

Gegenüberstellung der Rechenmodelle zur Zahlungs(un)fähigkeit nach OGH und dBGH

1. Wesentliche Auszüge aus höchstgerichtlichen Urteilen zur Feststellung der Zahlungs(un)fähigkeit

OGH	dBGH
SCHRITT 1 – Feststellung „Finanzstatus“ (Überdeckung/Liquiditätslücke) zum Stichtag	
<p>OGH 3 Ob 99/10w vom 19.01.2011:</p> <p>Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 KO liegt vor, wenn der Schuldner mehr als 5 % aller fälligen Schulden nicht begleichen kann; kann er 95 % oder mehr begleichen, darf ein Zahlungsempfänger von Zahlungsfähigkeit ausgehen.</p> <p>Im Anfechtungsprozess hat der Masseverwalter das objektive Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit zu beweisen (RIS-Justiz RS0064383; 7 Ob 246/01d). Dies gelingt ihm durch den Nachweis, dass der Schuldner zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung bzw des angefochtenen Rechtsgeschäfts mehr als 5 % aller fälligen Schulden nicht zahlen konnte.</p> <p>OGH 8 Ob 117/15m vom 25.11.2015:</p> <p style="text-align: center;">3.1 Nach der Entscheidung 3 Ob 99/10w ist Zahlungsunfähigkeit im Sinn des § 66 KO (nunmehr IO) gegeben, wenn der Schuldner mehr als (rund) 5 % aller fälligen Schulden nicht begleichen kann. Es muss somit eine Liquiditätslücke (Unterdeckung) von mehr als 5 % der fälligen Schulden feststehen.</p>	<p>BGH IX ZR 123/04 vom 24.5.2005:</p> <p>b) Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Auf die Merkmale der "Dauer" und der "Wesentlichkeit" hat der Gesetzgeber der Insolvenzordnung bei der Umschreibung der Zahlungsunfähigkeit verzichtet</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>Es erscheine jedoch "nicht gerechtfertigt, Zahlungsunfähigkeit erst anzunehmen, wenn der Schuldner einen bestimmten Bruchteil der Gesamtsumme seiner Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann".</p> <p>BGH 1 STR 665/12 vom 21.08.2013 (Rz 13 und 14):</p> <p>1. Nach § 17 Abs. 2 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Entscheidend ist allein der Zeitpunkt der Fälligkeit einer Forderung, der nur durch eine Stundungsvereinbarung hinausgeschoben werden kann. Von der Zahlungsunfähigkeit abzugrenzen ist die bloße Zahlungsstockung, d.h. der kurzfristig behebbare Mangel an flüssigen Mitteln. Dieser muss in einem Zeitraum von maximal drei Wochen zu beseitigen sein, da eine kreditwürdige Person in der Lage ist, sich binnen dieser Frist die benötigten Beträge darlehensweise zu beschaffen. Sonst liegt Zahlungsunfähigkeit vor (BGH, Beschluss vom 23. Mai 2007 - 1 StR 88/07, BGHR GmbHG § 64 Abs. 1 Zahlungsfähigkeit 2 mwN).</p>

PROF. MAG. RUDOLF SIART
 Wirtschaftsprüfer und Steuerberater

allgemein beedeter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Kostenrechnung, Bilanzierung,
 Steuerberatung, Wirtschaftsprüfung, Unternehmensbewertung und Finanzstrafsachen
 Thaliastrasse 85, 1160 Wien, Österreich, Tel.: +43 1 4931399-0 Serie, Fax: +43 1 4931399-38, E-Mail: siart@siart.at



3.2 Der Beweis des Tatbestandsmerkmals der Zahlungsunfähigkeit durch den Kläger erfordert somit den Nachweis, dass der Schuldner zum relevanten Zeitpunkt mehr als 5 % aller fälligen Schulden nicht zahlen konnte, also eine Liquiditätslücke von über 5 % bestand.

„Liquide Mittel“:

e) Der Mangel bereiter Zahlungsmittel liegt vor, wenn liquide Zahlungsmittel (Bargeld, Buchgeld, offene Kreditlinien) nicht vorhanden sind und (oder) leicht und kurzfristig verwertbares Vermögen nicht zur Verfügung steht (4 Ob 624/75 = EvBl 1977/209 [*Schumacher*]).

Die Feststellung derselben erfolgt in der Regel durch die sogenannte betriebswirtschaftliche Methode. Dies setzt eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits voraus

OGH	dBGH
SCHRITT 1b – erwartete Liquiditätslücke nach 3 Wochen	
<p>In Österreich ist „Schritt 1b“ gemäß höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht vorgesehen.</p>	<p><i>BGH IX ZR 123/04 vom 24.05.2005:</i></p> <p style="text-align: center;">Für die Prognose, die der Geschäftsführer anstellen muß, sobald bei einer Liquiditätsbilanz eine Unterdeckung festzustellen ist, und die er bei jeder vorzunehmenden Zahlung kontrollieren muß, sind die konkreten Gegebenheiten in bezug auf den Schuldner - insbesondere dessen Außenstände, die Bonität der Drittschuldner und die Kreditwürdigkeit des Schuldners -, auf die Branche und die Art der fälligen Schulden zu berücksichtigen</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10 % seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, daß die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird.</p> <p>Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10 % oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p style="text-align: center;">Ein Unternehmen, das dauerhaft eine - wenngleich geringfügige - Liquiditätslücke aufweist, erscheint auch nicht erhaltungswürdig.</p> <p><i>BGH 1 STR 665/12 vom 21.08.2013 (Rz 14):</i></p> <p style="text-align: center;">Zur Abgrenzung von der bloßen Zahlungsstockung ist diese Methode um eine Prognose darüber zu ergänzen, ob innerhalb der Drei-Wochen-Frist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist, etwa durch Kredite, Zuführung von Eigenkapital, Einnahmen aus dem normalen Geschäftsbetrieb oder der Veräußerung von Vermögensgegenständen. Das geschieht durch eine Finanzplanrechnung, aus der sich die hinreichend konkret zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben der nächsten 21 Tage ergeben</p>



BGH II ZR 88/16 vom 19.12.2017 (Rz 10):

Von einer Zahlungsunfähigkeit ist danach regelmäßig auszugehen, wenn die Liquiditätslücke des Schuldners 10 % oder mehr beträgt, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zuzumuten ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 - IX ZR 123/04,

OGH	dBGH
SCHRITT 2 – Prüfung Zahlungsstockung	
<p>OGH 3 Ob 99/10w vom 19.01.2011:</p> <p>Dem Anfechtungsgegner steht in diesem Fall (bei einer bestehenden 5 % übersteigenden Liquiditätslücke) der Gegenbeweis über das Vorliegen bzw die Wahrscheinlichkeit einer bloßen Zahlungsstockung zum Anfechtungszeitpunkt offen.</p> <p>Der Nachweis der Zahlungsstockung gelingt nur, wenn eine ex ante-Prüfung ergibt, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestand, dass der Schuldner in einer kurzen, für die Beschaffung der erforderlichen Geldmittel erforderlichen Frist alle seine Schulden pünktlich zu zahlen in der Lage sein wird. Diese Frist darf im sogenannten Durchschnittsfall (wenn Umschuldungen vorzunehmen sind; Vermögensobjekte verkauft werden sollen; Gesellschafterdarlehen vereinbart werden sollen ua) 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.</p> <p>OGH 8 Ob 117/15m vom 25.11.2015:</p> <p>fälligen Schulden feststehen. Ob (bei Bejahung der relevanten Liquiditätslücke) nur eine Zahlungsstockung vorliegt, richtet sich danach, ob der objektive Zustand der Zahlungsunfähigkeit voraussichtlich einen Dauerzustand bildet oder dieser nur kurzfristiger Natur ist. Ohne Hinzutreten besonderer Umstände, also im Durchschnittsfall, ist von einer Frist von drei Monaten auszugehen, bis zu deren Ablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit die Zahlungsstockung (nach Aufstellung eines geeigneten Liquiditätsplans zur Begleichung aller Schulden) behoben sein muss. Eine längere Frist, höchstens etwa fünf Monate, setzt voraus, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit der Beseitigung der Liquiditätsschwäche zu rechnen ist.</p>	<p>BGH IX ZR 123/04 vom 24.05.2005:</p> <p>Würde beispielsweise angenommen, bei einer Unterdeckung von weniger als einem bestimmten Vomhundertsatz läge keine Zahlungsunfähigkeit vor, beim Erreichen dieses Vomhundertsatzes jedoch stets, bliebe unberücksichtigt, daß derartige Quoten für sich allein genommen keine abschließende Bewertung eines wirtschaftlich komplexen Sachverhalts wie der Zahlungsunfähigkeit erlauben. Bei einem Unternehmen, dem im Hinblick auf seine Auftrags- und Ertragslage eine gute Zukunftsprognose gestellt werden kann, hat eine momentane Liquiditätsunterdeckung in Höhe jenes Vomhundertsatzes eine ganz andere Bedeutung als bei einem solchen, dem für die Zukunft ein weiterer geschäftlicher Niedergang prophezeit werden muß.</p> <p>Daher kommt die Einführung eines prozentualen Schwellenwerts nur in der Form in Betracht, daß sein Erreichen eine widerlegbare Vermutung für die Zahlungsunfähigkeit begründet.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>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. Geht es um die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, muß das Insolvenzgericht im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht (§ 5 Abs. 1 Satz 1 InsO) solche Umstände feststellen. Geht es um die Geschäftsführerhaftung nach § 64 GmbHG, muß die Gesellschaft, die den Geschäftsführer in Anspruch nimmt, oder deren Insolvenzverwalter die besonderen Umstände vortragen und beweisen.</p>

„Als bald beschaffbare Mittel“:

Die Prognose über eine mögliche Behebung der Liquiditätsschwäche muss auf konkreten Aussichten, beispielsweise der Kapitalbeschaffung (durch Kreditaufnahme oder Hereinnahme eines Investors), der **Hereinbringung** von Außenständen, der Gewährung von Gesellschafterdarlehen, der kurzfristigen Verwertung leicht verwertbaren Vermögens uä beruhen. **In allen diesen Fällen wird die Angemessenheit der Frist zur Herstellung einer pünktlichen Zahlungsfähigkeit verschieden lang sein können.** In

Beträgt die Unterdeckung 10 % oder mehr, muß umgekehrt im Rahmen des § 64 GmbHG der Geschäftsführer der Gesellschaft - falls er meint, es sei doch von einer Zahlungsfähigkeit auszugehen - entsprechende Indizien vortragen und beweisen. Dazu ist in der Regel die Benennung konkreter Umstände erforderlich, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, daß die Liquiditätslücke zwar nicht innerhalb von zwei bis drei Wochen - dann läge nur eine Zahlungsstockung vor -, jedoch immerhin in überschaubarer Zeit beseitigt werden wird. Im Zusammenhang mit einem Gläubigerantrag (§ 14 InsO) muß sich der Schuldner auf diese Umstände berufen, und das Insolvenzgericht hat sie festzustellen (§ 5 Abs. 1 Satz 1 InsO).

Je näher die konkret festgestellte Unterdeckung dem Schwellenwert kommt, desto geringere Anforderungen sind an das Gewicht der besonderen Umstände zu richten, mit denen die Vermutung entkräftet werden kann. Umgekehrt müssen umso schwerer wiegende Umstände vorliegen, je größer der Abstand der tatsächlichen Unterdeckung von dem Schwellenwert ist.

IDW S 11 (Rz 16) vom 22.8.2016:

t. Dieser sich an das Ende des Dreiwochenzeitraums anschließende weitere Zeitraum kann in Ausnahmefällen drei bis u.U. auch bis längstens sechs Monate betragen.

BGH II ZR 88/16 vom 19.12.2017 (Rz 46):

Sowohl vor als auch nach Ablauf des Prognosezeitraums stellt sich aber die Frage, ob dann ggf. mit der erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2013 - IX ZR 93/11, ZIP 2014, 183 Rn. 10; Beschluss vom 5. Februar 2015 - IX ZR 211/13, ZinsO 2015, 841 Rn. 13) von einer in Zukunft drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO auszugehen ist, weil später mit einer erheblichen, nicht mehr schließbaren Liquiditätslücke zu rechnen ist (vgl. Bork,

2. Rechenmodelle gemäß höchstgerichtlichen Urteilen zur Feststellung der Zahlungs(un)fähigkeit

OGH	dBGH
SCHRITT 1 – Feststellung „Finanzstatus“ (Überdeckung/Liquiditätslücke) zum Stichtag	
<p>Gegenüberstellung der zum Stichtag (tatsächlich) <u>fälligen Schulden</u> mit den vorhandenen <u>liquiden Mitteln</u>.</p> <p>Beurteilt wird im Durchschnittsfall anhand einer Liquiditätslücke iHv 5%</p> <p>→ Positives Ergebnis (bzw. 0) oder Liquiditätslücke < 5% = ZAHLUNGSFÄHIG</p> <p>→ Liquiditätslücke > 5% = Prüfung, ob lediglich eine vorübergehende ZAHLUNGSSTOCKUNG vorliegt (Schritt 2)</p>	<p>Gegenüberstellung der zum Stichtag (tatsächlich) <u>fälligen Schulden</u> mit den vorhandenen <u>liquiden Mitteln</u>.</p> <p>Die Höhe der sich allfällig ergebenden Liquiditätslücke ist irrelevant. Ist eine Liquiditätslücke vorhanden, so ist umgehend eine Prognose für die nächsten drei Wochen zu erstellen (Schritt 1b).</p> <p>→ Positives Ergebnis bzw. 0 = ZAHLUNGSFÄHIG</p> <p>→ Negatives Ergebnis = Prüfung, ob lediglich eine vorübergehende ZAHLUNGSSTOCKUNG vorliegt (Schritt 1b)</p>

OGH	dBGH
SCHRITT 1b – erwartete Liquiditätslücke nach 3 Wochen	
<p>In Österreich ist „Schritt 1b“ gemäß höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht vorgesehen.</p>	<p>Zeitraumbezogene Untersuchung anhand eines 3-wöchigen Finanzplans</p> <p>Sämtliche Mittelzu- und Mittelabflüsse sind dabei zu berücksichtigen (das bedeutet: nicht nur bereits bestehende fällige Forderungen und insbesondere Verbindlichkeiten, sondern auch entstehende und im Prognosezeitraum fällige werdende sind zu berücksichtigen! – siehe BGH II ZR 88/16!).</p> <p>Deckungslücke zum Stichtag (aus Schritt 1)</p> <ul style="list-style-type: none"> + Veräußerbares Vermögen + Fremdkapitalaufnahmen ...+ Zuführungen der Gesellschafter ...+ [...] +/- zu erwartender Cashflow der auf den Stichtag folgenden 3 Wochen <p>→ Liquiditätslücke vollständig geschlossen = ZAHLUNGSFÄHIG</p> <p>→ weiterhin Liquiditätslücke, dann Unterscheidung, ob Liquiditätslücke</p> <p>< 10% = idR ZAHLUNGSSTOCKUNG</p> <p>> 10% = idR ZAHLUNGSUNFÄHIG zum Stichtag</p> <p>In beiden Fällen ist ein Liquiditätsplan zu erstellen um zu zeigen, wie sich die Lücke weiter entwickelt („Schritt 2“). Da der BGH mit dem Urteil <i>BGH II ZR 88/16 vom 19.12.2017</i> die „Bugwellentheorie“ verworfen hat, muss die Liquiditätslücke demnächst (3 bis maximal 6 Monate) vollständig geschlossen werden.</p> <p>Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass</p> <ul style="list-style-type: none"> - bei < 10%: die Nachweispflicht durch das Insolvenzgericht bzw. Gesellschafter bzw. Insolvenzverwalter begründet zu erbringen ist, - bei > 10%: der Geschäftsführer entsprechende Indizien beweisen muss.

OGH	dBGH
SCHRITT 2 – Prüfung Zahlungsstockung	
<p>Nachweis, dass nur eine vorübergehende Zahlungsstockung vorliegt.</p> <p><u>Durchschnittsfall 3 Monate:</u></p> <p>Deckungslücke zum Stichtag (aus Schritt 1) + „Als bald beschaffbare Mittel“: + Veräußerbare Vermögen + Fremdkapitalaufnahmen ...+ Zuführungen der Gesellschafter ...+ [...] +/- zu erwartender Cashflow der auf den Stichtag folgenden 3 Monaten</p> <p>Im Einzelfall kann die maximale Frist zur Mittelbeschaffung auch 5 Monate betragen, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit der Beseitigung der Liquiditätsschwäche gerechnet werden kann.</p> <p>→ Positives Ergebnis bzw. 0 = Zahlungsstockung</p> <p>→ Negatives Ergebnis = ZAHLUNGSUNFÄHIG zum Stichtag aus Schritt 1</p>	<p>„Schritt 1b“ und darüber hinaus „Schritt 2“ haben insbesondere Bedeutung für den „Sicherheitsgrad“: je höher die anfängliche Unterdeckung und je länger der Prognosezeitraum, umso größere ist Gewissheit ist Schließung der Liquiditätslücke zu fordern (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bei 6 Monaten).</p> <p>Vollständiges Schließen der Liquiditätslücke bzw. Abwenden der drohenden Zahlungsunfähigkeit (wenn Liquiditätslücke nach 3 Wochen vorhanden, aber < 10% beträgt und aufgrund des Finanzplans eine Ausweitung der Liquiditätslücke droht)</p> <p>Deckungslücke zum Stichtag (aus Schritt 1!) + „Als bald beschaffbare Mittel“: + Veräußerbare Vermögen + Fremdkapitalaufnahmen ...+ Zuführungen der Gesellschafter ...+ [...] +/- zu erwartender Cashflow der auf den Stichtag folgenden 3 bis max. 6 Monaten</p> <p>Je länger der Prognosezeitraum (und Höhe der anfänglichen Unterdeckung), desto höher muss die Wahrscheinlichkeit hinsichtlich vollständiger Schließung der Deckungslücke sein.</p> <p>→ Positives Ergebnis bzw. 0 = Zahlungsstockung</p> <p>→ Negatives Ergebnis = ZAHLUNGSUNFÄHIG zum Stichtag aus Schritt 1</p>

3. Entscheidungsbaum gem. OGH bzw. BGH:

