

Fachgutachten

des **Fachsenats für Betriebswirtschaft** der **Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer** zur

Zahlungsunfähigkeit

(beschlossen in der Sitzung des Fachsenats für Betriebswirtschaft am 10. April 2019 als Fachgutachten KFS/BW 7)

| Inhaltsverzeichnis | Seite |
|--|--------------|
| 1. Vorbemerkungen, Gegenstand und Anwendungsbereich | 3 |
| 2. Der Begriff „Zahlungsunfähigkeit“ | 3 |
| 2.1. Charakterisierung | 3 |
| 2.2. Grundlegende Definition | 4 |
| 2.3. Die Bedeutung des Begriffs „fällige Schulden“ im Rahmen der Definition | 4 |
| 3. Mit der Zahlungsunfähigkeit in Zusammenhang stehende Begriffe | 5 |
| 3.1. Der Begriff „Zahlungsstockung“ | 5 |
| 3.2. Der Begriff „Zahlungseinstellung“ | 6 |
| 3.3. Der Begriff „drohende Zahlungsunfähigkeit“ | 6 |
| 4. Der Zusammenhang der Pflichten der Unternehmensleitung mit den Insolvenzeröffnungsgründen | 6 |
| 4.1. Vorbemerkungen | 6 |
| 4.2. Sorgfalt und Redlichkeit | 7 |
| 4.3. Verpflichtung zu geschäftlichen Aufzeichnungen, insbesondere zur (Finanz-)Planung | 7 |
| 4.4. Prüfung des Vorliegens des Insolvenzeröffnungsgrundes Zahlungsunfähigkeit | 8 |
| 4.5. Zusammenhänge mit dem Insolvenzeröffnungsgrund Überschuldung und der Abschlussaufstellung | 9 |
| 4.6. Erkennbarkeit und Konsequenzen drohender Zahlungsunfähigkeit | 10 |
| 5. Ermittlung des Zeitpunkts des Eintretens der Zahlungsunfähigkeit in der Vergangenheit und durch Dritte | 11 |
| 6. Die Komponenten des Finanzstatus | 12 |
| 6.1. Bereite Zahlungsmittel | 12 |
| 6.2. Fällige Schulden | 13 |
| 7. Einzelfragen zur Zahlungsstockung bei einer 5 % übersteigenden Liquiditätslücke | 14 |
| 7.1. Maßgebender Beurteilungszeitpunkt | 14 |
| 7.2. Anforderungen an den aufzustellenden Finanzplan | 14 |
| 7.3. Fristen und Wahrscheinlichkeiten für die Wiederherstellung der vollen Zahlungsfähigkeit | 14 |

| | |
|---|-----------|
| 7.4. Konsequenzen der Aufstellung eines Finanzplans zur Dokumentation einer bloßen Zahlungsstockung..... | 15 |
| 8. Anwendungszeitpunkt..... | 16 |
| Anhang: Erläuterungen und Anwendungshinweise | 17 |

1. Vorbemerkungen, Gegenstand und Anwendungsbereich

- (1) Wirtschaftstrehänder sind entweder als Berater oder als Gutachter immer wieder mit Unternehmen und anderen Rechtsträgern in einer (sich abzeichnenden) Krisensituation konfrontiert. In diesem Zusammenhang kommt es oft darauf an, zu welchem Zeitpunkt ein Insolvenzeröffnungsgrund eintritt bzw. eingetreten ist. An erster Stelle zu nennen ist hier die Verpflichtung, „ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber sechzig Tage“ nach diesem Zeitpunkt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen (§ 69 Abs. 2 Satz 1 IO).¹ Weiters anzuführen sind die mit Insolvenzverfahren häufig verbundenen Anfechtungsverfahren (vgl. die §§ 27 ff., insbesondere die §§ 30 und 31 IO) und Strafverfahren (vgl. die §§ 158 ff. StGB), die Zahlungsverbote in den §§ 84 Abs. 3 Z 6 AktG und 25 Abs. 3 Z 2 GmbHG, Unsicherheiten betreffend die Zulässigkeit von Aufrechnungen (vgl. § 20 IO), § 43 Satz 2 AktG sowie der Krisenbegriff des § 2 Abs. 1 EKEG, der u. a. auf Insolvenzeröffnungsgründe Bezug nimmt.
- (2) Das vorliegende Fachgutachten soll zum einheitlichen Umgang mit dem Insolvenzeröffnungsgrund Zahlungsunfähigkeit beitragen, vor allem durch eine systematische Aufbereitung der umfangreichen einschlägigen Rechtsprechung des OGH. Nur ausnahmsweise muss auf Entscheidungen von Oberlandesgerichten zurückgegriffen werden.
- (3) Wegen des engen sachlichen Zusammenhangs geht dieses Fachgutachten auch auf die drohende Zahlungsunfähigkeit ein. Bei deren Vorliegen „kann“ gemäß § 167 Abs. 2 IO ein Sanierungsverfahren auf Antrag des Schuldners eröffnet werden.
- (4) Nicht Gegenstand des vorliegenden Fachgutachtens ist hingegen die Überschuldung. Diese bildet gemäß § 67 Abs. 1 IO bei juristischen Personen und Verlassenschaften sowie eingetragenen Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, einen zur Zahlungsunfähigkeit gleichrangigen weiteren Insolvenzeröffnungsgrund. Für die Prüfung, ob eine insolvenzrechtliche Überschuldung vorliegt, sind ein Vermögensstatus zu Liquidationswerten (rechnerische Überschuldungsprüfung) und/oder eine Fortbestehensprognose zu erstellen; zu dieser vgl. den Leitfaden Fortbestehensprognose, Gemeinsame Stellungnahme der KWT, der WKO und der KMU Forschung Austria, aus 2016. Das vorliegende Fachgutachten geht jedoch auf die Beziehungen ein, die zwischen den Insolvenzeröffnungsgründen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung bestehen (vgl. dazu den Abschnitt 4.5.).
- (5) Wirtschaftstrehändern wird empfohlen, bei ihrer Beratungs- und Gutachtertätigkeit im Zusammenhang mit den Insolvenzeröffnungsgründen Zahlungsunfähigkeit und drohende Zahlungsunfähigkeit auch dann gemäß diesem Fachgutachten vorzugehen, wenn sie im Einzelfall berufsrechtlich nicht dazu verpflichtet sind.

2. Der Begriff „Zahlungsunfähigkeit“

2.1. Charakterisierung

- (6) Die Zahlungsunfähigkeit bildet den allgemeinen – rechtsformunabhängigen – Insolvenzeröffnungsgrund. § 66 IO trägt die Überschrift „Zahlungsunfähigkeit“ und beginnt

¹ Gemäß § 69 Abs. 2a IO „verlängert sich die Frist des Abs. 2 auf 120 Tage“, wenn der Insolvenzeröffnungsgrund „durch eine Naturkatastrophe (Hochwasser, Lawine, Schneedruck, Erdbeben, Bergsturz, Orkan, Erdbeben oder ähnliche Katastrophe vergleichbarer Tragweite)“ eingetreten ist.

mit folgender Hauptaussage (Abs. 1): „Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens setzt voraus, daß der Schuldner zahlungsunfähig ist.“

- (7) Dementsprechend hält der OGH fest: „Bei der Zahlungsunfähigkeit handelt es sich um einen Rechtsbegriff“.² Wenngleich der OGH von vorgelagerten Tatfragen spricht, stellt er klar, dass das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit „eine Frage der rechtlichen Beurteilung ist“.³

2.2. Grundlegende Definition

- (8) „Nach Rechtsprechung und Lehre liegt Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO 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“.⁴
- (9) Diese Definition stellt im ersten Teil auf eine Stichtagsbetrachtung ab und enthält mit dem zweiten Teil („... voraussichtlich ...“) ein prognostisches Element. Die beiden Teile ergänzen einander: Wenn die Stichtagsbetrachtung (erster Teil) eine Liquiditätslücke ergibt, muss geprüft werden (zweiter Teil), „ob der objektive Zustand der Zahlungsunfähigkeit voraussichtlich einen Dauerzustand bildet oder dieser nur kurzfristiger Natur ist“,⁵ sodass von einer bloßen Zahlungsstockung auszugehen ist. „Zahlungsunfähigkeit ist dann nicht anzunehmen, wenn die Unfähigkeit, finanzielle Verbindlichkeiten zu befriedigen, in verhältnismäßig kurzer Zeit behoben werden kann“.⁶
- (10) Praktisch anwendbar wird die grundlegende Definition der Zahlungsunfähigkeit erst durch die Auslegung ihrer einzelnen Komponenten. Zur Stichtagsbetrachtung vgl. die Abschnitte 6. und 2.3., zur Zahlungsstockung die Abschnitte 3.1. und 7.

2.3. Die Bedeutung des Begriffs „fällige Schulden“ im Rahmen der Definition

- (11) Mit den „fälligen Schulden“ sind entsprechend dem Wortsinn die zum Beurteilungszeitpunkt bereits fälligen Schulden gemeint. Daraus folgt, dass im Rahmen der Stichtagsbetrachtung „erst künftig fällig werdende Schulden nicht zu berücksichtigen sind“.⁷ Für die Finanzplanung (vgl. dazu die Abschnitte 4.3. und 7.2.) sind diese Schulden hingegen nach Maßgabe des Planungszeitraums relevant.
- (12) § 66 Abs. 3 Satz 1 IO stellt klar: „Zahlungsunfähigkeit setzt nicht voraus, daß Gläubiger andrängen.“ Dementsprechend stellt der OGH fest, dass es nur auf die Fälligkeit der Schulden ankommt, nicht auf ihre Eintreibung; Verbindlichkeiten gegen andrängende und solche gegen abwartende Gläubiger sind in gleicher Weise zu berücksichtigen. Auch der Zeitpunkt der Einbuchung der Schulden ist irrelevant.

² OGH 29.11.1983, 7 Ob 744/83; ähnlich OGH 7.11.2002, 8 Ob 87/02f.

³ OGH 29.11.1983, 7 Ob 744/83; ähnlich OGH 27.9.1990, 7 Ob 655/90; OGH 15.10.1992, 8 Ob 516/91; OGH 14.2.2001, 7 Ob 11/01w; OGH 16.12.2008, 8 Ob 133/08d.

⁴ OGH 22.11.2011, 8 Ob 118/11b; ab dem Wort „vor“ identisch mit OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w, wo zu dieser Definition zahlreiche frühere Entscheidungen angeführt werden.

⁵ OGH 22.11.2011, 8 Ob 118/11b, und OGH 25.11.2015, 8 Ob 117/15m.

⁶ OGH 5.4.1989, 1 Ob 526/89.

⁷ OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w; verwiesen wird auf die sinngleiche Aussage (mit Argumenten) in OGH 28.6.1990, 8 Ob 624/88; vgl. weiters OGH 15.10.1992, 8 Ob 516/91.

- (13) Unter den „fälligen Schulden“ sind grundsätzlich *alle* fälligen Schulden zu verstehen.⁸ Der OGH vertritt allerdings die – freilich „nicht absolut für jeden Einzelfall gültige“ – Auffassung, dass eine „Unterdeckung von etwa 5 % ... als bloße Zahlungsstockung und noch gegebene Zahlungsfähigkeit beurteilt werden“ kann,⁹ gelangt also zu folgender Definition für die Stichtagsbetrachtung: „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.“¹⁰ Aus einer gesamthaften Betrachtung der diese Definition enthaltenden Entscheidung ergibt sich, dass die Schlussfolgerung auch für den Schuldner gilt; er kann – ungeachtet eventueller Schwierigkeiten, dies zu erkennen – nur entweder zahlungsfähig oder zahlungsunfähig sein. Gemäß der zitierten Definition ist ein Schuldner zahlungsfähig, solange das Ausmaß der fälligen Schulden, die er nicht termingerecht bezahlen kann, 5 % nicht überschreitet.
- (14) Die Fähigkeit, einzelne oder für das Weiterführen des Unternehmens wichtige Verbindlichkeiten zu begleichen, reicht zur Annahme der Zahlungsfähigkeit nicht aus; § 66 Abs. 3 Satz 2 IO stellt klar: „Der Umstand, daß der Schuldner Forderungen einzelner Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt hat oder noch befriedigen kann, begründet für sich allein noch nicht die Annahme, daß er zahlungsfähig ist.“

3. Mit der Zahlungsunfähigkeit in Zusammenhang stehende Begriffe

3.1. Der Begriff „Zahlungsstockung“

- (15) Eine Zahlungsstockung „liegt vor, wenn der Schuldner „voraussichtlich“ und „alsbald“ seine fälligen Schulden zur Gänze bezahlen wird können.“¹¹ Mit anderen Worten (vgl. den Abschnitt 2.2. zur grundlegenden Definition der Zahlungsunfähigkeit): Eine laut Stichtagsbetrachtung bestehende Liquiditätslücke kann voraussichtlich alsbald behoben werden.
- (16) „Für die Beurteilung, ob Zahlungsstockung oder ein Dauerzustand vorliegt, ist die Gesamtsituation des Einzelfalles maßgebend.“¹² Es geht um die „Tatfrage“,¹³ ob in „angemessener“ Frist¹⁴ eine Rückkehr zu pünktlicher Zahlungsweise begründet erwartet werden darf.
- (17) Zur Abgrenzung der Zahlungsstockung von der (dauerhaften) Zahlungsunfähigkeit hat der OGH folgende Richtschnur entwickelt: Von einer bloßen Zahlungsstockung kann ausgegangen werden, wenn entweder laut Stichtagsbetrachtung höchstens 5 % aller fälligen Schulden nicht bezahlt werden können oder – bei Überschreiten der 5 % – das baldige (Wieder-)Erreichen der vollen Zahlungsfähigkeit mit einem Finanzplan dokumentiert werden kann. Die sich im Fall des Überschreitens der 5 % ergebenden Einzelfragen werden im Abschnitt 7. erörtert.

⁸ Vgl. OGH 11.10.2012, 2 Ob 117/12p, wo das Wort „alle“ durch Unterstreichen hervorgehoben wird, mit Verweis auf frühere Entscheidungen.

⁹ OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w; ebenso OGH 22.11.2011, 8 Ob 118/11b; OGH 11.10.2012, 2 Ob 117/12p; OGH 25.11.2015, 8 Ob 117/15m.

¹⁰ OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w (die IO hieß noch Konkursordnung).

¹¹ Ebenda.

¹² OGH 11.11.1986, 2 Ob 532 und 533/86; ähnlich OGH 18.2.2005, 10 Ob 90/04i.

¹³ OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w.

¹⁴ OGH 18.2.2005, 10 Ob 90/04i.

3.2. Der Begriff „Zahlungseinstellung“

- (18) Dieser Begriff ist insofern von Bedeutung, als ihn der Gesetzgeber mit der Zahlungsunfähigkeit verbindet. § 66 Abs. 2 IO lautet: „Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt.“ Damit gilt bei Zahlungseinstellung die – widerlegbare – gesetzliche Vermutung, dass Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Wer sich auf eine Zahlungseinstellung beruft, braucht die Zahlungsunfähigkeit nicht weiter zu belegen. Außerdem sieht § 69 Abs. 1 Satz 2 IO vor: „Die vom Schuldner an das Gericht erstattete Anzeige von der Zahlungseinstellung gilt als Antrag“ auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens.
- (19) Die Zahlungseinstellung kann nicht nur vom Schuldner ausdrücklich oder konkludent erklärt, sondern auch aus Indizien geschlossen werden (vgl. zu diesen den Abschnitt 5.). Eine Zahlungseinstellung kann auch bei (noch) gegebener Zahlungsfähigkeit erfolgen, vor allem wenn eine Kapitalgesellschaft oder ein anderer § 67 IO unterliegender Rechtsträger (vgl. die Rz (4)) seine Überschuldung feststellt und seiner Verpflichtung zur Gläubigergleichbehandlung nachkommt.
- (20) Die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit kann im Einzelfall widerlegt werden. Einerseits kann eine bloße Zahlungsstockung vorliegen (vgl. dazu den Abschnitt 3.1.). Andererseits kann die Zahlungseinstellung auf Zahlungsunwilligkeit beruhen. Die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung gelingt nur, wenn die Zahlungsfähigkeit bzw. das Vorliegen einer bloßen Zahlungsstockung belegt werden kann.

3.3. Der Begriff „drohende Zahlungsunfähigkeit“

- (21) Eine drohende Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn sich bei aktuell gegebener Zahlungsfähigkeit in einer Finanzplanung für einen zukünftigen Zeitpunkt Zahlungsunfähigkeit abzeichnet, die voraussichtlich nicht abgewendet werden kann.
- (22) Drohende Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung können gleichzeitig vorliegen.¹⁵ Die Finanzplanung (vgl. dazu die Abschnitte 4.3. und 7.2.) kann z. B. zeigen, dass eine aktuell bestehende Liquiditätslücke höchstwahrscheinlich binnen zwei Monaten behoben werden kann, sodass sie als Zahlungsstockung zu beurteilen ist, und zugleich aufzeigen, dass für die Bezahlung einer in acht Monaten fälligen hohen Kredittilgungsrate voraussichtlich nicht genügend finanzielle Mittel zur Verfügung stehen werden.

4. Der Zusammenhang der Pflichten der Unternehmensleitung mit den Insolvenzeröffnungsgründen

4.1. Vorbemerkungen

- (23) Der Begriff „Unternehmensleitung“ wird im Interesse besserer Lesbarkeit verwendet. Er bezieht sich auf alle Arten von Unternehmen und anderen der IO unterliegenden Rechtsträgern, umfasst also Einzelunternehmer, geschäftsführende Gesellschafter von Personengesellschaften und gesetzliche Vertreter juristischer Personen, gegebenenfalls auch an deren Stelle tretende andere Verantwortliche iSd § 69 Abs. 3 und 3a IO.

¹⁵ Vgl. dazu die folgende Aussage des OGH: „Eine zwischenzeitliche, wenn auch nur vorübergehende wirtschaftliche Erholung des späteren Gemeinschuldners beseitigt ... die Anfechtbarkeit der während des vorhergehenden Insolvenzstadiums vorgenommenen Rechtshandlung“ (27.8.1998, 2 Ob 196/98g).

- (24) Auf Besonderheiten betreffend Unternehmen, für die branchenspezifische Vorschriften bestehen, wird nicht eingegangen.

4.2. Sorgfalt und Redlichkeit

- (25) Unabhängig von der Größe und der Komplexität des Unternehmens und unabhängig davon, ob sich das Unternehmen in einer (sich abzeichnenden) Krisensituation befindet, muss die Unternehmensleitung mit angemessener Sorgfalt und redlich handeln. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Bezugnahme auf „Grundsätze[n] ordentlichen Wirtschaftens“ in § 159 Abs. 5 StGB, den Begriff „Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers“ in § 347 UGB, den Begriff „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ in § 25 Abs. 1 GmbHG und den Begriff „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ in § 84 Abs. 1 AktG.
- (26) Gerade im Zusammenhang mit der Zahlungs(un)fähigkeit wird die Redlichkeit vom OGH regelmäßig angesprochen. Ein Schuldner ist zahlungsfähig, wenn er in der Lage ist, „alle fälligen Schulden bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung in angemessener Frist zu begleichen“.¹⁶ „Bei der Beurteilung ... ist eine redliche wirtschaftliche Gebarung des Schuldners zugrunde zu legen“;¹⁷ demgemäß „hat eine Kreditmöglichkeit, von der ein redlicher Schuldner mangels Rückzahlungsfähigkeit nicht mehr Gebrauch machen würde, bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit außer Betracht zu bleiben“.¹⁸ „Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wird nicht dadurch hinausgeschoben, daß es einem unredlichen Schuldner gelingt, sich durch Täuschung immer wieder Kreditmittel von neuen Gläubigern zu beschaffen, deren Rückzahlung ihm unter normalen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr möglich ist, mag er auch damit seinen laufenden Zahlungsverkehr aufrechterhalten können.“¹⁹ „Zahlungsunfähigkeit ist ... auch dann anzunehmen, wenn es dem Gläubiger [gemeint: Schuldner] zwar gelingt, seine fälligen [gemeint: gegen ihn bestehenden] Forderungen gerade noch zu erfüllen, allerdings nur durch Eingehen neuer Schulden unter Vortäuschung seiner Kreditwürdigkeit, ohne Aussicht auf Besserung seiner wirtschaftlichen Situation“.²⁰

4.3. Verpflichtung zu geschäftlichen Aufzeichnungen, insbesondere zur (Finanz-)Planung

- (27) Diese Verpflichtung der Unternehmensleitung folgt aus der Verpflichtung zu ordentlichem Wirtschaften (vgl. die Rz (25)). Ihr Ausmaß hängt von Umfang und Komplexität der Geschäftstätigkeit des Unternehmens sowie davon ab, ob sich das Unternehmen in einer (sich abzeichnenden) Krisensituation und – bejahendenfalls – in welchem Krisenstadium es sich befindet. Mindestanforderungen ergeben sich aus § 159 Abs. 5 Z 4 StGB, wonach kridaträchtig handelt, wer „Geschäftsbücher oder geschäftliche Aufzeichnungen zu führen unterlässt oder so führt, dass ein zeitnahe Überblick über

¹⁶ OGH 18.11.2003, 14 Os 58/03, und OGH 22.10.2007, 1 Ob 134/07y; ähnlich OGH 13.2.1979, 13 Os 10/79; OGH 11.6.1980, 11 Os 63/80; OGH 8.4.1986, 11 Os 206/85; OGH 9.9.1986, 10 Os 46/86; OGH 2.4.1987, 12 Os 143/86; OGH 8.11.1988, 11 Os 51/88; OGH 12.4.1989, 14 Os 164/88; OGH 6.2.1990, 14 Os 113/89; OGH 24.4.1990, 14 Os 154 und 155/89; OGH 1.6.1990, 11 Os 75 und 76/89; OGH 20.2.1991, 11 Os 87/90; OGH 10.7.1991, 13 Os 58/91; OGH 25.3.1992, 3 Ob 503/92; OGH 18.9.1996, 13 Os 112/96; OGH 11.3.1999, 12 Os 147/98; OGH 27.1.2004, 14 Os 160/03; OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w.

¹⁷ OGH 19.11.1981, 4 Ob 547/81.

¹⁸ OGH 26.1.2010, 14 Os 82/09d.

¹⁹ OGH 19.11.1981, 4 Ob 547/81; ähnlich OGH 8.11.1988, 11 Os 51/88; OGH 1.6.1990, 11 Os 75 und 76/89; OGH 27.9.1990, 7 Ob 655/90; OGH 15.10.1992, 8 Ob 516/91.

²⁰ OGH 11.11.1986, 2 Ob 532 und 533/86.

seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird, oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen solchen Überblick verschaffen, unterlässt“. Die Unternehmensleitung muss sich demnach laufend einen zeitnahen Überblick über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens verschaffen, diese also laufend beobachten. Nur so ist sie in der Lage, gegebenenfalls ihrer Verpflichtung nachzukommen, rechtzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen (vgl. die Rz (1)).

- (28) Konkret normiert sind – in den §§ 189 ff. UGB – die Verpflichtungen zur Buchführung und zur Aufstellung von Jahresabschlüssen (auf die § 159 Abs. 5 Z 5 StGB Bezug nimmt), ergänzt durch die rechtsformspezifischen Verpflichtungen gemäß § 22 Abs. 1 GmbHG, § 82 AktG, §§ 39 Abs. 3 und 41 Abs. 1 SEG, § 22 Abs. 1 und 2 GenG, § 18 PSG, § 20 Abs. 1 und 6 BStFG 2015 sowie §§ 21 Abs. 1 und 22 Abs. 1 und 2 VerG. Für einen etwas kleineren Kreis von Rechtsformen sind auch unternehmensinterne Berichtspflichten gesetzlich geregelt; sie nehmen jeweils ausdrücklich auf eine „Vorschaurechnung“, also eine Planungsrechnung, Bezug (§ 28a GmbHG für Gesellschaften mit Aufsichtsrat, § 81 AktG, § 58 Abs. 1 SEG und § 22 Abs. 3 GenG).
- (29) Die Planung erfolgt idealerweise als integrierte Erfolgs-, Vermögens- und Finanzplanung (Liquiditätsplanung). Soweit Unternehmen nicht ohnehin dazu verpflichtet sind, ist ihnen eine solche Planung zu empfehlen. Einer der Gründe dafür ist das möglichst frühzeitige Erkennen von Unternehmenskrisen; vgl. dazu den Leitfaden zum Erkennen von Unternehmenskrisen (KFS/BW 5), Rz 10 ff.
- (30) Selbst wenn ein (Klein-)Unternehmen keine Planung betreibt, sollte es spätestens dann mit einer Finanzplanung beginnen, wenn sich Zweifel abzeichnen, alle Zahlungsverpflichtungen bei Fälligkeit erfüllen zu können.
- (31) Die Finanzplanung muss alle zu erwartenden Zahlungsein- und -ausgänge umfassen. Wie genau deren Zuordnung zu Zeitabschnitten erfolgen muss, hängt davon ab, inwieweit die zu erwartenden Zahlungseingänge gemeinsam mit den bereits verfügbaren Zahlungsmitteln für die zu erwartenden Zahlungsausgänge ausreichen. Sinkt die Überdeckung kontinuierlich und droht eine Liquiditätslücke, kann es z. B. erforderlich sein, von einer quartalsgenauen zu einer monatsgenauen und weiter zu einer wochengenauen oder sogar geschäftstag- bzw. zahlungsd dispositionstagg genauen Planung überzugehen. Bei der zeitlichen Zuordnung von zu erwartenden Zahlungseingängen ist zu berücksichtigen, inwieweit diese erst nach ihrer Fälligkeit erfolgen werden; für die zeitliche Zuordnung von zu erwartenden Zahlungsausgängen, die einen bestimmten Fälligkeitstermin aufweisen, ist jedoch – vorbehaltlich Stundungen – dieser Termin maßgebend. Auf die Erfassung der Fälligkeitstermine, etwa in Form einer Offene-Posten-Buchhaltung, ist deshalb besonderes Augenmerk zu richten.

4.4. Prüfung des Vorliegens des Insolvenzeröffnungsgrundes Zahlungsunfähigkeit

- (32) Verfügt ein Unternehmen über eine Finanzplanung, wird das eventuelle Verlieren der Zahlungsfähigkeit schon vor seinem Eintreten erkannt, sodass rechtzeitig entsprechende Entscheidungen getroffen werden können (vgl. den Abschnitt 4.6. zur drohenden Zahlungsunfähigkeit).
- (33) Auch wenn ein (Klein-)Unternehmen keine Finanzplanung betreibt, kann die Unternehmensleitung das Verlieren der vollen Zahlungsfähigkeit leicht erkennen. An jedem Geschäftstag, an dem Zahlungen fällig werden und/oder vorgenommen werden (sollen), zeigt sich, ob bzw. inwieweit die verfügbaren Zahlungsmittel zur Abdeckung der

fälligen Zahlungsverpflichtungen ausreichen. Nur wenn sich die Unternehmensleitung nicht ausreichend um ihre Zahlungsverpflichtungen kümmert, kann Indizien (vgl. dazu den Abschnitt 5.) Bedeutung zukommen; eine Häufung von Mahnungen und/oder Exekutionen, Versäumungsurteile oder Insolvenzanträge können eine Warnfunktion erfüllen.

- (34) An jenem Geschäftstag, an welchem nicht (mehr) alle fälligen Zahlungen geleistet werden können, muss die Unternehmensleitung entweder – wenn sie über eine Finanzplanung verfügt – prüfen, ob sie sich auf deren Grundlage auf eine Zahlungsstockung berufen kann, weil die im Abschnitt 7. dargelegten Anforderungen erfüllt werden, oder einen Finanzstatus erstellen, um das genaue Verhältnis der „bereiten Zahlungsmittel“ zu den „fälligen Schulden“ im Sinne der Rechtsprechung des OGH zu ermitteln; die sich dabei ergebenden Einzelfragen werden im Abschnitt 6. erörtert. Betragen die „bereiten Zahlungsmittel“ mindestens 95 % der „fälligen Schulden“, kann die Unternehmensleitung vom Vorliegen einer Zahlungsstockung, also von weiterhin gegebener Zahlungsfähigkeit ausgehen.
- (35) Liegt der angeführte Verhältniswert unter 95 %, muss die Unternehmensleitung prüfen, ob sie mit einem bereits vorhandenen oder neu aufgestellten Finanzplan, der den im Abschnitt 7. dargelegten Anforderungen entspricht, dokumentieren kann, dass (noch) nicht Zahlungsunfähigkeit, sondern bloß eine Zahlungsstockung vorliegt, die sie (noch) nicht zum Stellen eines Insolvenzantrags verpflichtet. Ist dies nicht möglich, tritt die Zahlungsunfähigkeit an jenem Geschäftstag ein, an dem der angeführte Verhältniswert 95 % unterschreitet, und die Unternehmensleitung muss ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber binnen sechzig Tagen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen (vgl. die Rz (1)).

4.5. Zusammenhänge mit dem Insolvenzeröffnungsgrund Überschuldung und der Abschlussaufstellung

- (36) Die Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft oder eines anderen § 67 IO unterliegenden Rechtsträgers (vgl. die Rz (4)) muss auch den Insolvenzeröffnungsgrund Überschuldung beachten und deshalb Anlässe für eine insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung im Auge behalten. Sie hat daher zu bedenken, ob eine insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung angezeigt ist, wenn sie vom Vorliegen einer Zahlungsstockung ausgeht bzw. dies dokumentiert; darauf kann verzichtet werden, wenn die Gesellschaft bzw. der Rechtsträger offensichtlich nicht rechnerisch überschuldet ist. Eine insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung ist auch nicht erforderlich, wenn wegen gleichzeitig vorliegender drohender Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens beantragt wird (vgl. den Abschnitt 4.6.) oder wenn Zahlungsunfähigkeit – der andere gleichrangige Insolvenzeröffnungsgrund – eingetreten ist; auf eine Fortbestehensprognose kommt es in diesem Fall nicht mehr an.²¹
- (37) Jedenfalls zu einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung verpflichtet sind Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften iSd § 189 Abs. 1 Z 2 UGB und andere Rechtsträger, die den Rechnungslegungsvorschriften für Kapitalgesellschaften unterliegen (vgl. die Rz (28)), wenn sich bei der Aufstellung eines Jahres- oder Zwischenabschlusses ein negatives Eigenkapital ergibt. Denn sie haben in diesem Fall gemäß § 225 Abs. 1 Satz 2 UGB im Anhang „zu erläutern, ob eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts vorliegt.“ Diese Angabepflicht gilt nicht für Kleinstkapitalgesellschaften iSd § 221 Abs. 1a UGB, die gemäß § 242 Abs. 1 Satz 1 UGB keinen Anhang aufzustellen brauchen.

²¹ Vgl. OGH 23.2.1989, 7 Ob 526/89; OGH 26.4.2001, 6 Ob 37/01m; OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k.

- (38) Unabhängig von der Rechtsform muss die Unternehmensleitung bei der Aufstellung jedes Jahres- oder Zwischenabschlusses prüfen, ob die Annahme der Unternehmensfortführung gerechtfertigt ist, ihr also keine tatsächlichen oder rechtlichen Gründe entgegenstehen; vgl. dazu das Fachgutachten zur Unternehmensfortführung gemäß § 201 Abs. 2 Z 2 UGB (KFS/RL 28).

4.6. Erkennbarkeit und Konsequenzen drohender Zahlungsunfähigkeit

- (39) Eine drohende Zahlungsunfähigkeit kann erkannt werden
- im Zuge der Erstellung einer Fortbestehensprognose,
 - wenn ein Unternehmen über eine Finanzplanung verfügt und
 - ausnahmsweise ohne oder mit nur ganz rudimentärer Finanzplanung, etwa kurz oder eventuell länger vor dem Fälligwerden einer Verbindlichkeit, die den Betrag der bis dahin verfügbaren Mittel offensichtlich deutlich übersteigt (vgl. das Beispiel am Ende der Rz (22)).
- (40) Bei drohender Zahlungsunfähigkeit müssen Kapitalgesellschaften und andere § 67 IO unterliegende Rechtsträger (vgl. die Rz (4)) eine insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung vornehmen bzw. die Fortbestehensprognose durch eine insolvenzrechtliche rechnerische Überschuldungsprüfung (Vermögensstatus zu Liquidationswerten) ergänzen. Fällt diese Prüfung positiv aus, besteht bei gegebener Zahlungsfähigkeit (noch) keine Insolvenzantragspflicht, wohl aber das Recht, die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens zu beantragen (vgl. die Rz (3)).
- (41) Unabhängig von der Rechtsform und einer Überschuldungsprüfung muss die Unternehmensleitung bei drohender Zahlungsunfähigkeit zunächst beurteilen, ob es ihr durch das Ergreifen geeigneter Maßnahmen gelingen könnte, die Zahlungsfähigkeit aufrecht zu erhalten, sodass entsprechend der Definition dieses Begriffs (vgl. die Rz (21)) keine drohende Zahlungsunfähigkeit (mehr) vorliegt. Fällt diese Beurteilung negativ aus, muss die Unternehmensleitung entscheiden, ob sie vom Recht Gebrauch machen möchte, die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens zu beantragen. Möchte sie das nicht, befindet sie sich in einer schwierigen Situation: Zwar besteht (bei aktuell gegebener Zahlungsfähigkeit und – bei Kapitalgesellschaften und anderen § 67 IO unterliegenden Rechtsträgern – positivem Ergebnis der insolvenzrechtlichen rechnerischen Überschuldungsprüfung) noch keine Insolvenzantragspflicht, doch kommt ein unreflektiertes Weiterwirtschaften bis zu deren Eintreten (wegen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) nicht in Frage. Die Verpflichtung zu sorgfältigem und redlichem Handeln (vgl. dazu den Abschnitt 4.2.), verbunden mit den Straftatbeständen der §§ 146 und 158 ff. StGB, erfordert ein verantwortungsbewusstes Vorgehen. Um eine Schädigung von Gläubigern zu verhindern, dürfen sie nicht getäuscht werden, und die drohende Liquiditätslücke darf sich durch das Weiterwirtschaften nicht vergrößern; das vorhandene Nettovermögen darf nicht geschmälert oder zusätzlich belastet und es dürfen nur solche Verpflichtungen eingegangen werden, die vor dem Eintreten der Insolvenzantragspflicht erfüllt werden können und diese nicht auslösen. Können diese Grundsätze nicht eingehalten werden, muss die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt werden; dieser Antrag kann auf ein Sanierungsverfahren gerichtet sein, solange weder Zahlungsunfähigkeit noch – bei Kapitalgesellschaften und anderen § 67 IO unterliegenden Rechtsträgern – Überschuldung eingetreten sind.
- (42) Wenn ein (Klein-)Unternehmen keine Finanzplanung betreibt, kann – abgesehen von der am Ende der Rz (39) erwähnten Ausnahme – eine drohende Zahlungsunfähigkeit

nicht erkannt werden. Das Recht, vor dem Eintreten der Insolvenzantragspflicht die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens zu beantragen, kann daher nicht genützt werden.

5. Ermittlung des Zeitpunkts des Eintretens der Zahlungsunfähigkeit in der Vergangenheit und durch Dritte

- (43) Ist Zahlungsunfähigkeit eingetreten und muss der Zeitpunkt ihres Eintretens im Nachhinein ermittelt werden, ist das Vorgehen der Unternehmensleitung im Sinne des Abschnitts 4.4. – soweit möglich – nachzuvollziehen bzw. aus der Ex-ante-Sicht nachzubilden.
- (44) Insoweit dafür keine oder keine ausreichenden Daten zur Verfügung stehen, muss auf Indizien zurückgegriffen werden. Dies gilt ebenso für Dritte, die überlegen, ob sie einen Insolvenzantrag stellen sollen, oder abschätzen müssen, ob sie von der Unternehmensleitung veranlasste Zahlungen (noch) annehmen dürfen; im Einzelfall kommt es auf den Umfang der Informationen an, die zur Verfügung stehen oder mit vertretbarem Aufwand verfügbar gemacht werden können (was z. B. einer Hausbank oder einem Sozialversicherungsträger – was der OGH oft festgestellt hat – in größerem Ausmaß möglich ist als einem von vielen Lieferanten). Alle Informationen sind gesamthaft zu betrachten.
- (45) Indizien, die auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners schließen lassen, obwohl (noch) keine Zahlungseinstellung vorliegt (vgl. dazu den Abschnitt 3.2.), sind etwa die Bezahlung immer nur der dringlichsten Verbindlichkeiten, die Nichteinhaltung von Zahlungszusagen, Bitten um Schuldnachlässe oder unübliche Ratenvereinbarungen sowie anhängige Insolvenzanträge. Exekutionen beurteilt der OGH in diesem Zusammenhang überwiegend zurückhaltend, d. h. nicht als (entscheidendes) Indiz für Zahlungsunfähigkeit.²²
- (46) Hat der Schuldner erklärt, dass er seine Zahlungen einstellt, kommt Indizien kaum (noch) Bedeutung zu. Indizien, die darauf hindeuten, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, sind etwa eine Häufung ergebnisloser Exekutionen, die Nichtleistung nach Verurteilung in mehreren Verfahren, die Nichtzahlung wichtiger Verbindlichkeiten und fruchtlose Mahnungen. Hat der Schuldner seine Zahlungen eingestellt bzw. ist dies aus Indizien zu schließen, ist grundsätzlich seine Zahlungsunfähigkeit anzunehmen (vgl. den Abschnitt 3.2.).

²² Vgl. OGH 26.1.1983, 3 Ob 539/82; OGH 29.11.1983, 7 Ob 744/83; OGH 15.10.1987, 6 Ob 701/86; OGH 19.7.1988, 1 Ob 632/88; OGH 20.2.1991, 11 Os 87/90; OGH 23.11.1995, 6 Ob 622/95; OGH 20.12.1995, 7 Ob 563/95; OGH 25.9.1997, 6 Ob 70/97f; OGH 13.7.2000, 8 Ob 19/00b; OGH 28.9.2000, 8 Ob 37/00z; OGH 12.6.2003, 8 Ob 1/03k; OGH 1.7.2003, 1 Ob 136/03m; OGH 25.11.2015, 8 Ob 117/15m. Vgl. aber OGH 4.5.1982, 5 Ob 586/82; OGH 26.6.1985, 3 Ob 577/85; OGH 3.12.1986, 1 Ob 655/86; OGH 13.9.1988, 4 Ob 570/88; OGH 30.11.1989, 7 Ob 662/89; OGH 10.7.1991, 13 Os 58/91; OGH 12.11.1996, 4 Ob 2328/96y; OGH 13.6.2001, 7 Ob 58/01g; OGH 28.9.2006, 4 Ob 93/06i.

6. Die Komponenten des Finanzstatus

6.1. Bereite Zahlungsmittel

- (47) Das Vorliegen „parater Zahlungsmittel“²³ bzw. „bereiter Zahlungsmittel“²⁴ konkretisiert der OGH mit der Bezugnahme auf „liquide Zahlungsmittel (Bargeld, Buchgeld, offene Kreditlinien) ... und (oder) leicht und kurzfristig verwertbares Vermögen“.²⁵
- (48) Der Begriff „kurzfristig verwertbares Vermögen“ muss im Rahmen der Stichtagsbetrachtung eng interpretiert werden, weil sonst die bis zur Verwertung des Vermögens zusätzlich fällig werdenden Schulden in die Berechnung einbezogen werden müssten; damit würde die Stichtagsbetrachtung verlassen und ein Finanzplan aufgestellt (wie es bei einer 5 % übersteigenden Liquiditätslücke zur Dokumentation einer Zahlungsstockung erforderlich ist). Berücksichtigt werden können demnach (gedeckte) Schecks und Wechsel sowie kurzfristig veräußerbare Wertpapiere und Edelmetalle, nicht aber andere Wertpapiere, Forderungen,²⁶ Vorräte, Liegenschaften,²⁷ Schmuck, Kunstwerke oder erst zu verhandelnde Kreditrahmen.
- (49) Als bereite Zahlungsmittel können nur solche angesehen werden, die „leicht und kurzfristig“ verfügbar sind. Bankguthaben im Ausland, deren Transferierung wegen einzuholender Genehmigungen oder aus anderen Gründen nicht binnen weniger Geschäftstage oder bis auf weiteres überhaupt nicht möglich ist, scheiden daher ebenso aus wie z. B. verpfändete Wertpapiere, mögen sie auch an der Wiener Börse gehandelt werden.
- (50) Nimmt das Unternehmen an einem Cash-Pooling-System teil, gehören daraus resultierende Forderungen nur dann zu den bereiten Zahlungsmitteln, wenn es darüber ebenso unmittelbar verfügen kann wie über eigene Bankguthaben oder offene Kreditlinien. Im Übrigen sind Forderungen und Verbindlichkeiten aus der Teilnahme an einem Cash-Pooling-System so wie alle anderen Forderungen und Verbindlichkeiten in die Finanzplanung einzubeziehen (vgl. dazu den Abschnitt 4.3.).
- (51) Nur im Finanzplan berücksichtigt werden können auch Forderungen aus Ausstattungszusagen oder Patronatserklärungen, die dem Unternehmen das Zuführen erforderlicher Liquidität versprechen; wie bei allen anderen Forderungen ist auf Ausmaß und Termin ihrer Einbringlichkeit Bedacht zu nehmen. Nicht einbezogen werden dürfen solche Erklärungen, etwa gegenüber Gläubigern, wenn dem Unternehmen daraus kein Anspruch zusteht.

²³ OGH 21.4.1965, 1 Ob 49/65; OGH 7.11.2002, 8 Ob 87/02f.

²⁴ Fast durchgehend verwendete Formulierung, jüngst in OGH 21.2.2013, 9 Ob A138/12b.

²⁵ OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w.

²⁶ „Forderungen sind, selbst wenn sie bereits fällig sind und ihre Einbringlichkeit bejaht werden kann, in aller Regel nicht mit bereiten Zahlungsmitteln gleichzusetzen.“ (OLG Linz 7.6.2017, 2 R 77/17g, ZIK 2018/145) Diese Aussage entspricht der ständigen Rechtsprechung des OLG Wien; vgl. dessen unveröffentlichte Entscheidungen 6.7.2001, 28 R 79/01w (mit Verweis auf die Entscheidungen „28 R 132/97f, 28 R 20/00t u.a.“), 19.11.2003, 28 R 378/03v (mit Verweis auf die Entscheidungen „28 R 132/97f, 28 R 79/01w, 28 R 108/02m uva“), und 10.2.2004, 28 R 1/04d und 28 R 8/04h (mit Verweis auf die Entscheidung „28 R 132/97f uva“), sowie die Entscheidung 29.5.2012, 28 R 109/12y, wovon nur ein Leitsatz veröffentlicht worden ist (ZIK 2013/96), der nicht dieses Thema betrifft.

²⁷ Vgl. OGH 4.11.1975, 4 Ob 624/75; OGH 3.11.1987, 11 Os 11/87; OGH 8.11.1988, 11 Os 51/88; OGH 17.10.1991, 15 Os 5/91; OGH 18.9.1996, 13 Os 112/96.

6.2. Fällige Schulden

- (52) Bei der Zahlungsfähigkeitsprüfung geht es um Geldschulden („finanzielle Verbindlichkeiten“²⁸). Zu erbringende Sachleistungen werden erst relevant, wenn sie wegen nicht vertragsgemäßer Erfüllung zu Geldschulden führen.
- (53) Die Fälligkeit der meisten Verbindlichkeiten ergibt sich klar aus vertraglichen Vereinbarungen, gesetzlichen Bestimmungen, Bescheiden, gerichtlichen Entscheidungen oder Angaben des Gläubigers, vor allem im Rahmen der Rechnungslegung.
- (54) Trotz Fälligkeit nicht zu berücksichtigen sind einerseits vom EKEG erfasste Verbindlichkeiten, soweit ihre Bezahlung gemäß den §§ 14 bis 16 EKEG nicht gefordert werden kann, und andererseits Verbindlichkeiten, für die ein Rangrücktritt, etwa im Sinne des § 67 Abs. 3 IO, oder ein Moratorium erklärt worden ist.
- (55) Prozessverfangene und andere strittige Verbindlichkeiten sind im Rahmen der Aufstellung eines Finanzstatus nicht als fällig zu behandeln, wohl aber – ebenso wie aufschiebend bedingte Verbindlichkeiten – nach Maßgabe ihres erwarteten Fälligwerdens in die Finanzplanung einzubeziehen.
- (56) Wird die Fälligkeit einvernehmlich verschoben – was in vielen Fällen auch mündlich geschehen kann – oder verzichtet der Gläubiger für eine bestimmte Zeit auf die Geltendmachung seiner Forderung, verschiebt sich der zu berücksichtigende Zahlungstermin entsprechend. Der OGH hält fest: „Eine vereinbarte Stundung wäre beachtlich“,²⁹ d. h. eine gestundete Verbindlichkeit ist bis zum Ablauf der Stundung nicht fällig.
- (57) Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Stundung konkludent zustande kommt bzw. gekommen ist, etwa durch die Duldung einer Konto- oder Kreditrahmenüberziehung,³⁰ legt der OGH einen strengen Maßstab an, indem er auf § 863 ABGB verweist, nach dessen Abs. 1 die Erklärung „mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen“ darf. Eine nicht genehmigte Kontoüberziehung ist deshalb grundsätzlich als fällige Schuld zu behandeln.
- (58) Der Umstand „einer branchenüblichen Toleranz verspäteter Zahlungen“ kann laut OGH „dahin Berücksichtigung finden ..., dass solche Forderungen als nach Handelsbrauch gestundet [gemeint wohl: angesehen werden] und die Zahlung in der branchenüblichen Weise als pünktliche Zahlungsweise qualifiziert wird.“³¹ Es ist allerdings schwierig, sich auf solche Branchenusancen zu berufen, weil sie in aller Regel nicht dokumentiert sind und ihre Erhebung aufwendig ist. Sie können dann berücksichtigt werden, wenn darüber verlässliche Informationen entweder bereits vorliegen, z. B. in branchenbezogenen Veröffentlichungen oder Statistiken, oder im Einzelfall durch eigene Untersuchungen verfügbar gemacht werden; die Daten nur eines Unternehmens reichen dafür nicht aus.

²⁸ OGH 5.4.1989, 1 Ob 526/89.

²⁹ OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w.

³⁰ Vgl. OGH 23.2.1989, 7 Ob 526/89.

³¹ OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w.

7. Einzelfragen zur Zahlungsstockung bei einer 5 % übersteigenden Liquiditätslücke

7.1. Maßgebender Beurteilungszeitpunkt

- (59) „Ob nur Zahlungsstockung vorliegt, ist ex ante für den Zeitpunkt zu prüfen, zu dem der Schuldner nicht in der Lage ist, alle fälligen Schulden zu bezahlen. Zu diesem Zeitpunkt hat der Schuldner wegen seiner Konkursantragspflicht (§ 69 KO) selbst zu beurteilen, ob der objektive Zustand der Zahlungsunfähigkeit voraussichtlich ein Dauerzustand ist oder aber nur kurzfristiger Natur.“³² Im Rückblick geht es um „die Lösung der Tatfrage ..., ob der Schuldner begründet erwarten durfte, dass er zu einer pünktlichen Zahlungsweise zurückfinden wird können. ... 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.“³³

7.2. Anforderungen an den aufzustellenden Finanzplan

- (60) Im „Zahlungsplan (Liquiditätsplan) ... müssen detaillierte Angaben enthalten sein, weil nur so eine hohe Wahrscheinlichkeit dargelegt werden kann, dass im vorgesehenen Zeitraum solche Zahlungsmittel wieder zur Verfügung stehen, um *alle* fälligen Schulden wieder begleichen zu können.“³⁴ „Die Prognose über eine mögliche Behebung der Liquiditätsschwäche muss auf konkreten Aussichten, beispielsweise der Kapitalbeschaffung (durch Kreditaufnahme oder Hereinnahme eines Investors), der Herbringung von Außenständen, der Gewährung von Gesellschafterdarlehen, der kurzfristigen Verwertung leicht verwertbaren Vermögens uä beruhen.“³⁵
- (61) Der Finanzplan kann vielfältige (Restrukturierungs-)Maßnahmen und umfangreiche Verhandlungen erfordern, er muss aber schlüssig, realistisch und nachvollziehbar sein. Er darf keine unredliche Beschaffung von Zahlungsmitteln enthalten (vgl. die Rz (26)). Stundungen dürfen grundsätzlich nur berücksichtigt werden, wenn sie verbindlich vereinbart oder zweifelsfrei konkludent zustande gekommen (vgl. dazu die Rz (57)) sind; Ausnahmen von diesem Grundsatz sind zulässig, soweit eine begründete Berufung auf Branchenrisiken möglich ist (vgl. die Rz (58)). Diese sind auch bei der Einschätzung der Forderungseingangstermine zu berücksichtigen. Im Übrigen gelten die allgemeinen Anforderungen an die Finanzplanung (vgl. dazu den Abschnitt 4.3., insbesondere die Rz (31)).

7.3. Fristen und Wahrscheinlichkeiten für die Wiederherstellung der vollen Zahlungsfähigkeit

- (62) „In einfach gelagerten Fällen kann sich jedenfalls eine Kreditaufnahme in ... drei Wochen ... erreichen lassen, in komplexeren Fällen wird ein deutlich längerer Zeitraum von zwei oder drei Monaten erforderlich sein, dies etwa bei begründeter Aussicht auf Eintritt eines Investors oder beim Verkauf oder der Belastung von Liegenschaften.“³⁶ Die Frist zur Behebung der Zahlungsstockung „darf im sogenannten Durchschnittsfall

³² Ebenda.

³³ Ebenda (Hervorhebung im Original durch Unterstreichen).

³⁴ Ebenda (Hervorhebung im Original durch Unterstreichen); ebenso OGH 25.11.2015, 8 Ob 117/15m.

³⁵ OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w.

³⁶ Ebenda.

(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.³⁷

- (63) Da der OGH im Normalfall „eine hohe Wahrscheinlichkeit“ verlangt,³⁸ lässt sich schließen: Je länger der Zeitraum ist, der für die Wiederherstellung der vollen Zahlungsfähigkeit prognostiziert wird, desto höher muss die Wahrscheinlichkeit sein, dass dieses Ziel erreicht werden kann.

7.4. Konsequenzen der Aufstellung eines Finanzplans zur Dokumentation einer bloßen Zahlungsstockung

- (64) Die Einhaltung des aufgestellten Finanzplans muss laufend überwacht werden. Bei ungünstigen Abweichungen von diesem Plan sind zwei Fälle zu unterscheiden.

- (65) Einerseits kann sich ergeben (Fall 1), dass sich der aufgestellte Finanzplan zwar nicht einhalten lässt, aber durch einen neuen Plan ersetzt werden kann, der den vom OGH formulierten Anforderungen (vgl. dazu die Abschnitte 7.2. und 7.3.) aus Ex-ante-Sicht (d. h. ausgehend vom ursprünglichen Beurteilungszeitpunkt, wobei für den seit diesem Zeitpunkt vergangenen Zeitraum die tatsächlichen Zahlen an die Stelle von Planzahlen treten) genügt. Beispiele:

- Ein wichtiger Lieferant, der bisher ein zweimonatiges Zahlungsziel gewährt hat, verlangt sofortige Zahlung, und diese Vorverlegung kann – soweit erforderlich – durch die Vereinbarung bisher nicht vorgesehener Stundungen mit anderen Gläubigern ausgeglichen werden.
- Die Verträge mit einem Investor sind rechtsverbindlich unterzeichnet, die Überweisung des zugesagten Betrags hängt aber von einer kartellrechtlichen Genehmigung ab, die nach Auskunft der beauftragten Rechtsanwälte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, aber erst nach Ablauf der Dreimonatsfrist, deren Einhaltung geplant war.

- (66) Andererseits kann sich herausstellen (Fall 2), dass die Wiederherstellung der vollen Zahlungsfähigkeit äußerst unwahrscheinlich oder unmöglich geworden ist. Beispiele:

- Ein wichtiger Lieferant verweigert weitere Lieferungen, sodass die Produktion unterbrochen werden muss.
- Der einzige Investor, mit dem erfolgversprechend verhandelt worden ist, sagt kurz vor Ablauf der Frist, innerhalb welcher plangemäß die volle Zahlungsfähigkeit wiederhergestellt werden soll, endgültig ab.

- (67) Im erstgenannten Fall (vgl. die Rz (65)) muss die Unternehmensleitung den neuen Plan umsetzen und seine Einhaltung laufend überwachen. Durch den neuen Plan beginnt keine neue Frist; es geht unverändert um das Vorliegen einer Zahlungsstockung zum ursprünglichen Zeitpunkt. Kommt es auch beim neuen Plan zu ungünstigen Abweichungen, muss wieder zwischen den zwei angeführten Fällen unterschieden werden. Es besteht keine Beschränkung der Anzahl zulässiger neuer Pläne; sie müssen aber den vom OGH formulierten Anforderungen (vgl. dazu die Abschnitte 7.2.

³⁷ Ebenda; ebenso OGH 25.11.2015, 8 Ob 117/15m.

³⁸ Vgl. die Fußnoten 33 und 34.

und 7.3.) aus Ex-ante-Sicht (d. h. ausgehend vom ursprünglichen Beurteilungszeitpunkt, wobei für den seit diesem Zeitpunkt vergangenen Zeitraum die tatsächlichen Zahlen an die Stelle von Planzahlen treten) genügen und lösen keine neuen Fristen aus.

- (68) Im zweitgenannten Fall (vgl. die Rz (66)) geht an jenem Geschäftstag, an dem sich herausstellt, dass weder der ursprüngliche Plan noch irgendein den Plananforderungen genügender neuer Plan umgesetzt werden kann, die Zahlungsstockung in Zahlungsunfähigkeit über, d. h. die Zahlungsunfähigkeit tritt an diesem Geschäftstag ein.

8. Anwendungszeitpunkt

- (69) Dieses Fachgutachten ist mit Veröffentlichung anwendbar.

Anhang: Erläuterungen und Anwendungshinweise

Zu Rz (1), (5) usw.:

Auf natürliche Personen bezogene Bezeichnungen, die nur in männlicher Form angeführt werden, gelten geschlechtsunabhängig für alle Personen in gleicher Weise.

Zu Rz (2):

Hinzuweisen ist auf die eingeschränkte Verwendbarkeit deutscher Quellen: Die relevante deutsche Rechtslage weicht trotz grundsätzlich gleicher Insolvenzeröffnungsgründe von der entsprechenden österreichischen Rechtslage ab, und der Bundesgerichtshof folgt in Bezug auf die Zahlungsunfähigkeit einer anderen Konzeption als der OGH und bedient sich dabei einer anderen Begriffswelt.

Zu Rz (13):

Da ein Schuldner als zahlungsfähig gilt, solange das Ausmaß der fälligen Schulden, die er nicht termingerecht bezahlen kann, 5 % nicht überschreitet, spielt es keine Rolle, wie lange der Zustand andauert, dass er zwar nicht alle, aber doch immer mindestens 95 % der fälligen Schulden termingerecht begleichen kann.

Beispielsweise könnte sich folgender Ablauf ergeben:

| | Fällige Schulden | Bereite Zah- lungsmittel | Liquiditätslücke absolut | in % |
|--|---------------------|-----------------------------|-----------------------------|----------|
| Stand nach den Gut- und Lastschriften am Geschäftstag 1 | 100 | 98 | - 2 | 2,0 % |
| Geschäftstag 2: | | | | |
| Bezahlung fälliger Schulden | - 98 | - 98 | | |
| Zwischenstand | 2 | 0 | - 2 | 100,0 %* |
| Neu fällig gewordene Schulden | 50 | | | |
| Neu verfügbar gewordene Zahlungsmittel | | 50 | | |
| Endstand am Geschäftstag 2 | 52 | 50 | - 2 | 3,8 % |
| Geschäftstag 3: | | | | |
| Bezahlung fälliger Schulden | - 50 | - 50 | | |
| Zwischenstand | 2 | 0 | - 2 | 100,0 %* |
| Neu fällig gewordene Schulden | 40 | | | |
| Neu verfügbar gewordene Zahlungsmittel | | 39 | | |
| Endstand am Geschäftstag 3 | 42 | 39 | - 3 | 7,1 %** |

* Der – Zahlungsunfähigkeit signalisierende – Zwischenstand ist irrelevant, wenn am gleichen Geschäftstag weitere Veränderungen der fälligen Schulden und/oder der bereiten Zahlungsmittel stattfinden, sei es im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebs oder unabhängig davon, etwa durch außerordentliche liquiditätsstärkende Maßnahmen.

** Da die Liquiditätslücke am Ende des Geschäftstags 3 den Grenzwert 5 % übersteigt, kann – im Gegensatz zu den beiden Vortagen – nicht mehr ohne weiteres von Zahlungsfähigkeit ausgegangen, sondern es muss ein Finanzplan aufgestellt werden (vgl. die Rz (17) und (35) sowie den Abschnitt 7.). Dies wäre nicht der Fall, wenn am Geschäftstag 3 höchstens 39 Schulden neu fällig geworden oder mindestens 40 Zahlungsmittel neu verfügbar geworden wären.

Zu Rz (31):

Verfügt z. B. ein Unternehmen über Bankguthaben und/oder offene Kreditlinien (nicht ausgenützte Kreditrahmen) in mehrfacher Höhe der regelmäßig monatlich anfallenden Zahlungsein- und -ausgänge aus dem laufenden Geschäftsbetrieb und besteht keine Planungsverpflichtung, genügt es, die Finanzierung größerer Investitionen bzw. anderer größerer Auszahlungen zu planen. Dies gilt nicht mehr, wenn sich aus dem laufenden Geschäftsbetrieb ein Überhang der Zahlungsausgänge über die Zahlungseingänge ergibt, der nicht alsbald ausgeglichen wird, sondern stetig anwächst. Der zu wählende Planungszeitraum und die erforderliche zeitliche Genauigkeit der Finanzplanung hängen von der Höhe der sich ergebenden Liquiditätsüberdeckung ab. (Eine solche – und nicht eine Liquiditätslücke – sollte sich jedenfalls zeigen, wenn mit der Finanzplanung rechtzeitig begonnen wird.)

Zu Rz (43):

Nachzuvollziehen ist das Vorgehen der Unternehmensleitung, wenn sie einschlägige Überlegungen schriftlich festgehalten, eine Finanzplanung betrieben, einen oder mehrere Finanzstatus erstellt und/oder eine Dokumentation zum Nachweis des Vorliegens einer bloßen Zahlungsstockung angefertigt hat. Dabei ist auf den Wissensstand der Unternehmensleitung zum jeweiligen Beurteilungszeitpunkt abzustellen (Ex-ante-Sicht).

Nachzubilden ist das Vorgehen der Unternehmensleitung, wenn sie ihre einschlägigen Pflichten vernachlässigt oder die entsprechenden Unterlagen einem Zugriff entzogen hat. Soweit es die Datenlage ermöglicht, sind Finanzpläne und/oder Finanzstatus für Geschäftstage zu erstellen, für die das Vorliegen einer Liquiditätslücke vermutet wird. Im Zweifel (wenn sich die Finanzplanung nicht rekonstruieren lässt) kann das Eintreten der Zahlungsunfähigkeit entsprechend der Rz (35) an jenem Geschäftstag angenommen werden, an dem der Verhältniswert 95 % unterschreitet.

Lässt die Datenlage nicht einmal die Erstellung von Finanzstatus zu, kann das Eintreten der Zahlungsunfähigkeit nur aufgrund von Indizien abgeschätzt werden, wie es Dritte mangels anderer Möglichkeiten regelmäßig tun müssen. Stets sind alle verfügbaren Informationen gesamthaft zu betrachten (vgl. den letzten Satz der Rz (44)).

Zu Rz (44):

Im Zweifel ist Dritten zu raten, Zahlungen anzunehmen und für die eventuell oder wahrscheinlich bestehende Rückzahlungsverpflichtung Vorsorge zu treffen (Berücksichtigung in der Finanzplanung, Rückstellungsbildung).

Zu Rz (46):

Wenn die Zahlungsunfähigkeit aufgrund einer Zahlungseinstellung anzunehmen ist, erübrigen sich weitere Erhebungen zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit; es ist unerheblich, welches Ausmaß die Liquiditätslücke aufweist und ob sie sich in einem angemessenen Zeitraum hätte beheben lassen. Davon unberührt bleibt freilich die Möglichkeit, die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit bei Zahlungseinstellung im Einzelfall zu widerlegen (vgl. die Rz (20)).

Zu Rz (51):

Zu Patronatserklärungen vgl. die Stellungnahme KFS/RL 24 zur Behandlung von Patronatserklärungen im Zusammenhang mit der unternehmensrechtlichen Rechnungslegung, die auch grundlegende Ausführungen zu Patronatserklärungen enthält.

Zu Rz (55):

Das Bestreiten von Forderungen wider besseres Wissen kann demnach deren Fälligkeit nur kurz aufschieben.

Zu Rz (57):

Gerade wenn mit der problemlosen Verlängerung eines befristet eingeräumten Kreditrahmens gerechnet werden kann, gibt es keinen Grund, mit der Verlängerungsvereinbarung zuzuwarten. Die rechtzeitige Aufnahme entsprechender Verhandlungen ermöglicht auch die Lösung eventuell dabei auftretender Probleme und die Vorbereitung vielleicht geforderter zusätzlicher Unterlagen.

Zu Rz (60) f.:

Auch wenn der OGH schwerpunktmäßig außerordentliche liquiditätsstärkende Maßnahmen erwähnt (weitere Beispiele sind Sale-and-lease-back-Geschäfte, Factoring und Verkäufe von nicht betriebsnotwendigem Vermögen), sind die zu erwartenden Zahlungsein- und -ausgänge aus dem laufenden Geschäftsbetrieb einschließlich jener aus im Planungszeitraum neu entstehenden Verbindlichkeiten ebenso sorgfältig zu planen.

Zu Rz (63):

Diese Schlussfolgerung gilt unabhängig von den üblichen Zahlungszielen. Für Branchen, in denen längere Zahlungsziele üblich sind als in anderen, sind die Anforderungen nicht strenger. Längere Zahlungsziele erleichtern das Aufstellen von Finanzplänen, weil ein größerer Anteil der erwarteten Zahlungsein- bzw. -ausgänge auf bereits ausgeführten Lieferungen oder Leistungen beruht.

Zu Abschnitt 6.:

Beispiele für Finanzstatus zum Stichtag X

| | Variante A | Variante B | Variante C |
|--|-------------------|-------------------|-------------------|
| Bargeld und frei verfügbare Bankguthaben (Saldo nach Buchung der an diesem Tag anfallenden Gut- und Lastschriften aus dem laufenden Geschäftsbetrieb) | 80 | 80 | 80 |
| Kurzfristig verwertbares Vermögen | 10 | 10 | 10 |
| Sofort disponierbare offene Kreditlinien (bestehende unausgenützte Kreditrahmen) | 13 | 8 | 3 |
| Am Stichtag X fällige Geldschulden (soweit weder ein Rangrücktritt erklärt noch eine Stundung vereinbart worden ist u. ä.) | - 100 | - 100 | - 100 |
| Saldo (Liquiditätsüberdeckung bzw. -lücke) | 3 | - 2 | - 7 |

Schlussfolgerungen:

Variante A: Am Stichtag X liegt Zahlungsfähigkeit vor.

Variante B: Da die Liquiditätslücke (2 %) 5 % nicht überschreitet, ist von einer bloßen Zahlungsstockung auszugehen, also Zahlungsfähigkeit anzunehmen. Eine Finanzplanung ist für diese Feststellung nicht erforderlich.

Variante C: Da die Liquiditätslücke (7 %) 5 % übersteigt, kann nur dann Zahlungsfähigkeit angenommen werden, wenn eine bloße Zahlungsstockung mit einem aus Sicht des Stichtags X aufgestellten Finanzplan, der den einschlägigen vom OGH formulierten Anforderungen (vgl. dazu die Abschnitte 7.2. und 7.3.) genügt, belegt werden kann; andernfalls liegt am Stichtag X Zahlungsunfähigkeit vor.

Zu Abschnitt 7.:

Beispiel für einen Finanzplan zur Variante C des vorigen Beispiels

Für die formale Gestaltung des Finanzplans bestehen keine Vorgaben. Das folgende Beispiel orientiert sich an der Anlage i) des in der Rz (4) angeführten Leitfadens.

| | Erster Monat nach Stichtag X | Zweiter Monat nach Stichtag X | Dritter Monat nach Stichtag X |
|--|------------------------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|
| Liquiditätslücke am Stichtag X* / Saldo am Monatsanfang | - 7 | - 4 | - 11 |
| Zu erwartende Zahlungseingänge | | | |
| - aus dem laufenden Geschäftsbetrieb** (Barverkäufe, Forderungseingänge) | 150 | 150 | 150 |
| - Zinsen und Beteiligungserträge | 3 | 3 | 13 |
| - aus Anlagenverkäufen | - | 40 | - |
| Zu erwartende Zahlungsausgänge | | | |
| - für den laufenden Geschäftsbetrieb*** (Löhne und Gehälter, Sozialabgaben, Material, Energie, Kommunikation, Versicherungen, Steuern usw.) | - 120 | - 120 | - 120 |
| - Kreditraten und Zinsen | - 20 | - 20 | - 20 |
| - für Investitionen | - | - 50 | - |
| - Privatentnahmen | - 10 | - 10 | - 10 |
| Saldo am Monatsende | - 4 | - 11 | 2 |

Wenn dieser Finanzplan den in Rz (61) dargelegten Anforderungen genügt und seine Einhaltung mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, bildet er eine geeignete Grundlage, um am Stichtag X Zahlungsfähigkeit anzunehmen. Dies gilt auch bei negativen Abweichungen, solange diese den Betrag von 2 nicht übersteigen. Bei höheren negativen Abweichungen als 2 muss der Plan adaptiert werden (vgl. die Rz (65) und (67)).

* nach Bezahlung von 93 an diesem Tag fälliger Geldschulden unter Verwendung aller an diesem Tag verfügbaren Zahlungsmittel einschließlich sofortiger Veräußerung des kurzfristig verwertbaren Vermögens

** angesetzt zum jeweils erwarteten Eingangszeitpunkt

*** angesetzt zum jeweiligen Fälligkeitstermin, ohne Berücksichtigung der von der Liquiditätslücke am Stichtag X erzwungenen Verzögerungen