

nicht so klar wie bei Schwarzarbeit erkennbar. Das OGH-Urteil zur Zulässigkeit des Privatbeteiligtenzuspruchs bei Betrug ist inhaltlich somit zumindest vertretbar.

#### 4. Resümee

Mit dem Sozialbetrugsgesetz wurde § 114 ASVG in § 153c StGB übergeführt und die §§ 153d und e StGB wurden neu geschaffen. Seither wurde die Frage nach der Zulässigkeit eines Zuspruchs an privatbeteiligte Gebietskrankenkassen wiederholt in Strafverfahren thematisiert und einige Male vom OGH behandelt. Weiters führte sie auch zu Korrespondenz einzelner Gebietskrankenkassen mit der Generalprokuratur. Zwar liegen noch nicht zu allen Varianten Entscheidungen der Höchstgerichte vor, es lässt sich nun aber die Grundstruktur erkennen: Im

Regelfall ist ein Zuspruch an Gebietskrankenkassen bei §§ 146, 156 und 159 StGB möglich.

#### ► Auf den Punkt gebracht

Bei Verurteilungen, die für die Einhebung von Sozialversicherungsbeiträgen relevant sind, kann bei §§ 146, 156 und 159 StGB ein Zuspruch an die privatbeteiligte Gebietskrankenkasse erfolgen. Bei §§ 153c, d und e StGB ist zwar ein Anschluss gem § 7 SBGG möglich, ein Zuspruch bleibt aber auf jene seltenen Fälle beschränkt, in denen der Verurteilte kein Adressat eines Haftungsbescheids ist. Bei § 158 StGB ist schon der Privatbeteiligtenanschluss an sich auf diese Ausnahmen beschränkt.

## Die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit

### Sachverständigenpraxis versus höchstgerichtliche Judikatur

Dietmar Aigner / Peter Bräumann / Georg Kofler / Michael Tumpel

Die Beurteilung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit als der allgemeine Konkursgrund iSd § 66 Insolvenzordnung (IO) ist eine häufig an Buchsachverständige herangetragene Aufgabenstellung. Für die Feststellung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit, bei der es sich um eine revisible Rechtsfrage<sup>1</sup> handelt, hat der Sachverständige allerdings nur Tatfragen zu beurteilen. Auslegung und Anwendung des komplexen Rechtsbegriffs des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit obliegen hingegen den Gerichten, die dabei an die höchstrichterliche Rechtsprechung des OGH gebunden sind.<sup>2</sup>



A. Univ.-Prof. Dr. Dietmar Aigner lehrt am Institut für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre der Universität Linz und ist als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger tätig.



Univ.-Ass. MMag. Peter Bräumann ist Assistent am Institut für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre der Universität Linz.

#### 1. Grundlegendes

Im Schrifttum bestehen unterschiedliche Auffassungen zur methodischen Vorgangsweise für die Beurteilung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit. Während von der hA im rechtswissenschaftlichen Schrifttum<sup>3</sup> der sog. „statischen Methode“ der Vorzug gegeben wird, wonach im Wesentlichen den zum Beurteilungsstichtag fälligen Verbindlichkeiten die vorhandenen bzw. alsbald beschaffbaren liquiden Mittel gegenüberzustellen sind, tritt das betriebswirtschaftliche Schrifttum zum Teil<sup>4</sup> für die sog. „dynamische

Methode“ zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit anhand von Liquiditätskennzahlen bzw. einer sog. „Working-Capital-Betrachtung“ ein.

Jüngst haben Siart/Rieder<sup>5</sup> zudem vertreten, dass die Beurteilung der Frage, „ab wann jemand dauerhaft nicht mehr in der Lage ist, seinen Zahlungsverpflichtungen fristgerecht nachzukommen, stets eine betriebswirtschaftliche ist, die der juristischen Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit vorgelagert“ sei. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht bestünde „hinsichtlich dieser Vorfrage in der einschlägigen Literatur schon lange Einigkeit darüber, dass nur eine dynamische Betrachtung – also die Berücksichtigung aller Positionen eines Jahresabschlusses bzw. sonstiger Informationsquellen, die in absehbarer Zeit (kurzfristig) zu Mittelzuflüssen und Mittelabflüssen führen – eine klare Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners ermöglicht“. Siart/Rieder bleiben allerdings Nachweise für die ihrer Meinung nach „schon lange [bestehende] Einigkeit“ in dieser Frage und die Notwendigkeit

<sup>1</sup> Siehe Dellinger in Konecny/Schubert (Hrsg), Insolvenzgesetze (1999) KO § 66 Rz 6 mwN.

<sup>2</sup> Vgl. Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 6; Bartsch/Heil, Grundriß des Insolvenzrechts<sup>4</sup> (1983) Rz 14; Petschek/Reimer/Schiemer, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 32; Steininger, Strafrechtliche Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit Insolvenzen, in Jelinek (Hrsg), Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht (1987) 95 (110); Seicht, Der Inhalt der Begriffe „Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“, GesRZ 1990, 179 (184); Dellinger, Geschäftsführerhaftung (1991) 22 und 54 f; Dellinger, Zahlungsunfähigkeit und Kridastrafrecht, ecolex 1998, 297 (297).

<sup>3</sup> Dazu insb Isola/Seidl/Sprajc, Zur Zahlungsunfähigkeit – Plädoyer für eine „statische“ bzw. einheitliche Auslegung, ZIK 2012, 214 mwN.

<sup>4</sup> Siehe etwa Bachl, Die Feststellung der (objektiven) Zahlungsunfähigkeit, Sachverständige 2015, 18 (18 ff);

<sup>5</sup> Siehe Siart/Rieder, ZWF 2017, 206 (206 ff); ferner Braun, Zahlungsunfähigkeit im Strafrecht – Auswirkungen der Kridareform, ecolex 2001, 381 (381 ff).

<sup>6</sup> Siehe Siart/Rieder, ZWF 2017, 206.



**Univ.-Prof. DDr. Georg Kofler, LLM (NYU)** ist Vorstand des Instituts für Finanzrecht, Steuerrecht und Steuerpolitik der Universität Linz und als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger tätig.



**Univ.-Prof. Dr. Michael Tumpel** ist Vorstand des Instituts für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre der Universität Linz und als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger tätig.

einer Working-Capital-Betrachtung schuldig. In der Tat finden sich – soweit ersichtlich – keine weiteren Veröffentlichungen im Schrifttum, die diese Auffassung stützen würden.

Die bestehenden divergierenden Auffassungen im rechtswissenschaftlichen und betriebswirtschaftlichen Schrifttum führen zu einer Heterogenität der in der Sachverständigenpraxis angewandten Methoden für die Feststellung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit und damit auch zu unterschiedlichen Ergebnissen. Gerade in der Frage des materiellen Insolvenzeintritts mit seinen zahlreichen zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen ist diese Ausgangslage aus Gesichtspunkten der Rechtssicherheit unbefriedigend. Es wird vor allem von *Siart/Rieder* der Eindruck erweckt, als bestünde eine eigenständig zu beurteilende „*betriebswirtschaftliche Zahlungsunfähigkeit*“, die quasi als Vorfrage zur Rechtsfrage des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit im rechtswissenschaftlichen Sinn zu beurteilen sei. Wie in der Folge näher verdeutlicht wird, besteht aber gerade kein eigenständiger betriebswirtschaftlicher Begriff der Zahlungsunfähigkeit, der für die Feststellung der insolvenzrechtlichen Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO von Bedeutung wäre. *Siart/Rieder* vertreten im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Working-Capital-Betrachtung zudem, dass – vor allem im Strafverfahren – „*nicht der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit, sondern jener Zeitpunkt [...], zu dem aus Ex-ante-Sicht spätestens klar sein musste, dass den bestehenden Zahlungsverpflichtungen nicht zeitgerecht nachgekommen werden kann und auch Mittel nicht „alsbald“ beschafft werden können*“ relevant sei.

Damit vermengen sie die getrennt voneinander zu beurteilenden Fragen nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit einerseits und der subjektiven Erkennbarkeit der Zahlungsunfähigkeit andererseits. Sie verwischen außerdem die Grenzen zwischen den Insolvenzstatbeständen der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Die Aufgabe des Sachverständigen muss sich aber darauf beschränken, die für die Beurteilung des Eintritts der Zahlungsfähigkeit iSd § 66 IO durch das Gericht vorliegenden Tatsachen festzustellen.<sup>6</sup> Damit das Gericht seine Entscheidung auf die Erhebungen des Sachverständigen in rechtsrichtiger Weise stützen kann, ist von diesem entsprechend der durch die höchstrichterliche Rsp vorgegeben Methodik vorzugehen.

Die folgende wissenschaftliche Analyse soll ergründen, mit welcher in diesem Sinne zutreffenden Methode von betriebswirtschaftlichen Sachverständigen der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit festgestellt werden kann und muss. Dabei werden zunächst die Rechtsgrundlagen für den Begriff der Zahlungsunfähigkeit dargestellt, anschließend wird die Auslegung des Begriffs durch höchstrichterliche Rsp zur Zahlungsunfähig-

higkeit untersucht. Davon abgeleitet können die vom Buchsachverständigen zu beurteilenden Tatfragen zur Feststellung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit in schlüssiger Weise beantwortet werden. Abschließend werden die in der Literatur angeführten alternativen Methoden hinsichtlich ihrer wissenschaftlichen Fundierung und damit ihrer Brauchbarkeit für die Praxis der Sachverständigen kritisch gewürdigt.

## 2. Rechtsgrundlagen für den Begriff der Zahlungsunfähigkeit

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit wird in unterschiedlichen Normen verwendet. Er findet sich nicht nur als allgemeiner Konkursgrund in § 66 IO, sondern wird etwa auch iZm den Anfechtungstatbeständen des § 30 IO sowie in § 167 Abs 2 IO als „*drohende Zahlungsunfähigkeit*“ gebraucht. Weiters wird er in den Kridastratstatbeständen des § 159 StGB genannt. Trotz der vielfältigen Verwendung des Begriffs findet sich weder in der IO noch im StGB oder in der EuInsVO<sup>7</sup> eine gesetzliche Definition der Zahlungsunfähigkeit. Die Definition des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit wurde vom Gesetzgeber offenbar bewusst vermieden, weil die von Lehre und Rsp<sup>8</sup> herausgearbeiteten Kriterien für ausreichend angesehen wurden und die Elastizität im Hinblick auf die Unterschiedlichkeit des Einzelfalls gewahrt werden sollte.<sup>9</sup> Es lässt sich allerdings feststellen, dass der Begriff der Zahlungsunfähigkeit in sämtlichen genannten Rechtsgebieten stets im insolvenzrechtlichen Kontext verwendet wird, sodass davon auszugehen ist, dass der Begriff grundsätzlich einheitlich auszulegen ist. Dementsprechend existiert keine isoliert „*zivilrechtliche*“ oder „*strafrechtliche*“ Zahlungsunfähigkeit.<sup>10</sup> Auch findet eine eigenständig, unabhängig von den genannten Rechtsnormen zu beurteilende „*betriebswirtschaftliche Zahlungsunfähigkeit*“ keine Stütze im Gesetz.

Selbst wenn der Gesetzgeber keine eigenständige Definition der Zahlungsunfähigkeit vornimmt, bringt er doch gewisse Rahmenvorstellungen des Begriffs zum Ausdruck. So besteht gem § 66 Abs 2 IO die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt. Gleichzeitig legt § 66 Abs 3 IO fest, dass Zahlungsunfähigkeit nicht voraussetzt, dass Gläubiger andrängen. Umgekehrt begründet gem § 66 Abs 3 IO der Umstand, dass der Schuldner Forderungen einzelner Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt hat oder noch befriedigen kann, für sich allein nicht die An-

<sup>7</sup> VO (EG) 1346/2000 des Rates vom 29. 5. 2000 über Insolvenzverfahren, ABI L 160 vom 30. 6. 2000, 1.

<sup>8</sup> Dazu Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> (2004) § 66 KO Rz 9; Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 4 ff.

<sup>9</sup> Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 64; Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 4 f mwN.

<sup>10</sup> Siehe OGH 22. 10. 2007, 1 Ob 134/07y, RdW 2008, 266 = ecolex 2008, 230.

<sup>6</sup> Ganz ausdrücklich zB OGH 29. 6. 1993, 14 Os 61/93.

nahme, dass er zahlungsfähig ist. Infolge des Fehlens einer darüber hinausgehenden, voluminösen gesetzlichen Definition kommt dem von Rsp<sup>11</sup> und Lehre<sup>12</sup> herausgearbeiteten Begriffsverständnis besondere Bedeutung zu.

### 3. Auslegung des Begriffs durch die höchstgerichtliche Rsp

#### 3.1. Begriff und Grundsätze

Die Auslegung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit hat sich durch die Rsp des OGH entwickelt und wurde in einer Reihe von Urteilen stets weiter präzisiert. Die im Gesetz nicht näher definierte Zahlungsunfähigkeit liegt demnach vor, wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen und er sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann.<sup>13</sup>

Aus dieser Begriffsdefinition könnte zunächst abgeleitet werden, dass Zahlungsunfähigkeit grundsätzlich bereits dann gegeben ist, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, alle fälligen Schulden im Beurteilungszeitpunkt zu begleichen. Der OGH geht allerdings erst dann von Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 Abs 1 IO aus, wenn „der Schuldner mehr als 5 % aller fälligen Schulden nicht begleichen kann; kann der Schuldner 95 % oder mehr begleichen, darf ein Zahlungsempfänger [hingegen] von Zahlungsunfähigkeit ausgehen“.<sup>14</sup> Bei einer Unterdeckung (bzw Liquiditätslücke) von bis zu 5 % der erforderlichen Zahlungsmittel gegenüber den fälligen Schulden ist somit noch von Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Der Mangel bereiter Zahlungsmittel liegt nach der Judikatur daher umgekehrt vor, wenn liquide Zahlungsmittel (Bargeld, Buchgeld, offene Kreditlinien) nicht vorhanden sind und auch nicht leicht sowie kurzfristig verwertbares Vermögen im ausreichenden Maße zur Verfügung steht, um 95 % der fälligen Verbindlichkeiten zahlen zu können.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Zuletzt OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2 = EvBl 2011/105 mit Verweis auf die Vorjudikatur.

<sup>12</sup> Die Definitionen der Zahlungsunfähigkeit, die aus der Judikatur und der Lehre entwickelt wurden, weichen nur in Nuancen voneinander ab; siehe für einen ausführlichen Überblick Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup>, § 66 KO Rz 9 ff; Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 4 ff.

<sup>13</sup> Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2; so auch schon OGH 21. 4. 1965, 1 Ob 49/65, SZ 38/61; 4. 5. 1982, 5 Ob 586/82, SZ 55/65; 15. 10. 1987, 6 Ob 701/86, SZ 60/207 = ÖBA 1988, 270 (Koziol mwN aus dem Schrifttum); Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 5 mwN; Honsell, Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Insolvenz der GmbH, GesRZ 1984, 134 (140); Bartsch/Heil, Insolvenzrecht<sup>4</sup>, Rz 15; OGH 17. 11. 1981, 4 Ob 547/81, EvBl 1982/164; 26. 1. 1983, 3 Ob 539/82, EvBl 1983/151; 15. 10. 1987, 6 Ob 701/86, ÖBA 1988, 276 (Koziol) = SZ 60/207 = RdW 1988, 13; 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88, SZ 63/124 = ecolex 1990, 675 = WBI 1990, 348 (Dellinger).

<sup>14</sup> Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2 = EvBl 2011/105.

<sup>15</sup> Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2 = EvBl 2011/105 mit Verweis auf OGH 4. 11. 1975, 4 Ob 624/75, EvBl 1977/209.

Anzumerken ist, dass Zahlungsunfähigkeit auch dann vorliegt, wenn der Schuldner zwar in der Lage ist, die dringendsten oder den wesentlichen Teil der offenen Schulden zu begleichen, aber gerade nicht alle (bzw 95 %) der fälligen Schulden (der OGH spricht in diesem Zusammenhang noch geprägt durch die Gläubigerperspektive von Forderungen, meint aber wohl präziser gesprochen Verbindlichkeiten). Als Begründung wird vom OGH angeführt, dass durch eine Außerachtlassung fälliger, aber nicht eingemahnter oder betriebener Forderungen der Gläubiger die Möglichkeit einer „schleichenden Liquidation“ durch Konkursverschleppung in Verletzung der Verpflichtung zur Gläubigergleichbehandlung eröffnet würde.<sup>16</sup> Erst künftig fällig werdende Schulden sind bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit hingegen nicht zu berücksichtigen.<sup>17</sup> Erforderlich ist weiters nur die Möglichkeit zur Begleichung der schuldrechtlich tatsächlich fälligen Forderungen. Es sind nicht auch bereits solche Forderungen gegenüber Gläubigern einzubeziehen, die ohne Fälligkeit schon „andrängen“. Fällige Forderungen, für die eine Stundung erreicht werden kann, müssen bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit konsequenterweise ebenso nicht berücksichtigt werden.<sup>18</sup>

Die Einbeziehung noch nicht fälliger Forderungen in die Prüfung der insolvenzrechtlichen Zahlungsunfähigkeit wurde in der Judikatur indes – unter ausdrücklichem Rückgriff auf eine entsprechende Anregung im Schrifttum<sup>19</sup> – in vereinzelten OLG-Entscheidungen der frühen 1990er-Jahre vertreten. Auch dabei wurde aber niemals eine Berücksichtigung sämtlicher Verbindlichkeiten gefordert. Vielmehr wären nur jene einzubeziehen, die ein Schuldner bei ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung bereits in seine Finanzplanung einbeziehen würde.<sup>20</sup> Der OGH wies diese Ansicht jedoch ausdrücklich zurück, weil ansonsten unsichere Prognoseüberlegungen aus dem Bereich der Überschuldungsprüfung mit dem für solche nicht zugänglichen Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit vermengt würden.<sup>21</sup>

Der Gesetzgeber des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 1997 (IRÄG 1997)<sup>22</sup> hat diese Ansicht des OGH ausdrücklich aufgegriffen und gerade in Anerkennung dieser Auslegung den insoweit erweiterten Begriff der „drohenden

<sup>16</sup> Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2 = EvBl 2011/105.

<sup>17</sup> Dazu OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88, SZ 63/124 = WBI 1990, 348 (Dellinger); ebenso Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 23 unter Hinweis auf die ErlRV zum IRÄG 1997 (734 BlgNR 20. GP).

<sup>18</sup> Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2 = EvBl 2011/105 mit Verweis auf Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 37; Sprung/Schumacher, Die Zahlungsunfähigkeit als Konkurseröffnungsgrund, JBl 1978, 122 (131).

<sup>19</sup> Vor allem Sprung/Schumacher, JBl 1978, 122.

<sup>20</sup> Allen voran OLG Innsbruck 6. 2. 1990, 1 R 378/89, EvBl 1990/147.

<sup>21</sup> Siehe OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88, SZ 63/124.

<sup>22</sup> BGBl I 1997/114.

*Zahlungsunfähigkeit*“ als Grund für die Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens geschaffen.<sup>23</sup> Er findet sich auch gegenwärtig noch als denkbare Voraussetzung für ein Sanierungs-, aber gerade nicht Konkursverfahren in § 167 Abs 2 IO und ist als bloß frühzeitige Möglichkeit der Verfahrenseröffnung auf Initiative und zugunsten des Schuldners gedacht.<sup>24</sup> Eine Berücksichtigung künftig fälliger Verbindlichkeiten würde daher nicht nur der OGH-Judikatur, sondern auch der dieser folgenden gesetzlichen Konzeption widersprechen und dem Tatbestand einer drohenden Zahlungsunfähigkeit letztlich den Anwendungsbereich entziehen.

### 3.2. Gegenbeweis der bloßen Zahlungsstockung

Liegt zwar entsprechend obiger Definition Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 Abs 1 IO vor, weil der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, zumindest 95 % seiner fälligen Schulden zu bezahlen, und kann er sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen, gilt nach der Judikatur die Zahlungsunfähigkeit dennoch nicht als eingetreten, wenn der Schuldner „im Stande ist, alle fälligen Schulden bei redlicher geschäftlicher Gebarung in angemessener Frist zu begleichen“.<sup>25</sup> In diesem Fall liegt eine bloße Zahlungsstockung vor, bei der der Schuldner „voraussichtlich“ und „alsbald“ seine fälligen Schulden zur Gänze bezahlen wird können.<sup>26</sup>

Zur Frage, wie lange ein Schuldner bei einer solchen Zahlungsstockung unfähig sein darf, seine fälligen Schulden begleichen zu können, geht der OGH im sog Durchschnittsfall (wenn Umschuldungen vorzunehmen sind, Vermögensobjekte verkauft, Gesellschafterdarlehen vereinbart werden sollen uÄ) davon aus, dass diese drei Monate nicht übersteigen darf. Damit eine noch längere Zahlungsstockung (höchstens aber etwa fünf Monate) nicht zur Zahlungsunfähigkeit führt, wird verlangt, dass in einer *Ex ante*-Betrachtung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit der Beseitigung der Liquiditätsschwäche zu rechnen ist.

Der OGH stellt zur Frage des Vorliegens einer Zahlungsstockung weiters fest, dass die dargelegten Begrenzungen (dreimonatige Frist, Liquiditätslücke > 5 %) nicht schematisch angewandt werden dürfen. Sie dienen vor allem als Hilfestellung für die Beurteilung der Tatfrage, ob der Schuldner begründet erwarten durfte, dass er zu einer pünktlichen Zahlungsweise zurückfinden wird können, was aber in jedem Einzelfall nach den vorliegenden Umständen beurteilt werden müsse. Mit der Festlegung einer ab-

solut wirkenden Frist, nach deren Ablauf immer von einer Zahlungsunfähigkeit ausgegangen werden müsste, könnte den Umständen des Einzelfalls nicht ausreichend Rechnung getragen werden. Es reicht also, einen Zeitraum von drei Monaten als Obergrenze für die Wiederherstellung der Liquidität im Durchschnittsfall festzulegen. Sogar Überschreitungen dieser Frist können bei Vorliegen einer – vom sich darauf Berufenden zu behauptenden und zu beweisen den – besonderen Begründung toleriert werden. In einem solchen Fall wird aber das Beweismaß zu erhöhen sein, indem im Rahmen der Prognose über die alsbald erlangbaren liquiden Mittel eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit der Beseitigung der Liquiditätsschwäche nachzuweisen sein wird.<sup>27</sup>

### 3.3. Redliche wirtschaftliche Gebarung

In der Judikatur des OGH wird Zahlungsunfähigkeit mitunter auch dann angenommen, wenn der Schuldner nicht imstande ist (bzw nicht imstande gewesen wäre), „*bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung*“ die fälligen Schulden zu bezahlen.<sup>28</sup> Demnach würde der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nicht dadurch hinausgeschoben werden können, dass es einem unredlichen Schuldner gelingt, sich durch Täuschung über seine Kreditwürdigkeit neue Kreditmittel zu verschaffen, deren Rückzahlung unter normalen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr möglich ist, mag er auch damit seinen laufenden Zahlungsverkehr vorübergehend aufrechterhalten können. Eine auf vorsätzliche Täuschung (zB Kreditbetrug) beruhende Kreditbeschaffung kann demnach am Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nichts ändern.<sup>29</sup> Auf diese Weise beschaffte Mittel wären somit bei der Berechnung einer allfälligen Liquiditätsunterdeckung nicht als verfügbare Zahlungsmittel zu berücksichtigen.

Vor allem im strafrechtlichen Kontext wird von der Judikatur wiederholt auf das in seinen Randbereichen unklare Kriterium der „*redlichen wirtschaftlichen Gebarung*“ Bezug genommen.<sup>30</sup> Dieses findet sich aber auch vereinzelt in zivilrechtlichen Entscheidungen des OGH.<sup>31</sup> Im Schrifttum ist umstritten, ob eine „*redliche wirtschaftliche Gebarung*“ nur bei vorsätzlicher oder auch bei bloß fahrlässiger Täuschung zu verneinen ist. Nach hA ist das normative Korrektiv

<sup>27</sup> Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2 = EvBl 2011/105.

<sup>28</sup> Siehe zB OGH 27. 9. 1990, 7 Ob 655/90.

<sup>29</sup> Dazu OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2 = EvBl 2011/105 sowie Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 56 ff, der die Auffassung vertritt, dass unter „*unredlicher wirtschaftlicher Gebarung*“ nur Vorsatzfälle zu verstehen seien.

<sup>30</sup> Dazu OGH 1. 6. 1990, 11 Os 75/89; 18. 11. 2003, 14 Os 58/03; 27. 1. 2004, 14 Os 160/03; vgl auch Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK StGB<sup>2</sup> (Stand 2011) § 159 Rz 60; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup> (1996) Rz 2/376.

<sup>31</sup> ZB OGH 17. 11. 1981, 4 Ob 547/81, EvBl 1982/164; 22. 10. 2007, 1 Ob 134/07y, RdW 2008, 266 = ecolex 2008, 230; vgl auch Reich-Rohrwig, GmbH-Recht<sup>2</sup>, Rz 2/376.

„unredlicher wirtschaftlicher Gebarung“ eher restriktiv auszulegen und kann daher wohl nur in Vorsatzfällen (zB bei Kreditbetrug) anwendbar sein.<sup>32</sup> Wenngleich die Berücksichtigung der „redlichen wirtschaftlichen Gebarung“ in der Judikatur noch nicht abschließend geklärt sein dürfte, kann festgehalten werden, dass eine extensive Auslegung dieses Kriteriums von der Lehre überwiegend abgelehnt bzw einschränkend interpretiert wird.<sup>33</sup>

### 3.4. Zwischenergebnis zum Stand der OGH-Rsp

Der OGH hat in einem Urteil vom 19. 1. 2011<sup>34</sup> den bisherigen Stand seiner Rsp zur Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO (bzw zur inhaltsgleichen Vorgängerbestimmung des § 66 Konkursordnung [KO]) ausführlich rezipiert und zusammengefasst:

- Danach liegt Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO vor, „wenn der Schuldner mehr als 5 % aller fälligen Schulden nicht begleichen kann“.
- Kann der Schuldner jedoch „95 % oder mehr begleichen, darf ein Zahlungsempfänger von Zahlungsfähigkeit ausgehen“. Der Nachweis des objektiven Tatbestandsmerkmals der Zahlungsunfähigkeit (etwa durch den Masseverwalter im Anfechtungsprozess) gelingt somit durch den Nachweis, dass der Schuldner zu jedem Beurteilungszeitpunkt (zB zum Zeitpunkt einer angefochtenen Rechtshandlung bzw eines angefochtenen Rechtsgeschäfts) mehr als 5 % aller fälligen Schulden nicht zahlen konnte.<sup>35</sup>
- Bei einer bestehenden, 5 % übersteigenden Liquiditätslücke steht allerdings dem Schuldner (bzw dem Anfechtungsgegner im Anfechtungsprozess) noch immer der Gegenbeweis hinsichtlich des Vorliegens (bzw der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens) einer bloßen Zahlungsstockung zum beurteilenden Zeitpunkt offen. Diese Behauptungs- und Beweislast ist nach OGH-Rsp aus der Vermutung des § 66 Abs 2 IO iVm § 66 Abs 3 IO ableitbar, wonach der Umstand, dass der Schuldner Forderungen einzelner Gläubiger befriedigt hat oder befriedigen kann, noch nicht die Annahme seiner Zahlungsfähigkeit begründet.<sup>36</sup>
- Der Nachweis der Zahlungsstockung gelingt aber nur, wenn eine *Ex-ante*-Prüfung, dh eine Prüfung auf Grundlage der zum beurteilen-

<sup>32</sup> Zur Diskussion Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 56 ff mwN.

<sup>33</sup> Vgl Schumacher, Aktuelle Probleme des Anfechtungsrechts, in Jelinek (Hrsg), Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht (1987) 43 (51); Schumacher in Bartsch/Polak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup>, § 66 KO Rz 51; Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 59 f, der dies auf Vorsatzfälle einschränkt; ähnlich Breiter, Fahrlässige Krida nach Zahlungsunfähigkeit (1998) 68; Braun, ecolex 2001, 381 (382).

<sup>34</sup> OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2 = EvBl 2011/105.

<sup>35</sup> OGH 27. 2. 2002, 7 Ob 246/01d.

<sup>36</sup> OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2 = EvBl 2011/105.

den Zeitpunkt erlangbaren Unterlagen und Erkenntnisse, ergibt, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestand, dass der Schuldner in einer kurzen, für die Beschaffung der erforderlichen Geldmittel erforderlichen Frist in der Lage sein wird, alle seine Schulden pünktlich zu zahlen. Diese Frist darf im sog Durchschnittsfall (wenn Umschuldungen vorzunehmen sind, Vermögensobjekte verkauft, Gesellschafterdarlehen vereinbart werden sollen uÄ) drei Monate nicht übersteigen. Eine noch längere Frist (höchstens aber etwa fünf Monate) setzt voraus, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit der Beseitigung der Liquiditätsschwäche zu rechnen ist. Eine „Verlängerung“ des Beobachtungszeitraums geht daher mit höheren Anforderungen an das Beweismaß einher.

## 4. Tatfragen zur Feststellung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit

### 4.1. Grundlegendes

Für die Beurteilung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit durch den Buchsachverständigen ist wichtig, dass diesem bewusst ist, dass es sich dabei um eine revisible Rechtsfrage<sup>37</sup> handelt, bei der es um die Auslegung und Anwendung eines komplexen Rechtsbegriffs geht, dem eine Reihe von Tatfragen vorgelagert ist.<sup>38</sup> Aufgabe der Buchsachverständigen ist es, Tatfragen auf Basis der tatsächlichen Verhältnisse bzw Geschehnisse und nicht auf Basis hypothetischer Alternativszenarien zu klären. Buchsachverständige haben sich dabei jener Methoden zu bedienen, die es dem Gericht ermöglichen, auf Basis der anzuwendenden Rechtsnormen, vor allem § 66 IO, entsprechend der Auslegung durch die höchstgerichtliche OGH-Rsp den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder eben umgekehrt die Zahlungsfähigkeit festzustellen. Keineswegs erfüllen Buchsachverständige ihre Aufgabe korrekt, wenn sie eigene – von der höchstgerichtlichen Rsp abweichende – Methoden entwickeln, um unmittelbar die Rechtsfrage des Vorliegens der Zahlungsunfähigkeit zu beurteilen; dies etwa unter Verwendung betriebswirtschaftlicher Kennzahlen, die keine Deckung in der Auslegung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit durch den OGH finden.

Da nach OGH-Rsp Zahlungsunfähigkeit vorliegt, wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen, und er sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann, bedarf es zunächst der Erhebung der fälligen Verbindlichkeiten und vorhandenen liquiden Mittel durch die betriebswirtschaftlichen Sachverständigen zu allen rele-

<sup>37</sup> Siehe Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 6 mwN.

<sup>38</sup> Vgl Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 6; Bartsch/Heil, Insolvenzrecht<sup>4</sup>, Rz 14; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht, 32; Steininger in Jelinek, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 95 (110); Seicht, GesRZ 1990, 179 (184); Dellinger, Geschäftsführerhaftung, 22 und 54 f; Dellinger, ecolex 1998, 297.

vanten Beurteilungszeitpunkten. Ergibt sich aus der Gegenüberstellung der fälligen Geldschulden und bereiten Zahlungsmittel überhaupt eine Liquiditätslücke, ist vom Buchsachverständigen zu erheben, ob diese 5 % übersteigt. Bejahendenfalls muss aus Sicht des betroffenen Zeitpunkts eine Liquiditätsprognose dahingehend erstellt werden, ob der Schuldner voraussichtlich „*alsbald*“ wieder liquide Mittel erlangen kann und daher in der Lage sein wird, innerhalb der verkehrsraffassungsgemäß zumutbaren Wartefristen die aktuell fälligen (und innerhalb der Wartefrist neu fällig werdenden) Verbindlichkeiten zu begleichen. Diese Liquiditätsprognose muss aus *Ex-ante*-Sicht erfolgen, dh ihr darf nur jenes Wissen bzw jene Einschätzung über die Zukunft zugrunde gelegt werden, die ein sachverständiger Geschäftsleiter im jeweiligen Beurteilungszeitpunkt haben konnte. Spätere tatsächliche Entwicklungen, die nicht vorhersehbar waren, dürfen nicht berücksichtigt werden.

#### 4.2. Erhebung der fälligen Verbindlichkeiten

Für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit ist in einem ersten Schritt erforderlich, dass die Buchsachverständigen zu jedem relevanten Beurteilungstichtag die konkret fälligen Verbindlichkeiten erheben. Dies ist uU ein sehr aufwendiger und langwieriger Prozess im Rahmen der Befundaufnahme, insb wenn kein vertrauenswürdiges Rechnungswesen, keine ausreichenden Unterlagen oder sehr große Datenmengen vorhanden sind. Allerdings dürfen sich Buchsachverständige insb dann vor dieser Aufgabe nicht scheuen, wenn es dem Gericht ermöglicht werden soll, die Zahlungsunfähigkeit schon zu einem Zeitpunkt feststellen zu können, der vor einem tatsächlichen Zahlungsstoppt liegt.

Relevant für die Feststellung der fälligen Verbindlichkeiten sind nur fällige Geldschulden. Sonstige Verpflichtungen, insb Sach-, Dienst- oder Werkleistungspflichten, Herausgabepflichten uÄ, sind als solche für die Feststellung der Überschuldung unbedeutlich. Das Abstellen auf ausschließlich fällige Geldschulden ist notwendig, weil keine Zahlung vor Fälligkeit geleistet werden muss und die Frage einer Zahlungsfähigkeit des Schuldners ohne Zahlungspflicht nicht relevant ist.<sup>39</sup> Dementsprechend sind aufschiebend bedingte Verbindlichkeiten nicht zu berücksichtigen (auflösend bedingte hingegen schon, wenn sie, obwohl der Nichteintritt der Bedingung noch nicht feststeht, vereinbarungsgemäß bereits fällig sind).

Die Vereinbarung einer Stundung beseitigt die Fälligkeit einer Verbindlichkeit und ist für die Erhebung der fälligen Verbindlichkeiten insofern beachtlich.<sup>40</sup> Gleicher gilt grundsätzlich im Falle der Vereinbarung eines Rangrücktritts

oder Moratoriums. Auch einzelne vom Schuldner schlüssig bestrittene Verbindlichkeiten vermögen uE eine Zahlungsunfähigkeit nicht zu begründen. Für den Buchsachverständigen wird es daher notwendig sein, zu hinterfragen, ob eine Verbindlichkeit tatsächlich fällig oder gestundet war, was uU der Untersuchung abgeschlossener mündlicher und schriftlicher Vereinbarungen bedarf.<sup>41</sup>

Der OGH hat in seiner älteren Judikatur allerdings vereinzelt bei Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit auch auf die Möglichkeit einer Erfüllung der „*kurzfristigen Zahlungsverpflichtungen*“ abgestellt, was auf eine Mitberücksichtigung der in allernächster Zukunft fällig werdenen Verbindlichkeiten hindeutet.<sup>42</sup> Mittlerweile scheint jedoch klargestellt, dass künftig fällige Verbindlichkeiten nach der höchstgerichtlichen Rsp bei Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen sind.<sup>43</sup> Auszugehen ist zudem von einer Stichtagsbeurteilung.<sup>44</sup> Dies bedeutet, dass nur die fälligen Schulden zum jeweiligen Beurteilungszeitpunkt maßgebend sind, nicht aber die Entwicklung der Schulden über einen bestimmten Zeitraum. Selbst wenn der Buchsachverständige einen zeitraumbezogenen Anstieg der kurzfristigen Schulden erkennen sollte, hat dies für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit keine Bedeutung.<sup>45</sup>

Anders als bei der Überschuldungsprüfung gem § 67 IO bleiben langfristige Verbindlichkeiten bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung iSD § 66 IO außer Betracht.<sup>46</sup> So müssen langfristige Darlehensverbindlichkeiten oder Rückstellungen für die Feststellung der fälligen Verbindlichkeiten bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit von vornherein außer Ansatz bleiben, weil für derart langfristige Verbindlichkeiten keine Liquidität bereithalten werden muss. Langfristige Verbindlichkeiten können höchstens indirekt eine Rolle spielen, etwa weil dem Schuldner deshalb keine neuen Kreditlinien zur Verfügung stehen, was aber wiederum nur bei der Liquiditätsprognose bei einer Zahlungsstockung Bedeutung haben kann.<sup>47</sup> Darüber hinaus sind prozessbefangene Verbindlichkeiten – weil diese vorerst nicht zu bezahlen sind – bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung nicht zu berücksichtigen.<sup>48</sup> Schließlich ist zu beachten, dass auch eigenkapitalersetzende (fällige) Verbindlichkeiten von Gesellschaftern

<sup>39</sup> Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 16 mwN.

<sup>40</sup> Vgl zB OGH 27. 9. 1990, 7 Ob 655/90.

<sup>41</sup> Siehe zB OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88; 15. 10. 1992, 8 Ob 516/91; 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2 = EvBl 2011/105; Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 5. Siehe weiters für eine Zusammenfassung der früheren Literatur und Judikatur Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup>, § 66 KO Rz 18.

<sup>42</sup> Siehe Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 8.

<sup>43</sup> Eine solche Bedeutung könnte sich allenfalls für eine Liquiditätsprognose bei einer Zahlungsstockung ergeben.

<sup>44</sup> Siehe Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 16 mwN; Sprung/Schumacher, JBl 1978, 122 (130); Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht, 30 f und 35.

<sup>45</sup> Siehe Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 20 f.

<sup>46</sup> Siehe Uhlenbruck, Insolvenzordnung<sup>14</sup> (2015) § 17 Rz 8.

aufgrund der gem § 14 Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) bestehenden Rückzahlungssperre nicht zu berücksichtigen sind.<sup>49</sup>

Die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit erfordert keine Prognose im Hinblick auf die künftige Erfüllbarkeit noch nicht fälliger Verbindlichkeiten, soweit es sich bei diesen nicht um jene kurzfristig fällig werdenden Verbindlichkeiten handelt, die zur Beurteilung einer Zahlungsstockung heranstehen. Selbst bei ungünstiger Prognose der Erfüllbarkeit künftig fällig werdender Verbindlichkeiten ist für die Beurteilung, ob eine Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO vorliegt, bloß auf die im jeweiligen Beurteilungszeitpunkt fälligen Schulden abzustellen.<sup>50</sup> Es kann notwendig sein, dass der Sachverständige zahlreiche Beurteilungszeitpunkte zu untersuchen hat, keinesfalls darf aber für die Feststellung der Zahlungsfähigkeit eine zeitraumbezogene Betrachtung der Entwicklung der Schulden angestellt werden.

### 4.3. Erhebung der liquiden Mittel

Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erfordert in einem zweiten Schritt die Erhebung der zum jeweiligen Beurteilungstichtag vorhandenen bzw alsbald beschaffbaren liquiden Mittel. Bereite (oder „liquide“) Zahlungsmittel sind vor allem Bargeld, Giralgeld, offene Kreditlinien und Gegenstände, die wie bestimmte Wertpapiere (etwa von Dritten ausgestellte Schecks oder von Dritten akzeptierte oder sonst unternriftigte Wechsel) von den Gläubigern üblicherweise zahlungshalber entgegengenommen werden. Darüber hinaus wird auch leicht verwertbares Vermögen, zB fällige und einbringliche Forderungen, Sparguthaben, Kapitalmarktpapiere, Edelmetalle oder Wertgegenstände, den bereiten Mitteln zugerechnet.<sup>51</sup>

Solange einem Schuldner Kreditlinien oder zugesagte Gesellschafterdarlehen bzw -einlagen offenstehen, kann er sich die zur Aufrechterhaltung seines Zahlungsverkehrs nötigen flüssigen Mittel regelmäßig verschaffen und damit zahlungsfähig bleiben, obwohl er gerade wegen der laufenden Außenfinanzierung seiner die Einnahmen übersteigenden Ausgaben in steigendem Maße überschuldet ist. Ein Mangel bereiter Mittel, der zur Zahlungsunfähigkeit führt, kann auch vorliegen, wenn der Schuldner nicht iSd § 67 IO überschuldet ist, aber sein Aktivvermögen nicht rasch genug zu Geld machen kann, um die fälligen Verbindlichkeiten pünktlich oder doch wenigstens innerhalb der jeweiligen verkehrsüblichen Zuwartefristen zu bezahlen. Ein Vermögen, dessen Verwertung längere Zeit in Anspruch nimmt, kann bei der Beurteilung des Ausmaßes der zur Verfügung stehenden berei-

ten Zahlungsmittel nicht berücksichtigt werden. Nicht „bereit“ sind auch Mittel, die sich auf strafgerichtlich gesperrten Geschäftskonten des Schuldners befinden.<sup>52</sup> Weil von redlicher wirtschaftlicher Gebarung auszugehen ist, sind gegebenenfalls auch betrügerisch erschlichene Kreditmittel nicht zu berücksichtigen. Wegen der noch nicht abschließend geklärten Auslegung und Tragweite dieses Erfordernisses haben Sachverständige bei der Anwendung dieses Grundsatzes aber uE Zurückhaltung und bei der Begründung ihrer Vorgangsweise besondere Sorgfalt zu üben. Insb dürfen sie zB nicht schon deshalb ganze Kreditlinien als „betrügerisch erschlichen“ aus der Betrachtung ausscheiden, weil einzelne zulässige Bilanzansätze in retrospektiver Betrachtung „vorsichtiger“ gewählt hätten werden können oder Mängel in den Jahresabschlüssen vermutet werden.

### 4.4. Prognose über die künftige Verschaffung der Zahlungsmittel

Die Prüfung, ob der Schuldner bei Vorliegen einer mehr als 5%igen Unterdeckung (Liquiditätsschlu) in der Lage ist, die fehlenden Mittel, die zur Zahlung aller fälligen Verbindlichkeiten erforderlich wären, alsbald zu beschaffen, dient der Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit gegenüber der (vorübergehenden) Zahlungsstockung. Zu bloßen Zahlungsstockungen kann es insb kommen, wenn fällige Außenstände des Schuldners nicht pünktlich eingehen, er unerwartet größere Zahlungen zu leisten hat oder sich die zu erwartende Ausweitung einer Kreditlinie verzögert.<sup>53</sup>

Zwecks Beurteilung, ob eine Zahlungsstockung vorliegt, muss eine Bewertung der Aussichten erfolgen, ob sich der Schuldner die nötigen Zahlungsmittel innerhalb der jeweiligen verkehrsüblichen Zuwartefristen beschaffen und binnen angemessener Zeit zu pünktlicher Zahlungsweise zurückzukehren kann. Dies erfordert eine *Ex-ante*-Prognose (bzw deren spätere Rekonstruktion) und im Zuge derselben ein Wahrscheinlichkeitsurteil über den Zufluss liquider Mittel im Beobachtungszeitraum. 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 all seine offenen Schulden pünktlich zu zahlen in der Lage gewesen wäre. Diese Frist darf im sog Durchschnittsfall drei Monate nicht übersteigen. Eine noch längere Frist, höchstens aber etwa fünf Monate, setzt voraus, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit der Beseitigung der Liquiditätsschwäche zu rechnen ist. Anzumerken ist, dass das Wesen einer Prognose darin besteht,

<sup>49</sup> Siehe OLG Wien 20. 7. 2012, 28 R 118/12x.

<sup>50</sup> Siehe Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup>, § 66 KO Rz 12.

<sup>51</sup> Siehe Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 9 f; OGH 4. 11. 1975, 4 Ob 624/75, EvBl 1976/145 = JBl 1977, 208 (Schumacher).

<sup>52</sup> Siehe Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 9 f; OGH 14. 1. 1986, 5 Ob 324/85, SZ 59/3 = EvBl 1987/28.

<sup>53</sup> Vgl etwa Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 41 f mwN.

dass sich diese nachträglich als unrichtig erweisen kann.<sup>54</sup> Der Sachverständige darf eine Zahlungsstockung in diesem Sinne daher insb nicht schon auf Basis des späteren Insolvenzeintritts verneinen, sondern muss gerade versuchen, die Wahrscheinlichkeit einer Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit aus Schuldnersicht zum damaligen Zeitpunkt zu beurteilen.

Methodisch ist dafür erforderlich, eine an die Unternehmensgröße angepasste, kurzfristige Finanzplanung („Liquiditätsplanung“) unter Zugrundlegung der Informationen zu den relevanten Beurteilungszeitpunkten zu erstellen. Im Rahmen dieser Finanzplanung kommt es nicht nur auf die akut fälligen Verbindlichkeiten an (anders bei der Ermittlung des gegenwärtigen Unvermögens, die fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen). Vielmehr ist der Summe der im Planungszeitraum beschaffbaren Mittel die Summe der im selben Zeitraum erforderlichen Auszahlungen gegenüberzustellen.<sup>55</sup> Der Planungszeitraum sollte dabei drei bis sechs Monate oder mehr betragen. Damit noch bloße Zahlungsstockung angenommen werden kann, muss die Liquiditätsplanung darlegen, dass die im Planungszeitraum erforderlichen Zahlungen voraussichtlich jeweils innerhalb der verkehrsüblichen Zuwartefristen geleistet werden können. Darüber hinaus muss eine Überwindung des Liquiditätsengpasses, damit eine Rückkehr zu pünktlicher Zahlungsweise, absehbar sein.<sup>56</sup> Dabei sollten alle innerhalb des Planungszeitraums bzw. der verkehrsüblichen Zuwartefristen „mit großer Wahrscheinlichkeit“<sup>57</sup> und ohne Kreditbetrug (bei „rechter wirtschaftlicher Gebarung“) beschaffbaren Mittel berücksichtigt werden – so etwa:

- zugesagte Einlagen der Gesellschafter;
- neue Kreditlinien;
- Mittel aus einem allfälligen Verlustübernahmeanspruch gegen den Gesellschafter, sofern dieser seinerseits zahlungsfähig ist;<sup>58</sup>
- Mittel aus rechtlich gesicherten (nicht nur erhofften) externen Finanzierungs- und Sanierungsmaßnahmen (zB zugesagte Gesellschafterzuschüsse oder -darlehen, beschlossene Kapitalerhöhungen, rechtsverbindliche Verpflichtungen zur Unternehmensübernahme durch zahlungskräftige Geschäftspartner);
- erwartete Eingänge aus im Wesentlichen bereits erbrachten Lieferungen und Leistungen.<sup>59</sup>

Ob erwartete Erlöse aus der Versilberung betriebsnotwendigen (Anlage-)Vermögens einbezogen werden dürfen, scheint zweifelhaft. Die

<sup>54</sup> Siehe zB Rebernick/Zeitler, Die Prognose als Instrument zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, ZIK 2013, 92 (92 ff).

<sup>55</sup> Siehe Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel, Handbuch des österreichischen Insolvenzrechts (1986) 15.

<sup>56</sup> Siehe zB Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 52.

<sup>57</sup> So zB OLG Wien 1. 6. 1994, 6 R 57/94; OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2 = EvBl 2011/105.

<sup>58</sup> Siehe Reich-Rohrwig, GmbH-Recht<sup>2</sup>, Rz 2/377; Koppensteiner, GmbH-Gesetz<sup>2</sup> (1999) § 25 Rz 36; OGH 26. 1. 1990, 11 Os 23/89, EvBl 1990/78.

<sup>59</sup> Siehe Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 53.

Zahlungsstockung wird vor allem deshalb nicht als Konkursgrund angesehen, um dem Schuldner die Möglichkeit zu wirtschaftlicher Erholung durch Fortsetzung seiner Geschäftstätigkeit zu geben. Würde sich der Schuldner durch die Veräußerung betriebsnotwendigen Vermögens dieser Möglichkeit begeben (nicht so etwa bei *Sale-and-Lease-Back*-Konstruktionen), sollte nur dann noch von einer bloßen Zahlungsstockung ausgegangen werden, wenn der Schuldner (egal ob juristische oder natürliche Person) nicht gleichzeitig überschuldet ist. Ansonsten besteht die Gefahr der Vermögensverschleuderung.<sup>60</sup>

#### 4.5. Indizien für die Zahlungseinstellung

Nach § 66 Abs 2 IO besteht jedenfalls die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt. Die Feststellung der Zahlungseinstellung erfolgt regelmäßig nach der „*kriminalistischen*“ Methode anhand folgender Indizien:<sup>61</sup>

- zahlreiche Exekutionsverfahren;
- fruchtlose Mahnungen;
- Nichtzahlung der Löhne und Gehälter (bzw rückständige Lohn- und Gehaltszahlungen);
- Nichtzahlung der Sozialversicherungsbeiträge (bzw längerfristige Rückstände);
- Nichtzahlung der Verbindlichkeiten gegenüber dem Finanzamt bzw fälligen (nicht gestundeten oder durch Zahlungserleichterung geregelten) Abgabenzurückstände, insb der laufend zu entrichtenden Umsatzsteuer und/oder Lohnabgaben;
- Nichtzahlung von Dauerschuldverhältnissen (zB Miete, Pacht, Leasing, Energie);
- Fälligstellung von Kreditlinien durch die Hausbank;
- Rückbuchungen auf einem Kontokorrentkreditkonto;
- Ausweitung kurz- und mittelfristiger Kredite;
- häufige Exekutionen und Pfandrechtsbegründungen am Schuldnervermögen;
- anhängige Insolvenzanträge;
- Nichteinhaltung von Rückzahlungsverpflichtungen;
- Nichteinlösung von Lastschriften;
- Schließung des Unternehmens;
- Flucht des Schuldners;
- Unerreichbarkeit der Geschäftsführung.

Eine Häufung dieser Indikatoren bildet insgesamt ein starkes Anzeichen für das Vorliegen der Zahlungseinstellung.

#### 5. Keine Relevanz einer Working-Capital-Betrachtung

Aus den bisherigen Darstellungen ergibt sich, dass die maßgeblichen insolvenzrechtlichen Fragen iZm dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bei rechtsrichtiger Vorgangsweise niemals allein auf Basis von Bilanzdaten beantwortet

<sup>60</sup> Vgl Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 54.

<sup>61</sup> Siehe Aigner/Aigner/Aigner/Ebmer/Stiegler, Krisen- und Sanierungsmanagement (2017) 291 f mwN.

werden können. Die notwendigen Informationen sind darin schlicht nicht im erforderlichen Umfang enthalten. Das betrifft bereits beide nach der höchstgerichtlichen Judikatur im ersten Schritt wesentlichen Tatfragen.

Erstens lässt sich selbst bei ordnungsgemäß bilanzierten Verbindlichkeiten deren Fälligkeit nicht ablesen. Aus §§ 225 Abs 6 und 237 Abs 1 Z 5 UGB ergibt sich höchstens eine Aufgliederung nach Restlaufzeiten bis zu einem Jahr, mit mehr als fünf Jahren oder dazwischen. Das ist aber nicht nur viel zu weitmaschig, um daraus nur annähernd den Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit bestimmen zu können. 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 ansatzweise Informationen über verfügbare Kreditlinien oder weitere (auch gegenwärtig) offenstehende und noch nicht ausgeschöpfte Finanzierungsquellen. Gleichzeitig trifft 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.<sup>62</sup> Das bilanzierte Umlaufvermögen kann daher nicht einmal dem Grunde nach als Größe für die insolvenzrechtlich relevanten verfügbaren liquiden Mittel dienen. Die schlüssige Ableitung einer insolvenzrechtlichen Zahlungsunfähigkeit aus reinen Abschlussinformationen ist daher schlicht nicht möglich.

Das gilt insb auch für eine – wie von *Siart/Rieder*<sup>63</sup> geforderte – „Working-Capital-Betrachtung“ zur Beurteilung der insolvenzrechtlichen Zahlungsfähigkeit. Hinter dem Begriff des „Working Capital“ verbirgt sich nichts anderes als eine (vor allem im angloamerikanischen Raum gebräuchliche) betriebswirtschaftliche Kennzahl, die sich aus der Differenz zwischen dem – annahmegemäß kurzfristig liquidierbaren – Umlaufvermögen einerseits und den kurzfristigen (dh innerhalb eines Jahres fälligen) Verbindlichkeiten eines Unternehmens andererseits ergibt und so dessen gesicherte Finanzierung im (isoliert betrachteten) Umlaufvermögen und damit finanzielle Flexibilität indizieren soll. Dabei ist aber schon ganz grundsätzlich zu berücksichtigen, dass die zugrunde liegenden Bilanzwerte trotz Beachtung der mit ihnen verbundenen Fristigkeiten reine Vergangenheitsdaten sind. Sie drücken in der Rückschau einen potenziellen „freien“ Finanzierungsspielraum des Unternehmens aus, dem die – gänzlich unrealistische – Fiktion zugrunde liegt, dass das Umlaufvermögen in diesem zurückliegenden

Zeitpunkt auch tatsächlich liquidiert und gleichzeitig sämtliche innerhalb des nächsten Jahres fälligen Verbindlichkeiten getilgt würden.

Schon der Vergangenheitsbezug und die mangelnde weitere zeitliche Abstufung machen das „Working Capital“ als betriebswirtschaftliche Steuerungs- oder Prognosekennzahl untauglich, zumal eine vollständige (nicht insolvenzrechtlich ausgerichtete) Finanzplanung viele weitere Elemente, insb auch der langfristigen Investitionen und Finanzierungen, einschließen muss. Der Wert dieser Kennzahl wird daher vor allem im Ausdruck einer – auf Vergangenheitsdaten beruhenden – generellen Liquiditätstendenz im Mehrjahresvergleich gesehen.<sup>64</sup> Wie für Bilanzkennzahlen typisch ist außerdem zu beachten, dass die vielen vereinfachenden Annahmen nur aus der Position der unternehmensexternen Jahresabschlussadressaten akzeptiert werden müssen, weil diesen keine detaillierteren Informationen zur Verfügung stehen.

Insolvenzrechtlich ist eine derart schlichte Gegenüberstellung von Umlaufvermögen und kurzfristigen Verbindlichkeiten aber aus den zuvor genannten Gründen ohne jedwede Aussagekraft. Eine solche Vorgangsweise ist der höchstgerichtlichen Judikatur in keiner Weise zu entnehmen und daher auch der hA im juristischen Schrifttum zu Recht gänzlich fremd. Sie gründet sich offenbar darauf, dass nach *Siart/Rieder* – vor allem im Strafverfahren – „nicht der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit, sondern jener Zeitpunkt [...], zu dem aus Ex-ante-Sicht spätestens klar sein musste, dass den bestehenden Zahlungsverpflichtungen nicht zeitgerecht nachgekommen werden kann und auch Mittel nicht ‚alsbald‘ beschafft werden können“, relevant sei.<sup>65</sup> *Siart/Rieder* vermengen dabei aber gleich mehrere, bei richtiger Vorgangsweise getrennt voneinander zu beurteilende Fragen. Insb vermischen sie – sogar ganz ausdrücklich<sup>66</sup> – die beiden insolvenzauslösenden Tatbestände der Zahlungsunfähigkeit (§ 66 IO) und Überschuldung (§ 67 IO). Das muss als grober methodischer Fehlgriff bezeichnet werden, weil die Überschuldungsprüfung einen gänzlich anderen Vorgang darstellt. So liegt der gesetzliche Zweck der Überschuldung als ergänzender Insolvenzatbestand für bestimmte (insb juristische) Personen gerade darin, den Insolvenzeintritt tendenziell auf einen Zeitpunkt vorzuverlegen, zu dem ein wirtschaftlicher „Zusammenbruch“ abzusehen, aber gerade noch nicht eingetreten ist.<sup>67</sup>

Hierbei sind freilich auch die noch nicht fälligen Verbindlichkeiten zu würdigen,<sup>68</sup> wobei

<sup>62</sup> Siehe zB *Lechner/Egger/Schauer*, Betriebswirtschaftslehre<sup>27</sup> (2016) 289 ff, 307 f, 922.

<sup>63</sup> Siehe *Siart/Rieder*, ZWF 2017, 206.

<sup>64</sup> Siehe *Siart/Rieder*, ZWF 2017, 206 (208), worin die für die Beurteilung einer Überschuldung nach § 67 IO maßgebliche Fortbestehensprognose als Teil der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit bezeichnet wird.

<sup>65</sup> Siehe *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO, § 67 Rz 2 f mwN.

<sup>66</sup> Vgl *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO, § 67 Rz 61.

<sup>62</sup> Dazu etwa *Ch. Nowotny* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> (Stand 2017) § 198 Rz 33.

<sup>63</sup> Siehe *Siart/Rieder*, ZWF 2017, 206.

als Korrektiv bei festgestellter rechnerischer Überschuldung eine Fortbestehensprognose für das Unternehmen zu erstellen ist, die etwa die Wahrscheinlichkeit der künftigen Zahlungsunfähigkeit beurteilen soll.<sup>69</sup> Daraus erhellt aber deutlicher, dass der reine bilanzielle Stand der Verbindlichkeiten gegenüber dem (wie auch immer definierten) Aktivvermögen keine Aussage über die gegenwärtige insolvenzrechtliche Zahlungsfähigkeit oder -unfähigkeit erlaubt.

In diesem Sinne hat auch der OGH ausdrücklich festgehalten, dass bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit erst künftig fällig werdende Schulden gerade nicht zu berücksichtigen sind. Solche künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten sind höchstens dem Bereich einer „drohenden Zahlungsunfähigkeit“, nicht aber einer möglicherweise insolvenzauslösenden gegenwärtigen Zahlungsunfähigkeit zuzuordnen.<sup>70</sup> Ein Abstellen auf bloße Bilanzwerte würde Elemente des Überschuldungstatbestands in nicht zulässiger Weise und ohne den notwendigen weiteren Zusammenhang in die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit einfließen lassen und deren Eintritt daher entgegen der gesetzlichen Konzeption zeitlich nach vorne verschieben.

### ► Auf den Punkt gebracht

Anhand der obigen Ausführungen konnte gezeigt werden, dass eine Working-Capital-Betrachtung für die Beurteilung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit den aus der OGH-Rsp geforderten Grundsätzen nicht zu entsprechen vermag. Der OGH hat in seinem Urteil vom 19. 1. 2011<sup>71</sup> den bisherigen Stand seiner Rsp zur Zahlungsunfähigkeit iSD § 66 IO (bzw. zur inhaltsgleichen Vorgängerbestimmung des § 66 KO) treffend zusammengefasst (siehe Pkt 3.4.).

Für die Beurteilung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit ist es wichtig, dass den betriebswirtschaftlichen Sachverständigen bewusst ist, dass es sich dabei um eine reversible Rechtsfrage<sup>72</sup> handelt, bei der es um die Auslegung und Anwendung eines komplexen Rechtsbegriffs geht, dem eine Reihe von Tatfragen vorgelagert ist.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Siehe zB OGH 19. 11. 1998, 2Ob268/98w.

<sup>70</sup> Ebenso Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 23 unter Hinweis auf die ErlRV zum IRÄG 1997 (734 BlgNR 20. GP).

<sup>71</sup> OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, SZ 2011/2 = EvBl 2011/ 105.

<sup>72</sup> Siehe Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 6 mwN.

<sup>73</sup> Vgl. Dellinger in Konecny/Schubert, KO, § 66 Rz 6; Bartsch/Heil, Insolvenzrecht<sup>4</sup>, Rz 14; Petschek/Reimer/ Schiener, Insolvenzrecht, 32; Steininger in Jelinek, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht, 95 (110); Seicht, GesRZ 1990, 179 (184); Dellinger, Geschäftsführerhaftung, 22 und 54 f; Dellinger, ecolex 1998, 297.

Es ist Aufgabe der betriebswirtschaftlichen Sachverständigen, diese Tatfragen auf Grundlage der tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf Basis hypothetischer Alternativszenarien zu beantworten. Dabei haben sie sich jener Methoden zu bedienen, die es dem Gericht ermöglichen, auf Basis der anzuwendenden Rechtsnormen, vor allem des § 66 IO, entsprechend der Auslegung durch die OGH-Rsp den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder eben umgekehrt die Zahlungsfähigkeit festzustellen. Keineswegs erfüllen betriebswirtschaftliche Sachverständige ihre Aufgabe korrekt, wenn sie eigene Methoden für die Erklärung von Zahlungsunfähigkeit entwickeln, die keine gesetzliche Grundlage haben oder anhand von betriebswirtschaftlichen Kennzahlen eine Beurteilung über die Zahlungsfähigkeit abgeben wollen, die nichts mit der Auslegung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit durch den OGH zu tun hat.

Da Zahlungsunfähigkeit nach OGH-Rsp vorliegt, wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen, und er sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann, bedarf es zunächst der Erhebung der fälligen Verbindlichkeiten und vorhandenen liquiden Mittel durch die betriebswirtschaftlichen Sachverständigen zu allen relevanten Beurteilungszeitpunkten. Ergibt sich aus der Gegenüberstellung der fälligen Geldschulden und bereiten Zahlungsmittel eine Liquiditätslücke, ist vom betriebswirtschaftlichen Sachverständigen zu erheben, ob diese 5 % übersteigt. Bejahendenfalls muss für diesen Zeitpunkt eine Liquiditätsprognose erstellt werden, ob der Schuldner voraussichtlich „alsbald“ liquide Mittel erlangen und daher in der Lage sein konnte, innerhalb der verkehrsauffassungsgemäß zumutbaren Wartefristen die aktuell fälligen (und innerhalb der Wartefrist neu fällig werdenden) Verbindlichkeiten zu begleichen. Diese Liquiditätsprognose muss aus *Ex-ante*-Sicht erfolgen. Ihr kann daher nur jenes Wissen bzw. jene Einschätzung über die Zukunft zugrunde gelegt werden, die auch ein sachverständiger Geschäftsleiter im jeweiligen Beurteilungszeitpunkt haben konnte. Spätere tatsächliche Entwicklungen, die nicht vorhersehbar waren, dürfen nicht berücksichtigt werden.