

# Wann liegt Zahlungsunfähigkeit vor?

## Warum die „statische“ Auslegung ebenfalls eine dynamische ist

Rudolf Siart / Klaus Rieder



**Prof. Mag. Rudolf Siart** ist Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und gerichtlich beeideter Buchsachverständiger in Wien.



**Mag. Klaus Rieder** ist Revisor und wissenschaftlicher Mitarbeiter einer Treuhand GmbH in Wien.

Buchsachverständige werden von Staatsanwaltschaften und Gerichten häufig zurate gezogen, wenn es darum geht, bei Kridadelikten (insb § 159 StGB), aber auch bei insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbeständen (insb §§ 30 f IO) den Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners festzustellen. Dies, weil die 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 ist.

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht besteht 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 Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ermöglicht. Die juristische Literatur beschäftigt sich insb seit dem zum Anfechtungsrecht ergangenen OGH-Urteil vom 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, intensiv mit dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit. Dabei plädieren viele Autoren für die Anwendung der statischen Auslegung. Dieser Beitrag setzt sich mit den wesentlichen hierzu vorgebrachten Argumenten auseinander.

### 1. Statische vs dynamische Auslegung

In jüngerer Vergangenheit führten mehrere Autoren – so auch *Isola/Seidl/Sprajc*<sup>1</sup> – aus, es sei problematisch, dass bei einer stichtagsgenauen Berechnung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit entweder mittels „statischer“ oder „dynamischer“ Methode vorgegangen werden könne. Für die Betroffenen bedeute insb die Anwendung der dynamischen Methode eine erhöhte Exposition in zivil- und strafrechtlicher Hinsicht, weil dies idR eine „*Vorverlegung des Eintrittszeitpunkts*“ der Zahlungsunfähigkeit“ bedeute.

Dem ist aus mannigfachen Gründen nicht zu folgen. Entgegen der Meinung der Autoren wird bei der dynamischen Methode nämlich – vor allem im Strafverfahren – nicht der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit, sondern jener Zeitpunkt ermittelt, 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. Es geht sohin um die *objektive Erkennbarkeit* der Zahlungsunfähigkeit. Der Chronologie von Ursache und Wirkung folgend kann der Zeitpunkt, zu dem eine allfällige Zahlungsunfähigkeit erkannt wird, dem tatsächlichen (objektiven) *Zeitpunkt des Eintritts* der Zahlungsunfähigkeit zeitlich nur nachgelagert sein, bestenfalls zur gleichen Zeit eintreten. Von einer „*Vorverlegung des Eintrittszeitpunkts*“ – wie behauptet – kann sohin nicht die Rede sein. Darüber hinaus wird der Buchsachverständige – wie *Braun*<sup>2</sup> zutreffend ausführt –, wenn die zur Verfügung gestellten Unterlagen keine Bestimmung eines taggenauen Zeitpunkts zulassen, in der Praxis einen Zeitraum angeben, in dem der Stichtag liegt, zu dem die Zahlungsunfähigkeit spätestens eingetreten ist.

Obige Feststellung ist nur über eine Working-Capital-Betrachtung möglich. Gerade diese stellt das zentrale Element jeder kurzfristigen Zukunftsbetrachtung dar und kann auch, dem OGH folgend, bei der sogenannten „statischen Methode“ nicht außer Acht gelassen werden, wenn es darum geht, jene Mittel festzustellen, die „*alsbald (nicht) zu beschaffen*“ sind.<sup>3</sup>

### 2. Das Urteil des OGH

Anhänger der statischen Betrachtung begründen im Anfechtungsprozess ihre Sichtweise idR mit dem OGH-Urteil vom 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, wonach Zahlungsunfähigkeit vorliege, wenn der Schuldner mehr als 5 % aller *fälligen* Schulden nicht mehr begleichen kann. Kann er 95 % oder mehr begleichen, dürfe ein Zahlungsempfänger von Zahlungsfähigkeit ausgehen.

Zwar mag dies auf eine stichtagsbezogene (= statische) Prüfung hindeuten, und diese (erste) Prüfung hat auch stichtagsbezogen stattzufinden. Jedoch kann – wie *Bachl*<sup>4</sup> zutreffend feststellt – einge-

<sup>1</sup> *Isola/Seidl/Sprajc*, Zur Zahlungsunfähigkeit – Plädoyer für eine „statische“ bzw einheitliche Auslegung, ZIK 2012, 214.

<sup>2</sup> *Braun*, Zahlungsunfähigkeit im Strafrecht – Auswirkungen der Kridareform, *ecolex* 2001, 381.

<sup>3</sup> OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88.

<sup>4</sup> *Bachl*, Die Feststellung der (objektiven) Zahlungsunfähigkeit, *Sachverständige* 2015, 18.

wendet werden, dass es sich trotz einer Liquiditätslücke von über 5 % um eine Zahlungsstockung und nicht um Zahlungsunfähigkeit handelt. Während im Anfechtungsverfahren der Schuldner das Vorliegen einer Zahlungsstockung zu beweisen hat, muss im Strafverfahren der Sachverständige von sich aus prüfen, ob eine Zahlungsstockung vorliegt. Eine solche wird vom OGH allerdings wie folgt definiert:

„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.“<sup>5</sup>

Unzweifelhaft ist für diesen zweiten Prüfungsschritt eine ausschließlich zeitraumbezogene (dynamische) Betrachtung erforderlich. Die stichtagsbezogene Betrachtung stellt sohin lediglich einen ersten Schritt dar, bei dem der OGH in erster Linie die Masseverwalter anspricht, wenn er ausführt:

„Im Anfechtungsprozess hat der Masseverwalter das objektive Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit zu beweisen [...]. 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. Dem Anfechtungsgegner steht in diesem Fall (...) der Gegenbeweis über das Vorliegen bzw die Wahrscheinlichkeit einer bloßen Zahlungsstockung zum Anfechtungszeitpunkt offen.“<sup>6</sup>

### 3. Kritische Würdigung

#### 3.1. Überprüfung der Gesamtsituation

Eine ausschließlich statische Betrachtung greift daher aus der Gesamtsicht eindeutig zu kurz. Dies nicht zuletzt, weil ein Buchsachverständiger erst dann zurate gezogen werden wird, wenn der Beweis durch den Masseverwalter bzw der Gegenbeweis durch den Schuldner für Gericht und/oder Staatsanwaltschaft *nicht eindeutig* erbracht werden konnte. Sohin wird der Buchsachverständige stets die Gesamtsituation – also alle Ebenen – zu überprüfen haben, was letztlich in jedem Fall in einer dynamischen Betrachtung enden muss. Die seitens mancher Autoren bevorzugte statische Methode trägt aber das wesentliche dynamische Element, nämlich die *kurzfristige Mittelbeschaffung*, durch die Formulierung „alsbald zu beschaffen“ seit jeher selbst in sich. Die logische Imparität besteht dabei in der inkonsequenten Einseitigkeit dieser Sichtweise.

Die (letztlich gar nicht so) statische Auslegung wird dahingehend definiert, dass nur die *zum Stichtag bereits fälligen Schulden* in die Betrachtung einzubeziehen sind. So weit, so kurzichtig. Würde der statische Gedanke konsequent verfolgt, dürften im Sinne der Fristenkongruenz den zum Stichtag fälligen Verbindlichkeiten auch nur die zum Stichtag vorhandenen flüssigen Mittel gegenübergestellt werden („Liquidität 1. Grades“). Dies würde erfahrungsgemäß aber dazu führen, dass beinahe jedes Unternehmen sofort als zahlungsunfähig zu beurteilen wäre.

#### 3.2. Beispiel aus der Praxis

Aktiva		Passiva	
<b>Anlagevermögen</b>	<b>840</b>	<b>Eigenkapital</b>	<b>500</b>
Vorräte	60	<b>Pensionsrückstellungen</b>	<b>200</b>
Forderungen aus L+L	40	langfristige Verbindlichkeiten	200
Kassa/Bankguthaben	60	kurzfristige Verbindlichkeiten	100
		davon fällig	90
<b>Umlaufvermögen</b>	<b>160</b>	<b>Fremdkapital</b>	<b>300</b>
ARA	0	<b>PRA</b>	<b>0</b>
	<b>1.000</b>		<b>1.000</b>

Bei konsequent *statischer Betrachtung* (Liquidität 1. Grades) ergeben sich folgende Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Zahlungsfähigkeit:

<sup>5</sup> OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w (Hervorhebung der Autoren).

<sup>6</sup> OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w (Hervorhebung der Autoren).

**Liquidität 1. Grades**

Kassa/Bankguthaben		60
fällige Verbindlichkeiten	-90	
davon 95 % gemäß OGH	-85,5	-85,5
<b>Unterdeckung</b>		<b>-25,5</b>
<b>Liquidität 1. Grades:</b>	Kassa/Bankguthaben	60
	kurzfristige Verbindlichkeiten	-100
	<b>negative Liquidität 1</b>	<b>-40</b>

Da idR mangels ausreichend liquider Mittel bei der Liquidität 1 sehr rasch eine Unterdeckung gezeigt würde, sollen wohl in weiterer Folge diese fälligen Schulden mit Verweis auf obige OGH-Judikatur nicht nur mit den zum Stichtag vorhandenen (liquiden) Mitteln beglichen werden, sondern darüber hinaus auch mit jenen, die „alsbald zu beschaffen“ sind,<sup>7</sup> bzw seit 2011 klarstellend 95 % der fälligen Schulden.<sup>8</sup>

In weiterer Folge werden mehrere Liquiditätsgrade – je nach Erweiterung der aktivseitigen kurzfristigen Positionen – unterschieden.

**Liquidität 2. Grades**

Kassa/Bankguthaben		60
Forderungen aus L+L		40
kurzfristige Verbindlichkeiten		-100
<b>Liquidität 2</b>		<b>0</b>

Die *dynamische Betrachtung* im gegenständlichen Kontext entspricht im Kern jedoch am ehesten der Liquidität 3. Grades, die auch als Working Capital bezeichnet wird:

**Liquidität 3. Grades = Working Capital**

Kassa/Bankguthaben		60
Forderungen aus L+L		40
Vorräte	60	160
kurzfristige Verbindlichkeiten		-100
<b>Liquidität 3 = Working Capital</b>		<b>60</b>

**3.3. (Dynamische) Planungsrechnung**

Betriebswirtschaftlich stellen nicht nur Forderungen, sondern auch weitere Posten kurzfristig zu Geld werdende Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens dar (zB auch Vorräte bei schnell „drehendem“ Lager). Darüber hinaus ist auch der während der nach dem OGH relevanten Zeitspanne (maximal fünf Monate) zusätzlich zu erwartende operative Cashflow aus der Tätigkeit selbst zu berücksichtigen. Dieser führt ebenfalls zu Mittelzuflüssen. Sogar wird der Fonds zur Deckung der kurzfristigen Schulden gegenüber der rein statischen Betrachtung erheblich erweitert. Das heißt aber, dass erst die Erweiterung um die dynamische Komponente – nämlich die Einbeziehung der zukünftigen Mittel – eine unmittelbare Zahlungsunfähigkeit, wie sie durch eine rein statische Betrachtung angezeigt wäre, verhindert.

Das bedeutet wiederum, dass eine Planungsrechnung auch bei statischer Betrachtungsweise für den Betroffenen unumgänglich ist. Im Übrigen weisen §§ 66 f IO, aus denen die zweistufige Überschuldungsprüfung abgeleitet wird, auf eine eindeutig dynamische Sichtweise hin. So gibt letztlich erst die bei negativem Eigenkapital (zu Liquidationswerten) verpflichtend zu erstellende Fortbestehensprognose – dem Wesen nach eine dynamische Planungsrechnung – Auskunft darüber, ob allenfalls Zahlungsunfähigkeit vorliegt.

Worin daher die oftmals behauptete höhere Rechtssicherheit bei der statischen gegenüber der dynamischen Methode besteht, weil keine Planungselemente erforderlich seien bzw die statische Methode, wie auch Dellinger ausführt, „nicht prognoseabhängig“ sei, erschließt sich uE nicht. Nicht

<sup>7</sup> OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88.

<sup>8</sup> OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w.

zuletzt deswegen, weil es bei beiden Methoden unternehmerischer Planung bedarf. Dabei auch sämtliche kurzfristig fällig werdenden Verbindlichkeiten in die Betrachtung einzubeziehen – insb zur Wahrung der Fristenkongruenz bei den untersuchten Bilanzposten –, ist nur konsequent und umfasst den gesamten kurzfristigen Bereich und dessen Potenzial. Zudem ergibt es ein verzerrtes Bild des Liquiditätsstatus, wenn einzig auf die „alsbald“ zu erwartenden Zuflüsse geachtet wird und die in demselben Zeitraum ebenfalls anfallenden bzw fällig werdenden Mittelabflüsse ignoriert werden. Sprung/Schumacher<sup>9</sup> führen aus, dass in der *dynamischen Betrachtungsweise* für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit nicht nur gegenwärtig fällige, sondern auch künftig fällig werdende Schulden zu berücksichtigen sind. Dabei sollen jene noch nicht fälligen Verbindlichkeiten zu berücksichtigen sein, „die der Schuldner bei ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung im Hinblick auf deren Fälligkeitsdatum und Ausmaß einerseits und seine künftig zu erwartenden Einnahmen andererseits schon jetzt in den Bereich der finanziellen Vorsorge einzubeziehen hat“.<sup>10</sup>

Was passiert, wenn innerhalb des vom OGH festgelegten Zeitraums von drei Monaten (im Durchschnittsfall),<sup>11</sup> in dem auf die zufließende Liquidität „gewartet“ bzw diese beschafft wird, weitere Schulden fällig werden? Für diese fällig werdenden Verbindlichkeiten steht die im selben Zeitraum freiwerdende („alsbald zu beschaffende“) Liquidität nicht mehr zur Verfügung, weil diese bereits für früher fällige Schulden verwendet werden muss. Sohin entstehen für die neu fällig gewordene Schuld ein neu zu untersuchender Stichtag und eine weitere Prolongation des Mittelbeschaffungszeitraums von drei Monaten usw. Daher ist bei Anwendung des schon jetzt nur noch „halbstatistischen“ Modells eine *laufende Rollierung* bei jedem Fälligwerden einer weiteren Verbindlichkeit – also uU eine Folge von einzelnen Stichtagsbetrachtungen – vonnöten, was in der Gesamtsicht letztlich einer dynamischen *Ex-ante*-Betrachtung des gesamten kurzfristigen Bereichs entspricht (= „Finanzmittelfonds Working Capital“). Insb wenn die Mittel zur Deckung der fälligen Schulden durch die Aufnahme neuer Schulden beschafft wurden, ist zu beachten, dass die Fähigkeit, Fremdmittel entsprechend den Verpflichtungen rückzuführen, auch in künftigen Perioden gegeben sein muss. Diese kann nur durch die Berücksichtigung (erst) fällig werdender Schulden und zukünftig freigesetzter Mittel beurteilt werden.

### 3.4. Betriebswirtschaftliche vs juristische Sicht

Gegner der dynamischen Methode führen aus, dass diese ihrer Ansicht nach im juristischen Kontext keine Berechtigung habe.<sup>12</sup> Hierbei wird jedoch verkannt, dass die Feststellung des Zeitpunkts, zu dem Zahlungsunfähigkeit (objektiv) eingetreten ist, *zuerst eine betriebswirtschaftliche Frage* ist. Betriebswirtschaftlich gilt, dass Zahlungsfähigkeit nur dynamisch betrachtet werden kann (siehe oben). Unbestritten ist die Feststellung des Zeitpunkts, zu dem das Unternehmen nicht mehr in der Lage ist, seinen Zahlungsverpflichtungen fristgerecht nachzukommen, als *Vorfrage* für die jeweilige juristische Beurteilung, ob und wann letztlich Zahlungsunfähigkeit vorliegt, betriebswirtschaftlich „richtig“ zu ermitteln. Aus diesem Grund können betriebswirtschaftliche Themen nicht juristisch „ausgelegt“, sondern ausschließlich gerechnet werden. Zur Auslegung könnten allenfalls der Berechnung vorgelagerte Vorfragen, etwa Einschätzungen von Fristigkeiten und Beweisfragen von möglichen positiven Geschäften, sowie die Plausibilität von Finanzplänen in Betracht kommen.

Umso mehr verwundert die Forderung, „größtmögliche Rechtssicherheit zu schaffen und Unsicherheiten zu vermeiden“,<sup>13</sup> zumal betriebswirtschaftlich schon lange klar ist, dass nur die dynamische Betrachtung den gesamten kurzfristigen Bereich vollumfänglich mitberücksichtigt und sohin die betriebswirtschaftlich korrekte Methode darstellt, die kurzfristige Chancen (beschaffbare Mittel), aber auch Risiken (fällig werdende Schulden) gleichermaßen einbezieht. Daraus kann nur gefolgert werden, dass allenfalls bestehende Unsicherheiten in der – dieser Vorfrage nachgelagerten – juristischen Interpretation der Feststellungen begründet sind. Die naturgemäß gegenläufige Intention der jeweiligen Parteien und ihrer Vertreter sowie die sich daraus ergebende juristische Zielsetzung ändern allerdings nichts an der betriebswirtschaftlichen Korrektheit der dynamischen Methode.

Isola/Seidl/Sprajc behaupten, die statische Interpretation finde eine Stütze im Gesetz selbst und führen aus, dass aus § 66 Abs 3 Satz 2 IO<sup>14</sup> „*e contrario gefolgert werden*“ könne, „*dass der Schuldner so lange zahlungsfähig ist, als er alle Gläubiger mit bereits fälligen Forderungen befriedigt*“.<sup>15</sup> Abgesehen davon, dass Gläubiger nur mit Geld befriedigt werden wollen, unterstreicht diese Aussage genau das Gegenteil des Unterstellten. Forderungen sind (im Idealfall) liquide Mittel der näheren Zukunft und sohin ein eindeutig dynamischer Aspekt. Darüber hinaus dürfte es wohl selbstredend sein, dass jemand, dessen *kurzfristig fällige* Forderungen bereits *alle* Verbindlichkeiten übersteigen, in den seltensten Fällen mit einer drohenden Zahlungsunfähigkeit kämpft.

<sup>9</sup> Sprung/Schumacher, Die Zahlungsunfähigkeit als Konkursöffnungsgrund, JBl 1978, 122.

<sup>10</sup> Sprung/Schumacher, JBl 1978, 122; ähnlich Petschek/Reimer/Schiemer, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 30.

<sup>11</sup> OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w.

<sup>12</sup> Isola/Seidl/Sprajc, ZIK 2012, 214 (215).

<sup>13</sup> Isola/Seidl/Sprajc, ZIK 2012, 214 (216).

<sup>14</sup> § 66 Abs 3 Satz 2 IO: „Der Umstand, daß der Schuldner Forderungen einzelner Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt hat oder noch befriedigen kann, begründet für sich allein nicht die Annahme, daß er zahlungsfähig ist.“

<sup>15</sup> Isola/Seidl/Sprajc, ZIK 2012, 214 (215).

### 3.5. Kriterienkatalog des § 159 StGB

Wenn schon Argumente für eine Wortlautinterpretation von Gesetzen herauszulesen sind, dann wohl überwiegend solche, die eine dynamische Auslegung unterstützen. Insb im strafrechtlichen Kontext ist dies durch § 159 StGB eindrücklich gegeben. Analysiert man die einzelnen Bestimmungen des Katalogs kridaträchtiger Handlungen aus betriebswirtschaftlicher Sicht dahingehend, ob sie dynamisch oder statisch zu verstehen sind, ergibt sich Folgendes:

- **§ 159 Abs 5 Satz 1 StGB:** „Kridaträchtig handelt, wer entgegen Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens [...]“. Die Grundsätze ordentlichen Wirtschaftens enthalten naturgemäß eine Zukunftskomponente, weil Wirtschaften ein In-die-Zukunft-Schauen im Sinne von Planung, Organisation, Vorsorge, (rechtzeitiger) Einbeziehung von Veränderungen etc bedeutet. Mit anderen Worten: Es bedeutet, so viel an Mitteln zu erwirtschaften bzw bereitzuhalten, dass die Verpflichtungen erfüllt werden können bzw schlussendlich zum gegebenen Zeitpunkt für die jeweiligen Gläubiger ausreichend Mittel vorhanden sind.
- **§ 159 Abs 5 Z 2 StGB:** „[...] durch ein außergewöhnlich gewagtes Geschäft, das nicht zu seinem gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, durch Spiel oder Wette übermäßig hohe Beträge ausgibt [...]“. Geschäfte – ob sie zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören oder nicht – können nur dann den Charakter eines gewagten Geschäfts haben, wenn sie nicht Zug um Zug abgewickelt werden. Zug um Zug bedeutet den direkten, unmittelbaren Austausch von Geld und Ware (oder Leistung). Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass jemand, der nach den Grundsätzen des ordentlichen Wirtschaftens handelt, bei einem Zug-um-Zug-Geschäft bereit ist bzw erwartet, weniger zu erhalten, als er hingibt.  
Gewagte Geschäfte sind idR deswegen gewagt, weil Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungsgeschäft im Zeitablauf auseinanderliegen, weil Planungshandlungen bzw Vorlaufaufgaben stattfinden und die (künftige) Realisierung bzw Entwicklung des Geschäfts ungewiss ist. Auch diese Umstände sind zukunftsgerichtet.
- **§ 159 Abs 5 Z 3 StGB:** „[...] übermäßigen, mit seinen Vermögensverhältnissen oder seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallenden Widerspruch stehenden Aufwand treibt [...]“. Eine diesbezügliche Analyse beinhaltet ebenfalls eine Zukunftsbetrachtung. Leistungsfähigkeit bedeutet, sich jetzt und in Zukunft etwas leisten zu können, davon ausgehen zu können, dass man es sich im Wortsinn leisten kann, Aufwand zu treiben und Investitionen samt entsprechender Finanzierung einzugehen. Die Leistungsfähigkeit wird, wenn sie richtig eingeschätzt bzw geplant wurde, durch zukünftige Überschüsse (Cashflow) bzw die Abdeckung der Aufwendungen (Ausgaben) bestätigt.
- **§ 159 Abs 5 Z 4 StGB:** „[...] Geschäftsbücher oder geschäftliche Aufzeichnungen zu führen unterlässt oder so führt, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird, oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen solchen Überblick verschaffen, unterlässt [...]“. Hier wird, wie in § 222 Abs 2 UGB, auf das Erfordernis hingewiesen, ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage abzubilden. Der Strafgesetzgeber „borgt“ sich den unternehmensrechtlichen Begriff „Vermögens-, Finanz- und Ertragslage“ aus. Im StGB wird von der „wahren“ Vermögens-, Finanz-, und Ertragslage gesprochen – im Gegensatz zum „möglichst getreuen Bild“ derselben in § 222 Abs 2 UGB.

Mit der StGB-/StPO-Novelle 2000<sup>16</sup> wurde der Tatbestand des § 159 StGB („Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“) neu gefasst. Die ErlRV stellen klar, dass die Beifügung „wahr“ dabei „ein möglichst getreues Bild der tatsächlichen Verhältnisse“ meint.<sup>17</sup> „Überblick verschaffen“ heißt auch, von der aktuellen Situation (Ist-Zustand) unter Zugrundelegung der Grundsätze ordentlichen Wirtschaftens in die Zukunft zu schauen, also zu planen bzw Soll-Erwartungen abzubilden.

Wie den ErlRV zur Einführung der „grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“ (§ 159 StGB) entnommen werden kann,<sup>18</sup> gilt es, den „wirtschaftlichen Blindflug“ zu vermeiden. Die Einhaltung der steuerlichen Vorschriften böte eben, insb bei kleinen und nicht protokollierten Unternehmen, keine Gewähr, aus betriebswirtschaftlicher Sicht einen solchen Blindflug zu verhindern. Unternehmer haben sich einen zeitnahen Überblick über ihre wirtschaftliche Lage zu verschaffen. Allgemein wird in den ErlRV festgehalten: „Unabhängig davon, ob gesetzliche Aufzeichnungs- bzw Buchführungspflichten bestehen oder nicht, sollen Art und Gestaltung der sonstigen Aufzeichnungs- oder Kontrollmaßnahmen im Ermessen des Wirtschaftstreibenden liegen, solange er dadurch einen Überblick über seine wirtschaftliche Lage erhält.“<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung geändert werden, BGBl I 2000/58.

<sup>17</sup> ErlRV 92 BlgNR 21. GP, 14.

<sup>18</sup> ErlRV 92 BlgNR 21. GP, 13.

<sup>19</sup> ErlRV 92 BlgNR 21. GP, 14.

### 3.6. Kein „wirtschaftlicher Blindflug“!

Die Vermeidung eines „wirtschaftlichen Blindflugs“ – durch sorgfältige Planung der Zukunft bzw. den Blick in die Zukunft – ergibt sich wohl nur aus einer dynamischen, zeitraumbezogenen Betrachtung. Um den Flug steuern zu können, ist sohin eine dynamische Herangehensweise notwendig. Eine ausschließlich statische Betrachtung führt zu einer regungslosen Momentaufnahme. Zwar ist gegen Momentaufnahmen nichts einzuwenden, werden sie doch gebraucht, um von diesem Standpunkt aus in die Zukunft zu blicken. Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass auch eine Stichtagsbilanz dynamische Elemente enthält (*Schmalenbach'sche Bilanztheorie* von 1919) – nämlich jene, die Informationen über die finanzielle Zukunft geben. Halbfertige Arbeiten werden zu Forderungen, und Forderungen werden zu liquiden Mitteln, die wiederum verwendet werden können, um Verbindlichkeiten zu tilgen. Ebenso gilt – damals wie heute – der Finanzierungsgrundsatz der Fristenkongruenz („*Goldene Bilanzregel*“): Langfristig gebundenes Vermögen (Anlagevermögen) wird durch langfristiges Kapital (Eigenkapital, langfristiges Fremdkapital) finanziert. Die Working-Capital-Betrachtung hat spiegelbildlich dieselbe Aussage aus dem Blickwinkel des kurzfristigen Bereichs. Die folgende Darstellung verdeutlicht dies anhand des bereits oben dargestellten Beispiels:

Aktiva		Passiva	
<b>Anlagevermögen</b>	840	<b>Eigenkapital</b>	500
Vorräte	60	<b>Pensionsrückstellungen</b>	200
Forderungen aus L+L	40	langfristige Verbindlichkeiten	200
Kassa/Bankguthaben	60	kurzfristige Verbindlichkeiten	100
		<i>davon fällig</i>	90
<b>Umlaufvermögen</b>	<b>160</b>	<b>Fremdkapital</b>	<b>300</b>
<b>ARA</b>	<b>0</b>	<b>PRA</b>	<b>0</b>
	<b>1.000</b>		<b>1.000</b>
<b>Anlagevermögen (langfristig) – Eigenkapital – Fremdkapital (langfristig)</b>			<b>-60</b>
<b>Working Capital (Umlaufvermögen – kurzfristige Verbindlichkeiten)</b>			<b>60</b>

Das Beispiel zeigt, dass die Fristenkongruenz insoweit gewahrt ist, als das langfristige Vermögen zur Gänze langfristig finanziert wird. Darüber hinaus wird auch kurzfristiges Vermögen im Ausmaß von 60 mit langfristigem Kapital finanziert. Dies stellt keine Schwierigkeiten im Hinblick auf die Liquidität dar, weil das kurzfristig gebundene Vermögen früher zu einem Mittelzufluss führt, als die entsprechende (langfristige) Schuldentilgung zu erfolgen hat. Würde hingegen im umgekehrten Fall langfristige gebundenes Vermögen mit kurzfristigem Kapital (kurzfristiger Kredit, Lieferantenzin) finanziert, hätte dies unmittelbar negative Folgen auf die Liquidität des Unternehmens, weil langfristiges Vermögen *per definitionem* eben nicht sofort wieder zu Geld gemacht wird. Sohin kann der kurzfristig fällige Zahlungsabfluss zur Schuldentilgung nicht fristengleich vermögensseitig kompensiert werden. Mittel fließen damit ab, ohne zeitnah „ersetzt“ zu werden.

Buchsaachverständige werden überwiegend zur Frage der Zahlungsunfähigkeit iZm Unternehmen beauftragt. Befürworter der sogenannten statischen Auslegung (die – wie ausgeführt – auch dynamische Elemente enthält) führen daher häufig ins Treffen, dass bei der dynamischen Interpretation außer Acht gelassen werde, dass die strafrechtlichen und insolvenzrechtlichen Normen wie die einschlägigen Anfechtungstatbestände auch Rechtsunterworfenen betreffen würden, die keine Unternehmer sind. Demnach könne von einem Nichtunternehmer schwerlich verlangt werden, dass er planvoll und nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen denkt und so seine Zahlungsunfähigkeit erkennt. Diese offensichtlich als komplex empfundenen und folglich nicht jedermann zumutbaren betriebswirtschaftlichen Grundsätze erschöpfen sich – jedenfalls bei diesem Thema – jedoch ausschließlich im gesunden Hausverstand, und zwar im logischen Grundsatz, dass jemand, der mehr Schulden aufbaut, als er verdienen und rückzahlen kann, bald Zahlungsschwierigkeiten haben wird.

Um eine solche Planung aufzustellen, muss niemand Unternehmer oder gar Akademiker sein. Sind des Weiteren alle Stundungs- und Mittelbeschaffungsmöglichkeiten oder Kontorahmen ausgeschöpft, ist spätestens beim geballten Eintreffen betragsmäßig hoher Mahnungen oder Exekutionen zusammen mit anderen Rückständen wohl auch für Nichtunternehmer die Zahlungsunfähigkeit erkennbar. Dennoch wird Rechtsunterworfenen mit dieser Argumentation die einfache Rechnung nicht zugetraut.

Darüber hinaus wird oft verkannt, dass die Erkennbarkeit der Zahlungsunfähigkeit aus der Perspektive der subjektiven Tatseite nicht mit der objektiven Erkennbarkeit verwechselt oder gar vermischt werden darf. Wenn ein Schuldner die ihm zur Verfügung stehenden Instrumente zur Feststellung seines Liquiditätsstatus nicht oder nicht richtig anwendet oder hieraus die falschen Schlüsse zieht, mag es zutreffen, dass er seine Zahlungsunfähigkeit subjektiv nicht erkennt. Im Hinblick auf die Vorwerfbarkeit dieses Handelns wird jedoch ausschließlich das Gericht entscheiden. Der Buchsachverständige liefert lediglich die Antwort auf die hierfür nötige Vorfrage: Wann hätte der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit nach objektiven Maßstäben erkennen müssen? Diese Frage ist ebenfalls ausschließlich über einen dynamischen Zugang zu beantworten. Im Übrigen ist anzumerken, dass das redliche Scheitern nicht pönalisiert wird, ein wirtschaftlicher Blindflug jedoch sehr wohl.

### ► Auf den Punkt gebracht

Das Urteil des OGH vom 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w, zur Frage, wann insolvenz- bzw anfechtungsrechtlich Zahlungsunfähigkeit vorliegt, war und ist Auslöser für eine anhaltende, in erster Linie juristische Diskussion: Ist zur Feststellung des Zeitpunkts des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit eine statische oder eine (betriebswirtschaftlich korrekte) dynamische Methode im juristischen Kontext einheitlich anzuwenden? Aus einer näheren Betrachtung ergibt sich, dass die statische Auslegung letztlich ebenfalls eine dynamische ist, bei der die „alsbald zu beschaffenden“ Mittel berücksichtigt werden. Die Anwendung der statischen, zeitpunktorientierten Sicht wird mit genanntem OGH-Urteil begründet, wonach der Schuldner in der Lage sein muss, 95 % der zu einem Stichtag fälligen Schulden zu decken, um als zahlungsfähig zu gelten.

In diesem Urteil hat der OGH konkret die Masseverwalter angesprochen, zugleich jedoch angemerkt, dass es sich bei einer auf diese Weise (statisch) ermittelten Liquiditätslücke auch um eine Zahlungsstockung handeln kann. Der Beweis, ob eine Zahlungsstockung oder doch Zahlungsunfähigkeit vorliegt, kann letztlich aber nur durch eine dynamische Methode aus *Ex-ante*-Sicht gelingen. Die statische Auslegung ist daher in wesentlichen Zügen ebenfalls dynamisch. Die (statische) Betrachtung ausschließlich der fälligen Schulden zu einem Stichtag ist lediglich der erste Schritt zur Bestimmung des Zeitpunkts des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit. Dies wird letztlich immer in einer dynamischen Betrachtung enden, wenn es darum geht, eine Zahlungsstockung oder eine „Loch-auf-Loch-zu-Politik“ auszuschließen.

Vor diesem Hintergrund erscheint die intensive Diskussion, welche Auslegung der Zahlungsunfähigkeit die richtige ist, in der Gesamtsicht entbehrlich.

## Veranstaltungstipp

### Geschäftsführer- & Vorstandshaftung

#### Unternehmerische Entscheidungen als Haftungsfälle

##### Allgemeines

- Zivil- und gesellschaftsrechtliche Grundlagen der Haftung
- Außen- vs Innenhaftung

##### Gesellschaftsrecht

- Die Haftung des Geschäftsführers und des Vorstandes für Fehlentscheidungen
- Unternehmerisches Risiko und Haftung
- Haftungsvermeidung und Business Judgement Rule

##### Steuer- und Sozialversicherungsrecht

- Steuerrechtliche Haftungen im Überblick
- Fehlentscheidungen im steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Haftungssystem
- Höchstgerichtliche Rechtsprechung zur notwendigen Sorgfalt des Geschäftsführers in abgabenrechtlichen Angelegenheiten
- Vertretbare Rechtsansichten und deren finanzstrafrechtliche Konsequenzen
- Steuerrechtliche Haftungsprävention

**Termin:** 17. 10. 2017, 13:00 bis 17:00 Uhr.

**Ort:** Hotel De France, Schottenring 3, 1010 Wien.

**Anmeldung/Informationen:** [www.lindecampus.at](http://www.lindecampus.at).