

Methodisch richtige Ermittlung der insolvenzrechtlichen Zahlungsunfähigkeit durch Buchsachverständige

1. Einleitung

Die Beurteilung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit als der allgemeine Insolvenzgrund im Sinne des § 66 Insolvenzordnung (IO) ist eine der Revision zugängliche Rechtsfrage von bedeutender zivil- und strafrechtlicher Tragweite (zB im Hinblick auf die Insolvenzeröffnung, die Anfechtung von Rechtsgeschäften oder die Kridatatabstände des Strafrechts). Den Gerichten obliegt die Auslegung und Anwendung dieses komplexen Rechtsbegriffs nach den dazu vom OGH entwickelten Leitlinien, wobei sie sich zur Klärung der vorgelagerten Tatfragen regelmäßig der Hilfe von Buchsachverständigen bedienen.¹ Damit diese dem Gericht die schlüssige Grundlage für eine rechtsrichtige Entscheidung bieten können, haben sie aber schon bei Beantwortung dieser Tatfragen die diesbezüglichen methodischen Vorgaben der höchstgerichtlichen Judikatur zu beachten und dürfen ihren Äußerungen keine eigenen, davon abweichenden Definitionen von Zahlungsunfähigkeit zugrunde legen. Gerade eine derartige Tendenz findet sich aber verstärkt in der (auch im Schrifttum verbreiteten) Sachverständigenpraxis, welche die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit offenbar zur betriebswirtschaftlichen Frage erklären und damit die Kriterien des OGH nach eigenem Ermessen durch Bilanzkennzahlen (etwa eine *Working-capital*-Betrachtung) ersetzen möchte.² Dieser Beitrag will dem in gebotener Kürze³ ausdrücklich entgegentreten und stellt die wesentlichen vorgelagerten Tatfragen zur Klärung der insolvenzrechtlichen Zahlungsunfähigkeit nach der höchstgerichtlichen Judikatur dar.

2. Grundlegendes

Trotz dessen zentraler Bedeutung findet sich weder in § 66 IO selbst noch im sonstigen Rechtsbestand eine gesetzliche Definition des Begriffs „Zahlungsunfähigkeit“. Eine solche wurde vom Gesetzgeber offenbar bewusst vermieden, weil die von Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Kriterien⁴ für ausreichend erachtet wurden und Spielraum für die Beurteilung des Einzelfalles verbleiben sollte.⁵ Dem von der Rechtspraxis herausgearbeiteten Begriffsverständnis kommt angesichts dieser Ausgangslage besondere Bedeutung zu.

Im Schrifttum finden sich zwei Interpretationsansätze. Die herrschende Ansicht im rechtswissenschaftlichen Schrifttum vertritt die sogenannte statische Methode, wonach im Wesentlichen den zu einem Beurteilungsstichtag fälligen Verbindlichkeiten die vorhandenen bzw alsbald beschaffbaren liquiden Mittel gegenüberzustellen sind.⁶ Im betriebswirtschaftlichen Schrifttum hingegen wird zum Teil für eine dynamische Methode plädiert, die auch künftig schlagend werdende Vorgänge (etwa in Form von bilanzierten Verbindlichkeiten) einfließen lassen möchte.⁷ Wenngleich die ältere Judikatur Anhaltspunkte für beide Zugänge bot,⁸ hat der OGH spätestens in seiner Entscheidung vom 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, unter ausführlicher Rezeption seiner vorherigen Rechtsprechung einer grundsätzlich statischen Betrachtung (mit nur einzelnen dynamischen Elementen zur möglichen Widerlegung einer Zahlungsunfähigkeit) zum Durchbruch verholfen. Die sich daraus ergebenden Kriterien und ihre rechtsrichtige Erhebung durch Buchsachverständige seien im Folgenden in ihren wesentlichen Merkmalen umrissen.

3. Insolvenzrechtliche Zahlungsunfähigkeit nach der Judikatur des OGH

Die Auslegung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit durch den OGH hat sich über lange Jahre entwickelt und wurde in einer Reihe von Urteilen stets weiter präzisiert. Zahlungsunfähigkeit liegt demnach vor, wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel (Bargeld, Buchgeld, offene Kreditlinien) nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen, und er sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann.⁹ Sie liegt aber nicht schon dann vor, wenn ein Schuldner zu einem betrachteten Zeitpunkt nicht sämtliche seiner fälligen Schulden bezahlen kann. Der OGH geht vielmehr erst dann von Zahlungsunfähigkeit aus, wenn „der Schuldner mehr als 5 % aller fälligen Schulden nicht begleichen kann“. Bei einer Überschreitung dieser Grenze kann sich der Schuldner aber nicht mehr dadurch retten, dass er zumindest die andrängenden Gläubiger befriedigen oder die wesentlichen Schulden begleichen kann.¹⁰ Erst künftig fällig werdende Schulden sind bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit hingegen nicht zu berücksichtigen,¹¹ auch

wenn die entsprechenden Gläubiger schon vor Fälligkeit auf Tilgung drängen.¹²

Selbst wenn nach diesem Grundsatz Zahlungsunfähigkeit gegeben wäre, weil der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht zumindest 95 % seiner fälligen Schulden bezahlen und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht „*alsbald*“ verschaffen kann, gilt diese nach der Judikatur dennoch nicht als eingetreten, wenn der Schuldner in *Ex-ante*-Betrachtung mit hoher Wahrscheinlichkeit „*im Stande ist, alle fälligen Schulden bei redlicher geschäftlicher Gebarung in angemessener Frist zu begleichen*“. Stattdessen liegt eine bloße Zahlungsstockung vor.¹³ Für die maßgebliche Frist geht der OGH im Durchschnittsfall davon aus, dass diese drei Monate nicht übersteigen darf. Ein längerer Beobachtungszeitraum geht mit erhöhten Beweisanforderungen einher. Damit eine Zahlungsstockung von höchstens etwa fünf Monaten nicht zur Zahlungsunfähigkeit führt, wird verlangt, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit der Beseitigung der Liquiditätsschwäche zu rechnen ist. Diese Richtwerte dürfen aber nicht schematisch angewandt, sondern müssen in jedem Einzelfall nach den vorliegenden Umständen beurteilt werden. Die Behauptungs- und Beweislast liegt bei jener Partei, die sich trotz festgestellter Zahlungsunfähigkeit auf eine bloße Zahlungsstockung beruft.¹⁴

Die Vermutung einer bloßen Zahlungsstockung kann aber nur greifen, wenn der Schuldner im Stande war (bzw. gewesen wäre), die fälligen Schulden „*bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung*“ zu bezahlen.¹⁵ Die Beschaffung neuer Kreditmittel durch vorsätzliche Täuschung über die eigene Kreditwürdigkeit verhindert daher den Eintritt der festgestellten Zahlungsunfähigkeit nicht, mag damit auch der laufende Zahlungsverkehr (vorübergehend) aufrechterhalten werden können.¹⁶

4. Vom Buchsachverständigen zu beurteilende Tatfragen

Für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit nach den dargestellten Vorgaben der OGH-Judikatur ist es in einem ersten Schritt erforderlich, dass die Buchsachverständigen zu jedem relevanten Beurteilungsstichtag die konkret fälligen Verbindlichkeiten erheben. Dies ist unter Umständen ein sehr aufwendiger Vorgang, aber entscheidend, wenn die Zahlungsunfähigkeit schon zu einem Zeitpunkt vor einem tatsächlichen Zahlungsstopp festgestellt werden soll. Auszugehen ist dabei jeweils von einer Stichtagsbeurteilung,¹⁷ sodass gegebenenfalls mehrere Zeitpunkte zu untersuchen sind. Die Entwicklung der Schulden über einen bestimmten Zeitraum ist ohne Bedeutung.¹⁸

Wegen des zentralen Erfordernisses der Fälligkeit sind sämtliche langfristigen Verbindlichkeiten¹⁹ ebenso wie aufschiebend bedingte Verbindlichkeiten nicht zu berücksichtigen. Die Vereinbarung einer Stundung beseitigt die Fälligkeit einer Verbindlichkeit und ist insofern beachtlich.²⁰

Gleiches gilt grundsätzlich im Falle der Vereinbarung eines Rangrücktritts oder eines Moratoriums oder für vorerst nicht zu bezahlende prozessverfangene Verbindlichkeiten.²¹ Für den Buchsachverständigen wird es daher notwendig sein, zu hinterfragen, ob eine Verbindlichkeit tatsächlich fällig oder gestundet war, was unter Umständen der Untersuchung von abgeschlossenen mündlichen und schriftlichen Vereinbarungen bedarf.²² Eine Prognose über die Bedienung zukünftiger Verbindlichkeiten hat aber in diesem ersten Schritt nicht zu erfolgen.²³

In einem zweiten Schritt hat die Erhebung der zum jeweiligen Beurteilungsstichtag vorhandenen bzw. alsbald beschaffbaren liquiden Mittel stattzufinden. Bereite (oder liquide) Zahlungsmittel sind vor allem Bargeld, Giralgeld, offene Kreditlinien sowie Gegenstände, die von Gläubigern üblicherweise zahlungshalber entgegengenommen werden (zB Wechsel). Darüber hinaus wird jedoch auch leicht verwertbares Vermögen (zB fällige und einbringliche Forderungen, Sparguthaben, Kapitalmarktpapiere, Edelmetalle, Wertgegenstände) diesen Mitteln zugerechnet. Nicht bereit sind hingegen zB Mittel, die sich auf strafgerichtlich gesperrten Geschäftskonten des Schuldners befinden. Solange einem Schuldner bereits zugesagte Kreditlinien oder Gesellschafterdarlehen bzw. -einlagen offenstehen, kann er sich die zur Aufrechterhaltung seines Zahlungsverkehrs nötigen flüssigen Mittel regelmäßig verschaffen und damit zahlungsfähig bleiben, auch wenn er dadurch in steigendem Maß überschuldet ist.²⁴

Stellt der Sachverständige bei dieser Gegenüberstellung eine mehr als 5%ige Unterdeckung (Liquiditätslücke) fest, hat er in einem dritten Schritt die Möglichkeit einer bloßen (vorübergehenden) Zahlungsstockung zu beurteilen. Hierfür muss bewertet werden, ob sich der Schuldner voraussichtlich die nötigen Zahlungsmittel innerhalb der jeweiligen verkehrsüblichen Zuwartefristen beschaffen und binnen angemessener Frist zu pünktlicher Zahlungsweise zurückkehren hätte können. Dies erfordert eine *Ex-ante*-Prognose (bzw. deren spätere Rekonstruktion) und im Zuge derselben ein Wahrscheinlichkeitsurteil über den Zufluss von liquiden Mitteln im Beobachtungszeitraum. Betrügerisch verschaffte Kreditmittel sind dabei nicht zu berücksichtigen, da von redlicher wirtschaftlicher Gebarung auszugehen ist. Ein derartiger Vorsatz kann aber nicht schon dadurch unterstellt werden, dass die Finanzierung bei hypothetischer Kenntnis der späteren Insolvenz oder einer negativeren Bewertung von Bilanzpositionen innerhalb zulässiger Spielräume nach Meinung des Sachverständigen vielleicht ausgeblieben wäre.

Wie bereits ausgeführt, liegt eine Zahlungsstockung dann vor, wenn diese *Ex-ante*-Prüfung ergibt, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestand, dass der Schuldner in einer kurzen, für die Beschaffung der notwendigen Geldmittel typischerweise erforderlichen Frist (im Durchschnittsfall: drei Monate) alle seine Schulden pünktlich zu zahlen in der Lage gewesen sein wird. Methodisch ist dafür erforderlich, eine an die Unternehmensgröße angepasste, kurzfristige Finanzplanung unter Zugrundelegung

der Informationen zu den relevanten Beurteilungszeitpunkten zu erstellen. Erst im Rahmen dieser Finanzplanung kommt es nicht mehr ausschließlich auf die fälligen Verbindlichkeiten an. Vielmehr ist der Summe der im Planungszeitraum beschaffbaren Mittel die Summe der im selben Zeitraum erforderlichen Auszahlungen gegenüberzustellen.²⁵ Anzumerken ist, dass sich eine Prognose ihrem Wesen gemäß nachträglich auch als unrichtig erweisen kann.²⁶

Aus diesen Grundlagen ergibt sich indes, dass die maßgeblichen Fragen zur Beurteilung einer Zahlungsunfähigkeit bei rechtsrichtiger Vorgangsweise niemals auf Basis von Bilanzdaten allein beantwortet werden können. Die notwendigen Informationen sind darin schlicht nicht im erforderlichen Umfang enthalten. Erstens lässt sich selbst bei ordnungsgemäß bilanzierten Verbindlichkeiten deren Fälligkeit nicht ablesen. Wegen der vergangenheits- und stichtagsbezogenen Natur von Abschlüssen sind daraus auch keine Informationen über weitere Entwicklungen (zB Stundung, Erlass oder Tilgung einzelner Verbindlichkeiten) abzulesen. Zweitens enthalten Bilanzdaten auch aktivseitig nicht einmal ansatzweise Informationen über verfügbare Kreditlinien oder weitere (auch gegenwärtig) offenstehende und noch nicht ausgeschöpfte Finanzierungsquellen. Gleichzeitig trifft auch die Einordnung von Positionen als Anlage- oder Umlaufvermögen in erster Linie eine Aussage über deren betrieblichen Funktionszusammenhang, nicht aber zwingend über deren zeitliche Bindung oder rasche Liquidierbarkeit.²⁷ Die schlüssige Ableitung einer insolvenzrechtlichen Zahlungsunfähigkeit nach dem höchstgerichtlichen Verständnis aus reinen Abschlussinformationen ist schlicht nicht möglich und der herrschenden Ansicht im juristischen Schrifttum daher zu Recht gänzlich fremd. Derartige Erwägungen sind höchstens dem zweiten, für bestimmte Schuldner gesondert geschaffenen Tatbestand der Überschuldung nach § 67 IO zuzuordnen, dessen Zweck (mit anderen Einschränkungen) aber gerade in einer Vorverlagerung des Insolvenzeintritts gegenüber der Zahlungsunfähigkeit besteht.²⁸

5. Zusammenfassung

Die Sachverständigenpraxis und Teile des Schrifttums scheinen bei Beurteilung einer insolvenzrechtlichen Zahlungsunfähigkeit vermehrt auf eine bloße Betrachtung von Bilanzdaten und Bilanzkennzahlen zurückgreifen zu wollen. Das widerspricht jedoch den klaren Vorgaben der höchstgerichtlichen Judikatur zu diesem Rechtsbegriff. Dieser entsprechend sind zu jedem zu beurteilenden Stichtag ausschließlich die konkret fälligen Verbindlichkeiten den verfügbaren und alsbald beschaffbaren liquiden Mitteln (inklusive zB offener Kreditlinien) gegenüberzustellen. Bei Unterdeckung von mehr als 5 % ist grundsätzlich Zahlungsunfähigkeit eingetreten. Jedoch ist für diesen Stichtag zusätzlich eine *Ex-ante*-Prognose dahin gehend zu rekonstruieren, ob der Schuldner mit hoher Wahrschein-

lichkeit von einer Rückkehr zu pünktlicher Zahlungsweise in angemessener Frist (im Durchschnittsfall: drei Monate) rechnen konnte und daher eine bloße Zahlungsstockung vorlag.

Anmerkungen:

- 1 Vgl *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO 6 f; *Bartsch/Heil*, Grundriß des Insolvenzrechts⁴ (1983) Rz 14; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 32; *H. Steininger*, Strafrechtliche Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit Insolvenzen, in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht (1987) 95 (110); *Seicht*, Der Inhalt der Begriffe „Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“, GesRZ 1990, 179 (184); *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 22 und 54; *derselbe*, Zahlungsunfähigkeit und Kreditastrafrecht, ecolex 1998, 297.
- 2 Allen voran *Siart/K. Rieder*, Wann liegt Zahlungsunfähigkeit vor? ZWF 2017, 206.
- 3 Eine ausführlichere Fassung der hier wiedergegebenen Überlegungen finden Sie in *D. Aigner/Bräumann/Kofler/Tumpel*, Die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit, ZWF 2018, 133.
- 4 Dazu *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 66 KO Rz 9; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO Rz 4 ff.
- 5 Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 64; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO Rz 4 f.
- 6 Dazu umfassend *Isola/Seidl/Srajc*, Zur Zahlungsunfähigkeit – Plädoyer für eine „statische“ bzw einheitliche Auslegung, ZIK 2012, 214.
- 7 Siehe etwa *Bachl*, Die Feststellung der (objektiven) Zahlungsunfähigkeit, SV 2015/1, 18; *Siart/K. Rieder*, ZWF 2017, 206 ff; ferner *W. Braun*, Zahlungsunfähigkeit im Strafrecht – Auswirkungen der Kridareform, ecolex 2001, 381.
- 8 Siehe zB für eine dynamische Betrachtungsweise OLG Innsbruck 6. 2. 1990, 1 R 378/89, EvBl 1990/147; die entsprechenden Ansätze im damaligen Schrifttum aber bereits ausdrücklich ablehnend OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88, WBI 1990, 348 (*Dellinger*).
- 9 Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w; so auch schon OGH 21. 4. 1965, 1 Ob 49/65; 4. 5. 1982, 5 Ob 586/82; 15. 10. 1987, 6 Ob 701/86, ÖBA 1988, 276 (*Kozioł*); *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO Rz 5; *Honsell*, Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Insolvenz der GmbH (Teil I), GesRZ 1984, 134 (140); *Bartsch/Heil*, Insolvenzrecht⁴, Rz 15; ferner OGH 17. 11. 1981, 4 Ob 547/81 ua, EvBl 1982/164; 26. 1. 1983, 3 Ob 539/82, EvBl 1983/151; 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88.
- 10 Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, mit Verweis auf OGH 4. 11. 1975, 4 Ob 624/75, JBI 1977, 209 (*Schumacher*).
- 11 Dazu OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88; ebenso *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO Rz 23, unter Hinweis auf ErlRV 734 BlgNR 20. GP, 52.
- 12 Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, mit Verweis auf *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO Rz 37; *Sprung/Schumacher*, Die Zahlungsunfähigkeit als Konkureröffnungsgrund (§ 68 KO), JBI 1978, 122 (131).
- 13 Dazu OGH 22. 10. 2007, 1 Ob 134/07y; 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w; weiters OGH 17. 11. 1981, 4 Ob 547/81 ua (zum Erfordernis der Bezahlung aller Schulden).
- 14 Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w.
- 15 Siehe zB OGH 27. 9. 1990, 7 Ob 655/90.

¹⁶ Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO Rz 56 ff, der die Auffassung vertritt, dass unter „unredlicher wirtschaftlicher Gebarung“ nur Vorsatzausfälle zu verstehen seien.

¹⁷ Siehe *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO Rz 8.

¹⁸ Eine solche Bedeutung könnte sich allenfalls für eine Liquiditätsprognose bei einer Zahlungsstockung ergeben.

¹⁹ Siehe *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO Rz 16; *Sprung/Schumacher*, JBI 1978, 130; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht, 30 f und 35.

²⁰ Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO Rz 37; *Sprung/Schumacher*, JBI 1978, 131.

²¹ Siehe *Uhlenbruck in Uhlenbruck*, InsO¹⁴ (2015) § 17 Rz 8.

²² *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO Rz 16.

²³ Siehe *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II/2⁴, § 66 KO Rz 12.

²⁴ Vgl. *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO Rz 9 f; OGH 4. 11. 1975, 4 Ob 624/75; 14. 1. 1986, 5 Ob 324/85.

²⁵ Siehe *Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel*, Handbuch des österreichischen Insolvenzrechts (1986) 15.

²⁶ Siehe zB *Zeitler*, Die Prognose als Instrument zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, ZIK 2013, 92.

²⁷ Dazu etwa *Ch. Nowotny in Straube/Ratka/Rauter*, UGB II³, § 198 Rz 33.

²⁸ Siehe *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 67 KO Rz 2 f; so auch zB OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88.

Zu den Autoren:

Assoz. Univ.-Prof. Dr. Dietmar Aigner lehrt am Institut für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre der Universität Linz. Univ.-Ass. MMag. Dr. Peter Bräumann ist Assistent an diesem Institut. Univ.-Prof. DDr. Georg Kofler, LL.M. (NYU) ist Vorstand des Instituts für Finanzrecht, Steuerrecht und Steuerpolitik an der Universität Linz. Univ.-Prof. Dr. Michael Tumpel ist Vorstand des Instituts für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Universität Linz. Die Professoren Aigner, Kofler und Tumpel sind darüber hinaus allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige.

Korrespondenz:

Assoz. Univ.-Prof. Dr. Dietmar Aigner
E-Mail: dietmar.aigner@jku.at

Univ.-Ass. MMag. Dr. Peter Bräumann
E-Mail: peter.braeumann@jku.at

Univ.-Prof. DDr. Georg Kofler, LL.M. (NYU)
E-Mail: georg.kofler@jku.at

Univ.-Prof. Dr. Michael Tumpel
E-Mail: michael.tumpel@jku.at

Adresse alle:

Johannes Kepler Universität Linz
Altenberger Straße 69, 4040 Linz