3; BGer 5A_367/2008 Erw. 4.1.

⁴⁸ BGer 5A_606/2014 Erw. 3.1; BGer 5A_350/2007 Erw. 4.3; siehe BGer 5P.312/2002 Erw. 3.3.

⁴⁹ BGE 137 III 460 Erw. 3.4.1; BGE 85 III 146 Erw. 4.a.

⁵⁰ BGE 137 III 460 Erw. 3.4.1; BGer 5A_439/2010 Erw. 4.

⁵¹ BGer 5A_587/2011 Erw. 6.2; siehe BGE 85 III 146 Erw. 4.a.

⁵² BGE 137 III 460 Erw. 3.4.1; BGE 85 III 146 Erw. 4.b; BGer 5P.33/2002 Erw. 4.

⁵³ BGer 5P.33/2002 Erw. 4.

⁵⁴ BGE 137 III 460 Erw. 3.4.1; BGer 5A_439/2010 Erw. 4; BGer 5A_709/2009 Erw. 4.3; BGer 5P.33/2002 Erw. 4; ZR 97 (1998) Nr. 31 Erw. II.2.c.cc.

Diese Rechtsprechung ist in Deutschland nicht unumstritten. So wird kritisiert, dass sie dem Schuldner ermögliche, während drei Wochen zahlungsunfähig zu bleiben; die Wiederherstellung der Liquidität oder/und der Beseitigung der Fälligkeit der Forderungen müsse indessen umgehend geschehen.⁶¹ Eine praxistaugliche Alternative zur BGH-Regel hat sich jedoch nicht etabliert.

Vor dem Hintergrund, dass das deutsche Verständnis der Zahlungsunfähigkeit und der Zahlungseinstellung mit dem Schweizer Recht übereinstimmt und dass § 17 Abs. 2 InsO kodifiziert, was das Schweizer Bundesgericht entschieden hat, spricht nichts dagegen, die vom BGH festgelegten Zahlen (drei Wochen und 90 % der fälligen Forderungen) als Richtwerte für die Schweiz zu übernehmen. Solange jedenfalls das Bundesgericht nichts Abweichendes festlegt.

Der Verwaltungsrat hat hinsichtlich VE-Art. 725 OR die beiden Schwellen drei Wochen und 90 % als Alarmglocken vorzumerken. Drohen diese Werte, muss er handeln.

Ein Hinweis auf die Gründungshaftung: Nach Art. 753 Ziff. 3 OR haften die mit der Gründung der AG befassten Personen, wenn sie «*wissentlich dazu beitragen, dass Zeichnungen zahlungsunfähiger Personen angenommen werden.*» Während die Zahlungsunfähigkeit im Sinne der BGH-Rechtsprechung verstanden werden kann, stellt sich die Frage, was *wissentlich* bedeutet. WATTER ist der Auffassung, dass Fahrlässigkeit für eine Haftung nicht genügt.⁶² Andere Autoren sind der Meinung, dass es reicht, wenn ein vernünftiger Mensch ernsthaft an der Bonität der betreffenden Person zweifeln muss.⁶³ Aufgrund des klaren Wortlauts ist WATTER zuzustimmen. Art. 753 Ziff. 3 OR gelangt demnach nicht zur Anwendung, solange der Person, welche die Zeichnungen entgegennimmt, keine konkreten Informationen über eine Zahlungsunfähigkeit der zeichnenden Person vorliegen. Von Art. 753 Ziff. 3 OR erfasste Sachverhalte treten entsprechend selten auf.

die Liquiditätslücke zwar nicht innerhalb von zwei bis drei Wochen – dann läge nur eine Zahlungsstockung vor –, jedoch immerhin in überschaubarer Zeit beseitigt werden wird.»

⁶¹ SCHMIDT, InsO (FN 41), § 17 N 25 f.

⁶² ROLF WATTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. A., Basel 2012, Art. 753 N 21, N 15 mit dem Hinweis, dass bei Fahrlässigkeit oft nach Art. 754 OR vorgegangen werden könne; ANDREAS BINDER/VITO ROBERTO, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personalgesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 753 N 8.

⁶³ URS BERTSCHINGER, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. A., Orell Füssli Verlag, Zürich 2009, Art. 753 N 19; OLIVER FRITSCHI, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 753 OR N 14.

B. Beweislast

Die Beweislastverteilungsregel des BGH, wonach es bei einer Unterdeckung von über 10 % dem Schuldner obliegt, seine Zahlungsfähigkeit darzutun, und bei einer Unterdeckung von unter 10 % der Gläubiger beweisen muss, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist, könnte ebenfalls übernommen werden: Eine Zahlungsunfähigkeit während über drei Wochen und im Umfang von 10 % oder mehr wäre eine tatsächliche Vermutung für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.⁶⁴ Dabei gilt das Beweismass des Glaubhaftmachens.⁶⁵ Ein Schuldner ist vermutungsweise zahlungsunfähig, wenn er nicht mehr in der Lage ist, fällige Schulden innert drei Wochen im Umfang von 90 % zu bezahlen.

VI. Böswillige Zahlungseinstellung?

Die Schweizer Lehre ist sich einig, dass die Zahlungseinstellung mit der Zahlungsunfähigkeit nicht gleichgesetzt werden kann; der blosser Unwille zur Zahlung genügt nicht, sondern eine objektive Illiquidität ist nötig.⁶⁶ Dasselbe gilt in Deutschland.⁶⁷ Das Bundesgericht hat bislang nicht geklärt, ob eine Zahlungseinstellung auch dann vorliegt, wenn der Schuldner zahlen könnte, aber – etwa aus Böswilligkeit – nicht zahlen will. Bezahlt der Gläubiger fällige Rechnungen nicht und stellt er die Zahlungen ein, kann der Gläubiger nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG die Konkursöffnung verlangen. Legt der Schuldner an der Konkursverhandlung dar, dass er entgegen dem erweckten Anschein liquide ist, wird das Konkursgericht den Konkursöffnungsantrag abweisen. Die Untersuchungsmaxime gilt und das Konkursgericht muss konkurshindernde Tatsachen von Amtes wegen beachten (Art. 255 lit. a SchKG).⁶⁸ Das Gericht kann in einem solchen Fall die Gerichtskosten aber dem Schuldner auferlegen (Art. 107 Abs. 1 lit. b, Art. 108 ZPO).

⁶⁴ Der deutsche Bundesgerichtshof spricht in BGHZ 163 (2006) 145 Erw. II.4.a von einer widerlegbaren Vermutung, was eine Wahrscheinlichkeitsfolgerung ist und ihrer Natur nach der tatsächlichen Vermutung entspricht, also das Gericht auf Grund der individuellen Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls eine Folgerung zieht (siehe PETER LIVER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS MERZ/PETER JÄGGI/HANS HUBER/HANS-PETER FRIEDRICH/MAX KUMMER, Berner Kommentar, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, Bern 1962, Art. 8 N 363; siehe auch MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 322 f.).

⁶⁵ Siehe Art. 174 SchKG; BGer 5A_115/2012 Erw. 3; ZR 102 (2003) Nr. 28; ZR 97 (1998) Nr. 31 Erw. II.2.c.dd; KREN KOSTKIEWICZ, SchKG (FN 2), Rz. 1135; RONCORONI, Kurzkomm. SchKG (FN 3), Art. 190 N 21.

⁶⁶ AMONN/WALTHER, SchKG (FN 2), § 38 N 14; BRUNNER/BOLLER, BSK SchKG II (FN 2), Art. 190 N 11; UELI HUBER, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. A., Basel 2014, Art. 190 N 9.

⁶⁷ UHLENBRUCK/MOCK, InsO (FN 19), § 17 N 168; SCHMIDT, InsO (FN 41), § 17 N 16.

⁶⁸ BGer 5A_126/2010 Erw. 5.2.1; bereits BGE 36 I 383 Erw. 2.