

# Die Feststellung der Zahlungs(un)fähigkeit im Hinblick auf § 159 StGB „NEU“

*Im gegenständlichen Artikel wird die neue Gesetzeslage zur vormaligen „fahrlässigen Krida“, nämlich der nunmehrigen „Grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“ (§ 159 StGB), zum Anlass genommen, die Interpretation der Zahlungs(un)fähigkeit betriebswirtschaftlich zu beleuchten. Dieser Aufsatz soll den Beitrag der Buchsachverständigen zur Sachverhaltsermittlung als Grundlage für die Beweiswürdigung darstellen und auch die Grundlage für die weitere Diskussion liefern. Fakt ist, dass der Beitrag der Buchsachverständigen zur Wahrheitsfindung auf einer betriebswirtschaftlichen Grundlage zu stehen hat – ja nur stehen kann; dass also diese betriebswirtschaftliche Frage als Vorfrage für das Gericht richtig gelöst werden muss.*

## Ein Plädoyer für die dynamische Interpretation

RUDOLF SIART

### A. DEFINITION DER ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT

Für den Buchsachverständigen steht in der Praxis als Vorfrage der betriebswirtschaftlichen Begutachtung stets die Auseinandersetzung mit rechtlichen Definitionen:

Im StGB (und auch in der KO) findet sich keine Legaldefinition des Begriffs der „Zahlungsunfähigkeit“. Im Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>1)</sup> wird ausgeführt, dass „Zahlungsunfähigkeit“ vorliegt, wenn „*der Schuldner durch den dauernden Mangel an flüssigen Mitteln nicht im Stande ist, alle fälligen Schulden bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung in angemessener Frist zu begleichen*“ (siehe bspw – betreffend die „neue Gesetzeslage“ – auch OGH vom 18. 11. 2003, 14 Os 58/03, wegen dem Vergehen der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach § 159 Abs 1 und Abs 2 iVm Abs 5 Z 2 und 3 StGB, ähnlich – betreffend die „alte Gesetzeslage“ – jedoch ohne Betonung der „angemessenen Frist“ bspw OGH vom 1. 6. 1990, 11 Os 75/89: „*Nach stRsp ist nämlich unter Zahlungsunfähigkeit der dauernde Mangel an Zahlungsmitteln zu verstehen, welcher daran hindert, alle fälligen Schulden bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung zu bezahlen*“).

Zum Begriff der „Zahlungs(un)fähigkeit“ (im Strafrecht – im Gegensatz zum Insolvenzrecht) ergänzt Dellinger,<sup>2)</sup> dass „*vor allem im Kridastrafrecht zusätzlich auf das (...) Kriterium ‚redlicher wirtschaftlicher Gebarung‘ abgestellt*“ wird, wonach „*nur wer seine fälligen Verbindlichkeiten ‚bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung‘ erfüllen könne, (...) noch zahlungsfähig*“ sei.

Eine (vorübergehende) Zahlungsstockung liegt in Abgrenzung zur (nachhaltigen) Zahlungsunfähigkeit

vor, wenn ein bloß kurzfristiges – temporäres Zahlungsunvermögen vorliegt.<sup>3)</sup>

### B. DYNAMISCHE UND STATISCHE INTERPRETATION DER ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT

Im Schrifttum wird zwischen einer dynamischen und statischen Interpretation des Zustands der Zahlungsunfähigkeit unterschieden.<sup>4)</sup>

Die beiden Varianten bzw Interpretationen der Ermittlung des Zeitpunkts des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit unterscheiden sich einerseits in der Berücksichtigung kurzfristig fällig werdender Schulden und andererseits wohl auch (unausgesprochen) der zukünftig (kurzfristig) zur Verfügung stehenden liquiden Mittel aus der Freisetzung von realisierbaren Vermögenswerten.

*Sprung* und *Schumacher*<sup>5)</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

Mag. Rudolf Siart ist Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger in Wien; der Beitrag entstand unter Mitarbeit von Mag. Johannes Kastelliz (Berufsanwärter).

1) Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum StGB<sup>2</sup>, zu § 159 StGB, Rz 60.

2) Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, § 66 KO, Rz 5.

3) Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum StGB<sup>2</sup>, § 159 StGB, Rz 62.

4) Vgl stellvertretend zur dynamischen Betrachtungsweise Dellinger, Zahlungsunfähigkeit und Kridastrafrecht, eolex 1998, 297; zur statischen Betrachtungsweise Sprung/Schumacher, „Die Zahlungsunfähigkeit als Konkurseröffnungsgrund (§ 68 KO)“, JBl 1978, 122.

5) Sprung/Schumacher, Die Zahlungsunfähigkeit als Konkurseröffnungsgrund, JBl 1978, 122.

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>6)</sup> Wichtige Argumente für die dynamische Betrachtungsweise der Zahlungsunfähigkeit sehen Sprung und Schumacher darin, alle Gläubiger (sowohl fälliger als auch künftig fällig werdender Schulden) hinsichtlich ihrer Befriedigungsmöglichkeiten gleichzustellen und eine „Aushöhlung des Schuldnervermögens“ bei gleichzeitiger Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern.<sup>7)</sup> Im Ergebnis gelangen Sprung und Schumacher zu folgender Definition des Zustands der Zahlungsunfähigkeit: „Zahlungsunfähigkeit ist das verkehrsauffassungsgemäß dauernde Nichtzahlenkönnen sowohl der fälligen als auch bereits der bei ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung nach Maßgabe ihrer Größe und ihres Fälligkeits- bzw. Einforderbarkeitsdatums einerseits und der zu gewärtigenden Einnahmen andererseits schon jetzt zu berücksichtigenden, wenngleich noch nicht fälligen bzw. nicht einforderebaren Geldforderungen in ihrer Wesentlichkeit.“<sup>8)</sup>

Gem der **statischen Interpretation** sind ausschließlich fällige Schulden zu berücksichtigen. Erst künftig fällig werdende Schulden sind aus der Betrachtung in jeglicher Form auszuschließen und nicht zu berücksichtigen.<sup>9)</sup> Nach der Ansicht Dellingers wäre die statisch interpretierte Zahlungsunfähigkeit (im Gegensatz zu einer dynamisch interpretierten Zahlungsunfähigkeit unter Berücksichtigung künftig fällig werdender Schulden) nicht prognoseabhängig, für den Schuldner rasch erkennbar und eindeutig von der „Überschuldung“ zu unterscheiden. Da Dellinger für die Beurteilung der Zahlungs(un)fähigkeit die Berücksichtigung künftig fällig werdender Schulden ablehnt, geht er auch nicht darauf ein, ob bzw. wie zukünftig verfügbares bzw. realisierbares Vermögen zu berücksichtigen ist.

Allerdings ist in die Überlegung hinsichtlich des Zustands der Zahlungsunfähigkeit in der statischen Betrachtungsweise mit einzubeziehen:

Für die Befriedigung künftig fälliger Schulden stehen auch freigesetzte liquide Mittel aus Vermögensgegenständen zur Verfügung. Werden in einer dynamischen Interpretation der Zahlungs(un)fähigkeit auch künftig fällige Schulden miteinbezogen, ist es **betriebswirtschaftlich** nicht nur sinnvoll, sondern vielmehr **geboten**, auch die im selben (Zukunfts-)Zeitraum – mit größter Wahrscheinlichkeit – realisierbaren bzw. freisetzbaren liquiden Mittel, die für die Befriedigung künftig fälliger Schulden zur Verfügung stehen werden, einzubeziehen. Diese können ggf. auch vorhandene, realisierbare stille Reserven im Umlaufvermögen (und – wenn entsprechend freisetzbar – im Einzelfall mangels konkreter Betriebsnotwendigkeit auch im Anlagevermögen) umfassen.

Würde man frei werdende Mittel im Gegensatz zu künftig fälligen Schulden nicht entsprechend in die Rechnung einbeziehen, wäre diese nach wirtschaftlichen Grundregeln einseitig bzw. falsch. Auf dieser Basis würde ein unrichtiger Schluss über die Liquiditätslage gezogen werden. Und läge eine un-

richtige bzw. nicht sachgerechte Grundlage für die gerichtliche Entscheidung vor.

### C. ZUGANG ZUM BEGRIFF DER ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT

Die Frage des **Eintritts** der **Zahlungs(un)fähigkeit** ist grundsätzlich nach **betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten** zu lösen, handelt es sich doch um eine betriebswirtschaftliche Frage, die zwar in die jeweilige juristische Beurteilung einfließt, aber als betriebswirtschaftliche Vorfrage für die Beweiswürdigung bzw. für die Beurteilung der Rechtsfrage richtig gelöst werden muss. Die Feststellungen der Sachverständigen sind die Basis für die rechtliche Beurteilung und allenfalls Grundlage der Beweiswürdigung.

**Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist die Zahlungsfähigkeit jedenfalls nicht (rein) stichtagsbezogen, dh nicht statisch, sondern dynamisch zu prüfen und ggf. derart der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit festzustellen.**

Zu klären ist nun, ob wirklich ein Missverhältnis zwischen der hL und der oberstgerichtlichen Beurteilung zur betriebswirtschaftlichen Vorfrage vorliegt.

Bereits die vorliegende gängige und generell akzeptierte Begriffsbestimmung, wonach Zahlungsunfähigkeit vorliegt, „wenn der Schuldner durch dauernden Mangel an flüssigen Mitteln nicht im Stande ist, alle fälligen Schulden – bei redlicher wirtschaftlicher Gebahrung – in angemessener Frist zu begleichen“, zeigt eindeutige Hinweise auf die – betriebswirtschaftlich gebotene – dynamische Betrachtungsweise des Zustands der „Zahlungsunfähigkeit“:

- **„Dauernder Mangel“** heißt eben nicht Betrachtung (isoliert) zu einem Stichtag, sondern beinhaltet die Einbeziehung einer gewissen Zeitspanne (= dynamische Komponente) und kann nicht durch getrennte Betrachtung lediglich der Schulden erfolgen, sondern erfordert die Kombination mit den künftig freizusetzenden Mitteln. Dies entspricht der „Working Capital“-Betrachtung = Überhang der kurzfristig zur Verfügung stehenden Mittel über die kurzfristig fällig werdenden Verbindlichkeiten (juristisch ausgedrückt „alsbald“).
- **„Angemessene Frist“** bedeutet wieder nicht genau an einem Stichtag, sondern dynamisch – über einen Zeitraum, wobei im gleichen Zeitraum freigesetzte Mittel zur Schuldentilgung zu verwenden sind. Ist der Schuldner in der Lage, die fehlenden Mittel in „angemessener (den Gläubigern zumutbarer, Anm.) Frist“ bzw. „alsbald“ zu beschaffen, liegt bloß eine (vorübergehende, bewältigbare) „Zahlungsstockung“ vor. Auch die Prüfung, ob eine (vorübergehende) Zahlungsstockung vorliegt oder ob bereits die (nachhaltige, unüberwindbare) Zahlungsunfähigkeit eingetre-

6) Siehe FN 5 sowie ähnlich Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht, 30.

7) Sprung/Schumacher, JBl 1978, 122.

8) Siehe FN 7.

9) Vgl. Dellinger, ecolx 1998, 298.

ten ist, kann nur unter Berücksichtigung der Zukunft (= Zeitraum bzw dynamische Komponente) erfolgen.

Auf Basis der Entscheidung des OLG Linz v 24. 6. 1975 wurde in der Rsp bis Anfang der 1990er Jahre die Auffassung vertreten, dass Zahlungsunfähigkeit nicht als ein „*augenblicklicher Zustand*“ zu verstehen sei, sondern als ein solcher, der auf absehbare Zeit prognostizierbar ist (= dynamische Interpretation der Zahlungsunfähigkeit). Zahlungsunfähigkeit ist demnach auch dann eingetreten, wenn zwar vorerst noch Kreditmöglichkeiten bestehen, aber „*mit Sicherheit*“ zu prognostizieren ist, dass mit diesen die ständig wiederkehrenden Verpflichtungen nur noch für eine begrenzte Zeit und für einen begrenzten Umfang getilgt werden können. Künftig fällig werdende Schulden sind einzu beziehen, wenn dies bei ordnungsgemäßer Wirtschaftsführung nach Maßgabe ihrer Größe und der zu gewärtigenden Einnahmen schon jetzt geboten ist.<sup>10)</sup>

Außerdem heißt es in der Rsp, dass die Zahlungsunfähigkeit nicht verhindert werden kann, wenn

- „*es dem Schuldner zwar gelingt, seine fälligen Forderungen (gemeint sind offensichtlich die fälligen Verbindlichkeiten bzw Schulden, Anm) gerade noch zu erfüllen, allerdings nur durch Eingehen neuer Schulden unter Vortäuschung seiner Kreditwürdigkeit ohne Aussicht auf Besserung seiner wirtschaftlichen Situation.*“ (OGH 11. 11. 1986, 2 Ob 532, 533/86) oder
- eine „*fallweise oder punktuelle Befriedigung (der Verbindlichkeiten, Anm) nach der Methode ‚Loch auf, Loch zu‘*“ erfolgt (OGH 23. 2. 1989, 7 Ob 526/89).

Hierzu ist anzumerken, dass das Eingehen neuer Schulden und das Vortäuschen einer nicht gegebenen Kreditwürdigkeit in Richtung „*redlicher wirtschaftlicher Gebarung*“ zu beurteilen ist und die Besserung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners auch die nähere Zukunft, dh die **dynamische Komponente**, beinhaltet. Die Fähigkeit, Fremdmittel entsprechend den Verpflichtungen rückführen zu können, muss auch in künftigen Perioden gegeben sein – diese kann nur durch die Berücksichtigung (erst) fällig werdender Schulden und zukünftig freigesetzter Mittel beurteilt werden.

In Abkehr davon wurde in der Entscheidung vom 28. 6. 1990 des OGH, 8 Ob 624/88, ausgeführt, dass künftig fällige Verbindlichkeiten bei der Bestimmung des Zeitpunktes der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen seien: „*Nach herrschender Auffassung liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner mangels bereiter Mittel nicht in der Lage ist, seine fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen, und sich die dazu erforderlichen Mittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann. Künftig fällige Verbindlichkeiten sind entgegen einem Teil der Lehre (Sprung-Schumacher, JBl 1978, 122) nicht zu berücksichtigen, weil sonst die bei der Überschuldung unsicheren Prognoseelemente eingebracht würden (so auch Harrer, Haftungsprobleme bei der GmbH, 36 mwN in FN 120, 121 und 124) und die schon wegen der strafrechtlichen Konsequenzen notwendige Signalwirkung des Eintritts der*

*Zahlungsunfähigkeit verloren ginge (Dellinger in ecolex 1990, 345 FN 42).*“

Auch die in dieser Entscheidung enthaltene „Definition“ der Zahlungsunfähigkeit enthält mit der Anmerkung „... *voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen ...*“ eine dynamische Komponente. IS der obigen Ausführungen ist die Entscheidung aus betriebswirtschaftlicher Sicht überprüfungswürdig und kann ihr insoweit nicht gefolgt werden, als nur die (bereits) fälligen Schulden (in einer statischen Interpretation der Zahlungsunfähigkeit) für die Beurteilung der Zahlungs(un)fähigkeit herangezogen werden sollen. Dies würde bedeuten, dass auch die künftig erforderlichen Mittel, die „alsbald“ zu beschaffen sind und auch beschafft werden könnten, vollkommen außer Acht gelassen würden, was der betriebswirtschaftlichen Sichtweise eines redlichen Unternehmers nicht gerecht werden würde, da nur eine Seite des wirtschaftlichen Handelns dargestellt würde. Aus betriebswirtschaftlicher Sichtweise des redlichen Unternehmers ergibt sich die dynamische Interpretation der Zahlungs(un)fähigkeit zwingend, demnach die Einbeziehung aller kurzfristigen Finanzmittelfonds, Forderungen und Verbindlichkeiten sowie sonstigen, kurzfristig fällig werdenden Verpflichtungen.

Die notwendige Berücksichtigung zukünftig fällig werdender Verbindlichkeiten und zukünftig freizusetzender Mittel bei der Beurteilung der Zahlungs(un)fähigkeit wird auch durch die Formulierung des § 159 StGB in der Fassung des BGBl I 2000/58 („Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“) verdeutlicht. Analysiert man die einzelnen Bestimmungsteile des „Katalogs kridaträchtiger Handlungen“ aus betriebswirtschaftlicher Sicht dahingehend, ob sie „dynamisch“ oder „statisch“ zu verstehen sind, so ergibt sich Folgendes:

**§ 159 Abs 5 StGB erster Satz:** „*Kridaträchtig handelt, wer entgegen Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens (...)*“. Die Grundsätze ordentlichen Wirtschaftens enthalten naturgemäß eine Zukunftskomponente. Dies weil „*Wirtschaften*“ in die Zukunft „schauen“ iS von Planen, Organisieren, Vorsorge treffen, Veränderungen (rechtzeitig) einbeziehen ... bedeutet, mit anderen Worten: so viel an Mitteln erwirtschaften bzw bereithalten, dass die Verpflichtungen erfüllt werden können bzw schlussendlich zum gegebenen Zeitpunkt für alle 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*“, egal ob sie zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören oder nicht, können nur dann den Charakter eines „*gewagten Geschäftes*“ 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

10) Siehe FN 7.

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 auseinander liegen, weil Planungshandlungen bzw Vorlaufaufgaben stattfinden und die (künftige) Realisierung bzw die 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 können“, davon ausgehen können, dass man es im Wortsinne „sich leisten“ kann, Aufwand zu treiben und Investitionen samt entsprechender Finanzierung einzugehen. Die „Leistungsfähigkeit“ wird, wenn sie „richtig“ eingeschätzt bzw geplant wurde, durch die zukünftigen Überschüsse 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 im HGB (§ 222 Abs 2) auf das Erfordernis die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage abzubilden hingewiesen. (Der Strafgesetzgeber „borgt“ sich einen Begriff der „Vermögens-, Finanz- und Ertragslage“ des Handelsrechts [§ 222 Abs 2 HGB] aus, wobei im Strafgesetzbuch von der „wahren Vermögens-, Finanz- und Ertragslage“ gesprochen wird – im Gegensatz zum in § 222 Abs 2 HGB verwendeten Begriff des „möglichst getreuen Bildes“ derselben). Die Erläuterung zum Bundesgesetz über die „Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“ stellen klar, dass die Beifügung „wahr“ dabei „ein möglichst getreues Bild der tatsächlichen Verhältnisse“ meint.

„Überblick verschaffen“ heißt auch, von der jetzigen Situation (Ist-Zustand) unter Zugrundelegung der Grundsätze ordentlichen Wirtschaftens in die Zukunft zu schauen: Planen bzw Soll-Erwartungen abbilden.

Wie den Erläuterung zum BG über die „Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“ (= Neufassung des § 159 StGB) entnommen werden kann, gilt es den „wirtschaftlichen Blindflug“ zu vermeiden. Die Einhaltung der steuerlichen Vorschriften würde eben insb bei kleinen und nicht protokollierten Unternehmen keine Gewähr bieten, aus betriebswirtschaftlicher Sicht einen solchen Blindflug zu verhindern. Kaufleute haben sich einen zeitnahen Überblick über ihre wirtschaftliche Lage zu verschaffen. Allgemein wird in den Erläuterung festgehalten: „Unabhängig davon, ob gesetzliche Aufzeichnungsbzw 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.“ Das Vermeiden eines „wirtschaftlichen Blindfluges“ – eben durch sorgfältige Planung der Zukunft bzw durch den Blick in die Zukunft – ergibt sich wohl nur aus einer dynamischen, (zukunfts-) zeitraumbezogenen Betrachtung.

Der Begriff „Vermögenslage“ bedeutet den „Vergleich von Vermögenswerten und Schulden“, der Begriff „Ertragslage“ die „Übersicht über Aufwand und Ertrag (Gewinn oder Verlust)“. Die „Finanzlage“ beinhaltet zwangsläufig eine Zukunftskomponente. Gem Erläuterung ist unter „Finanzlage“ die Übersicht „über die finanzielle Situation (zB die Deckung der Fristigkeit der Vermögenswerte und der Schulden) zu verstehen“.

In den Erläuterung wird weiter ausgeführt: Der „zeitnahe Überblick über die wirtschaftliche Lage“ soll „eine umfassende und einheitlich zu interpretierende, nicht überspannte Pflicht zur Sorgfalt und zur Beobachtung der eigenen wirtschaftlichen Grenzen“ bieten, wobei die Anforderungen an die Umstände des Einzelfalls, insb an den Umfang des Geschäftsbetriebs, das Geschäftsrisiko und die sonstigen Umstände anzupassen sind.

Grundsätzlich ergibt sich auch die Darstellung der Finanzlage wiederum aus den (Ausweis-)Regeln des HGB. Wird daran aufbauend die (HGB-)Bilanz nach Fristigkeiten gegliedert, stellt diese die Grundlage für die „Working Capital“-Betrachtung dar. Dies kann jedenfalls durch „Unternehmensinterne“ (den „Unternehmer“) erfolgen, aber auch durch „Unternehmens-Externe“ (wohl etwas schwieriger).

Das „herkömmliche“ Rechnungswesen stellt auf die Zusammenfassung großer Gruppen nach ihrer Verwendung bzw nach ihrem Verwendungszeitraum im Unternehmen und ihrer Entstehungsursache – nicht auf eine tageweise Darstellung der Fristigkeiten – ab. In den gesetzlichen Regelungen betreffend das unternehmerische Rechnungswesen wird nicht die Darstellung der Fristigkeiten für jeden Tag gefordert sondern eine Gliederung, auf deren Grundlage verschiedene „Finanzmittelfonds“ einfach ermittelt werden können. Bspw: Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, Verbindlichkeiten mit einer Restlaufzeit von mehr als einem Jahr, Verbindlichkeiten mit einer Restlaufzeit von mehr als fünf Jahren. Wie schon festgestellt, ergibt sich daraus eine leichte Möglichkeit der Darstellung der Finanzlage nach „Finanzmittelfonds“, nicht nach Fälligkeiten. In einem „Finanzmittelfonds“ werden jeweils Sachverhalte gleicher Fristigkeit (sowohl Vermögensgegenstände als auch Schulden) erfasst. Das Rechnungswesen ist nicht in der Form aufgebaut, dass eine tageweise Gegenüberstellung der vorhandenen liquiden Mitteln und der fälligen Schulden erfolgen würde, sondern es erfolgt eine Gliederung zur anschließenden, leicht möglichen Gegenüberstellung in „Finanzmittelfonds“. Das Ergebnis dieser Gegenüberstellung zeigt, ob für den Beobachtungszeitraum die Mittel ausreichen (werden) – oder eben nicht. Die tageweise Darstellung aus dem gesetzlichen Rechnungswesen zu entwickeln, wäre nur mühsam möglich: Jeden Tag sind neue Verbindlichkeiten fällig, werden wei-

tere Mittel freigesetzt. Die Betrachtung des „Finanzmittelfonds“ ist auf Basis der Bilanz und auch der Buchhaltung hingegen leicht möglich, dies im Wesentlichen schon allein durch den Blick in die Bilanz und die Addition und Subtraktion weniger (Bilanz-)Posten.

Durch die Gegenüberstellung der Finanzmittelfonds aus dem Rechnungswesen heraus wird zugleich auch einem „wirtschaftlichen Blindflug“ in die Zukunft hinsichtlich der Finanz-(Liquiditäts-)Situation vorgebeugt. In dieser „Nebenrechnung“ sind das ausgewiesene und in Zukunft freisetzbare Vermögen den ausgewiesenen und in der Zukunft fälligen Schulden – jeweils geordnet nach derselben Fristigkeit – zu berücksichtigen (= „Working Capital“-Betrachtung).

Die „betriebswirtschaftlich richtige“ Qualifizierung der Fristigkeiten, die Einteilung der Finanzmittelfonds und damit die „Working Capital“-Betrachtung stellen eine (zukunfts-) zeitraumbezogene Komponente dar.

Angemerkt wird, dass durch die Gegenüberstellung der „Finanzmittelfonds“ auch die Frage der Zahlungsstockung mitberücksichtigt wird: Wenn ein Liquiditätseingpass auftritt, aber die Schulden durch den Finanzmittelfonds gedeckt sind, liegt eben eine (vorübergehende) Zahlungsstockung vor, dh ein bloß kurzfristiges, eben temporäres Zahlungsunvermögen.

Die Feststellungen zu § 159 Abs 5 Z 4 StGB über dessen dynamische Komponenten treffen in angepasster Form auf § 159 Abs 5 Z 5 StGB zu.

**Aus den vorstehenden Überlegungen** – nämlich der Grundüberlegung, dass die Feststellung des Zeitpunkts zu welchem Zahlungsunfähigkeit (objektiv) eingetreten ist, zuerst eine betriebswirtschaftliche Frage ist – **ergibt sich, dass Zahlungsunfähigkeit nur dynamisch betrachtet werden kann.** Unbestritten ist die Feststellung des Zeitpunkts, zu dem Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, als Vorfrage für die jeweilige juristische Beurteilung betriebswirtschaftlich „richtig“ zu ermitteln.

Betreffend das betriebliche Rechnungswesen wird zusammengefasst, dass der Handelsgesetzgeber oder die Betriebswirtschaftslehre (sinnvollerweise) nie davon ausgehen, dass eine tägliche Bestandsaufnahme von zur Verfügung stehenden liquiden Mitteln und an diesem Tag fälligen Verpflichtungen vorgenommen wird. Das Rechnungswesen ist nicht entsprechend aufgebaut und dazu aus sich heraus nicht in der Lage. Eine dynamische, zukunftsbezogene Betrachtung der Finanzlage kann aber jedenfalls anhand der Berechnung des Working Capital erfolgen.

Das Ergebnis der dynamischen Betrachtungsweise der Zahlungs(un)fähigkeit ist ein Zeitpunkt, zu dem die Befriedigung aller fälligen Verbindlichkeiten im beobachteten Zeitraum (eben in einer dynamischen Betrachtungsweise) möglich ist oder eben nicht. Dies mag uU verwirrend sein, entspricht aber dem Vorgehen eines redlichen, planvollen, nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen denkenden Unternehmers. Die gebotene Redlichkeit stellt va einen rechtlichen Aspekt dar.

Es bleibt den Gerichten überlassen, zu beurteilen, ob der eine Gesetzgeber die Instrumentarien, die der andere Gesetzgeber vorgibt, als nicht tauglich sieht. Aus den obigen Ausführungen – insb der Betrachtung des § 159 StGB („Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“) mit dem „betriebswirtschaftlichen Auge“ – ergibt sich, dass im Bereich des Strafrechts der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit in einer dynamischen Betrachtungsweise zu ermitteln ist. Das Verständnis des Zustands der „Zahlungsunfähigkeit“ im Zivilrecht ist ggf gesondert zu untersuchen.

## D. DARSTELLUNG UND PLAUSIBILISIERUNG ANHAND VON BEISPIELEN

Die Differenz aus liquiden Mitteln ersten Grades (= Kassenbestand und kurzfristig verfügbare Bankguthaben) und den zahlbaren Verbindlichkeiten ist in der betrieblichen Praxis seit je her immer negativ, zeigt daher immer eine Unterdeckung der zahlbaren Verbindlichkeiten.

Für die Befriedigung der zahlbaren Verbindlichkeiten stehen aber nicht nur die liquiden Mittel ersten Grades am Betrachtungs-(Stich-)Tag zur Verfügung, sondern können auch die Mittel, die bis zur Fälligkeit der Verbindlichkeiten zur Verfügung freigesetzt werden, herangezogen werden (= dynamische Betrachtungsweise). Betriebswirtschaftlich und in der Praxis sind bei der Befriedigungsmöglichkeit der zahlbaren Verbindlichkeiten neben den schon verfügbaren liquiden Mitteln immer auch jene Mittel zu berücksichtigen, die in der Zwischenzeit (bis zur Fälligkeit der Verbindlichkeiten) freigesetzt werden. Der Umfang der zusätzlichen, freisetzbaren Mittel kann durchaus unterschiedlich sein und ist von der jeweiligen Branche abhängig. Maßgeblich ist die betriebswirtschaftlich richtige, realistische Betrachtungsweise.

Als Vermögen, aus dem liquide Mittel für die Befriedigung zahlbarer Verbindlichkeiten freigesetzt werden, sind Forderungen, aber auch Vorräte (halbfertige Arbeiten) und sonstige Vermögensgegenstände, die innerhalb der gebotenen Frist in liquide Mittel „umgewandelt“ werden können, zu berücksichtigen. Dabei ist anzumerken, dass die in der (HGB-) Bilanz ausgewiesenen Beträge dieser freisetzbaren Vermögenspositionen aufgrund des Anschaffungs- und Herstellungskostenprinzips des HGB nicht die realisierbaren Mittel am Absatzmarkt darstellen, da eben keine Gewinnanteile enthalten sind. Werden die vorhandenen liquiden Mittel und freisetzbaren Mittel den zahlbaren Verbindlichkeiten gegenübergestellt, gelangt man zur Standardkennzahl „Working Capital“ (= Überhang der kurzfristig zur Verfügung stehenden Mittel über die kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten). Bei der Beurteilung der Fristigkeit des freisetzbaren Vermögens für die Feststellung des Zeitpunktes der Zahlungsunfähigkeit ist auf einen (kürzeren) Zeitraum (3 Monate) abzustellen. Die übliche Qualifikation von freisetzbaren Vermögen bzw Verbindlichkeiten mit einer Restlaufzeit von bis zu einem Jahr ist für die Beurteilung des Ein-

tritts der Zahlungsunfähigkeit sicher zu lang. Die „Working Capital“-Betrachtung stellt eine grobe Betrachtung hinsichtlich der Beurteilung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit dar. Für den Sachverständigen ist sie aber dennoch ein taugliches Mittel. Ein aus ex-ante Sicht erstellter Finanzplan würde ein genaueres Bild der Liquiditätssituation liefern, steht jedoch zumeist ex-post nicht zur Verfügung bzw wäre gegebenenfalls nur unter großem Aufwand und Unsicherheiten im Nachhinein zu erstellen.

Im Folgenden werden zwei Beispiele dargestellt, anhand derer der Begriff der „Zahlungs(un)fähigkeit“ aus betriebswirtschaftlicher Sicht („dynamische Betrachtungsweise“) und der „statischen Betrachtungsweise“ dargestellt wird.

Den Beispielen liegt die Prämisse zugrunde, dass sich das Working Capital zu Beginn (1. 1.) während des Beobachtungszeitraumes in der Struktur nicht ändert (dh dass keine neuen Forderungen und keine neuen Verbindlichkeiten aufgebaut werden und dass aus der laufenden betrieblichen Tätigkeit kein Überschuss von liquiden Mitteln erwirtschaftet wird). Der Umstand, dass wie zuvor dargestellt in den freisetzbaren Mitteln keine Gewinnanteile berücksichtigt werden, spielt in den schematischen Beispielen keine Rolle.

Beispiel 1 (Beträge in €):

liquide Mittel ersten Grades zum 1. 1. des Jahres	50.000,00
Verbindlichkeiten zahlbar am 1. 1. des Jahres (fällig bis zum 31. 1. des Jahres)	450.000,00
<b>Überdeckung (+) / Unterdeckung (-) am 1. 1. des Jahres</b>	<b>- 400.000,00</b>
freisetzbare Mittel zur Deckung der Verbindlichkeiten bis zum 31. 1. des Jahres	350.000,00
<b>Überdeckung (+) / Unterdeckung (-) zum 31. 1. des Jahres</b>	<b>- 50.000,00</b>
zusätzliche Verbindlichkeiten fällig im Zeitraum 1. 2. bis 31. 3. des Jahres	1.100.000,00
<b>Überdeckung (+) / Unterdeckung (-) vor freisetzbaren Mitteln zum 31. 3. des Jahres</b>	<b>- 1.150.000,00</b>
zusätzliche freisetzbare Mittel zur Deckung der Verbindlichkeiten im Zeitraum 1. 2. bis 31. 3. des Jahres	1.120.000,00
<b>Überdeckung (+) / Unterdeckung (-) zum 31. 3. des Jahres</b>	<b>50.000,00</b>

Die im obigen Beispiel jeweils berücksichtigten „freisetzbaren Mittel“ ergeben sich aus dem zum 1. 1. des Jahres bestehenden und realisierbaren Vermögen (zB Forderungen, Vorräte ...). Die jeweils fälligen Verbindlichkeiten werden gesondert berücksichtigt. Entsprechend der gewählten Prämisse entsteht aus der laufenden betrieblichen Tätigkeit kein Überschuss von liquiden Mitteln, der für die Deckung der im Working Capital enthaltenen kurzfristigen Verbindlichkeiten zur Verfügung stehen würde.

Auch wenn in dem obigen Beispiel zunächst nicht alle zahlbaren Verbindlichkeiten befriedigt

werden können (zum 31. 1. des Jahres verbleibt eine Unterdeckung von € 50.000,-), wird das Unternehmen redlich einen Betriebsmittelkredit erhalten können bzw einen vorhandenen Kreditrahmen ausnützen können (vorausgesetzt das berücksichtigte Vermögen [eben Forderungen, Vorräte, halbfertige Arbeiten, ...] ist werthaltig). Mit den weiter freigesetzten Mitteln (bis zum 31. 3. des Jahres) kann der Betriebsmittelkredit (und auch die restlichen fälligen Verbindlichkeiten dieses Zeitraumes) zurückgezahlt werden (Zinskomponenten wurden außer Acht gelassen). Sowohl in der statischen als auch in der dynamischen Betrachtungsweise tritt im Beispiel 1 keine Zahlungsunfähigkeit ein, der Liquiditätsengpass am Ende des ersten Monats wird als „Zahlungsstockung“ erkannt. Die dynamische Betrachtung liefert unmittelbar das Ergebnis, dass im Beobachtungszeitraum alle fälligen Verbindlichkeiten befriedigt werden können, somit der Zustand der Zahlungsunfähigkeit nicht gegeben ist. Wenn im Rahmen der statischen Betrachtung innerhalb des ersten Monats ein Liquiditätsengpass festgestellt wird, ist diese in einem zweiten Schritt um die Prüfung, ob eine nachhaltige Zahlungsunfähigkeit oder bloß eine vorübergehende Zahlungsstockung vorliegt (dh ob „alsbald“ die notwendigen Mittel beschafft werden können), zu ergänzen. Diese fortgesetzte Prüfung anhand der „Working Capital“-Betrachtung im Sinne der statischen Betrachtungsweise kommt zu dem Ergebnis, dass die notwendigen Mittel „alsbald“ beschafft werden können, somit nur eine vorübergehende Zahlungsstockung und keine unüberwindbare Zahlungsunfähigkeit vorliegt.

Beispiel 2 (Beträge in €):

liquide Mittel ersten Grades zum 1. 1. des Jahres	100.000,00
Verbindlichkeiten zahlbar am 1. 1. des Jahres (fällig bis zum 31. 1. des Jahres)	80.000,00
<b>Überdeckung (+) / Unterdeckung (-) am 1. 1. des Jahres</b>	<b>20.000,00</b>
freisetzbare Mittel zur Deckung der Verbindlichkeiten bis zum 31. 1. des Jahres	10.000,00
<b>Überdeckung (+) / Unterdeckung (-) zum 31. 1. des Jahres</b>	<b>30.000,00</b>
zusätzliche Verbindlichkeiten fällig im Zeitraum 1. 2. bis 31. 3. des Jahres	200.000,00
<b>Überdeckung (+) / Unterdeckung (-) vor freisetzbaren Mitteln zum 31. 3. des Jahres</b>	<b>- 170.000,00</b>
zusätzliche freisetzbare Mittel zur Deckung der Verbindlichkeiten im Zeitraum 1. 2. bis 31. 3. des Jahres	20.000,00
<b>Überdeckung (+) / Unterdeckung (-) zum 31. 3. des Jahres</b>	<b>- 150.000,00</b>

Die im obigen Beispiel jeweils berücksichtigten „freisetzbaren Mittel“ ergeben sich aus dem zum 1. 1. des Jahres beste-

henden und realisierbaren Vermögen zB Forderungen, Vorräte ...). Die jeweils fälligen Verbindlichkeiten werden gesondert berücksichtigt. Entsprechend der gewählten Prämisse entsteht aus der laufenden betrieblichen Tätigkeit kein Überschuss von liquiden Mitteln, der für die Deckung der im Working Capital enthaltenen kurzfristigen Verbindlichkeiten zur Verfügung stehen würde.

In diesem Beispiel sind zunächst noch genügend liquide Mittel ersten Grades vorhanden, um die im ersten Monat des Jahres fälligen Verbindlichkeiten befriedigen zu können. Die liquiden Mittel reichen aber auch unter Berücksichtigung der zusätzlich freisetzbaren Mittel nicht aus, um die fälligen Verbindlichkeiten der nächsten drei Monate zu bedienen. Das Working Capital (= Unterdeckung zum 31. 3. des Jahres) ist negativ. Es stellt eine Frage der Redlichkeit dar, in dieser Situation weiterzuwirtschaften, weitere Kreditmittel (Verbindlichkeiten) einzugehen. Die Gegenüberstellung der Finanzmittelfonds zeigt, dass keine Mittel zur Verfügung stehen, um einen (weiteren) Betriebsmittelkredit zurückzahlen zu können. Im Ergebnis ist die Zahlungsunfähigkeit in der dynamischen Betrachtungsweise am 1. 1. des Jahres gegeben.

Bei statischer Betrachtungsweise tritt die Zahlungsunfähigkeit ein, wenn die fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr gedeckt werden können. Dies wird im obigen Beispiel im Zeitraum zwischen dem 1. 2. und dem 31. 3. des Jahres sein. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht war jedoch schon zu Beginn des Beobachtungszeitraumes klar und musste auch der „Unternehmer“ wissen, dass die liquiden Mittel nicht für den gesamten Beobachtungszeitraum ausreichen werden bzw nicht alle fälligen Schulden des Zeitraumes beglichen werden können. Damit ist jedoch schon die Zahlungsunfähigkeit im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise eingetreten. Je nach Interpretation des Begriffes der Zahlungs(un)fähigkeit (dynamisch oder statisch) ist das Ergebnis der Feststellung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit unterschiedlich. In weiterer Folge führen die beiden unterschiedlichen Ergebnisse zu einer unterschiedlichen Beurteilung der Gläubigerbegünstigung und zu einem allfälligen Schaden in unterschiedlicher Höhe: Wird in einer dynamischen Betrachtungsweise der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zum 1. 1. des Jahres festgestellt, ergibt sich die Gläubigerbegünstigung aus den nach diesem Stichtag bezahlten Verbindlichkeiten und auch der Schaden aus den Verbindlichkeiten, die nach diesem Stichtag neu eingegangen wurden. Wird in einer statischen Betrachtungsweise der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit spätestens am 31. 3. des Jahres festgestellt, würde sich die Gläubigerbegünstigung aus den nach dem 31. 3. bezahlten Verbindlichkeiten bestimmen und wären die Mittel, die nach diesem Zeitpunkt aufgenommen wurden, für den Schaden zu berücksichtigen.

Auch wenn die statische Interpretation der Zahlungs(un)fähigkeit von einer Betrachtung der fälligen

Schulden ausgeht, so muss auch bei dieser Betrachtung überlegt werden, ob „ein dauernder Mangel an flüssigen Mitteln“ vorliegt, ob „alle fälligen Schulden (...) in angemessener Frist“ beglichen werden können und ob dies bei „redlicher wirtschaftlicher Gebarung“ erfolgt. Dies sind Fragen, die nur in einer dynamischen Betrachtung gelöst werden können. Auch bei der statischen Interpretation stellt sich schon die Frage der Fristigkeit und der Berücksichtigung des freisetzbaren Vermögens, somit die Frage der Berechnung des Working Capital.

## SCHLUSSTRICH

*Wir sehen, dass wie überall die Grenze zwischen statischer und dynamischer Betrachtungsweise der Zahlungs(un)fähigkeit – ähnlich wie die Grenze zwischen Zahlungsunfähigkeit (= kurzfristig) und Überschuldung (= langfristig) – eine fließende ist und jedenfalls die statische Betrachtung alleine zu Irrtümern führen wird. Im Sinne der Rechtspflege ist die betriebswirtschaftliche Vorfrage der Zahlungs(un)fähigkeit richtig zu lösen. Dass dem Sachverständigen dabei eine nicht unwesentliche Aufgabe zukommt, liegt auf der Hand. Wenn durch diesen Beitrag die Diskussion zur Feststellung der „Zahlungs(un)fähigkeit“ wieder angeregt wird und aus dem „Plädoyer“ eine einheitliche Meinung entsteht, ist der Sache gedient. Auf Basis betriebswirtschaftlicher Überlegungen ist die Zahlungs(un)fähigkeit nicht statisch, sondern dynamisch zu betrachten. Die Planung der Liquidität (für den nächsten Zeitraum) im Sinne einer dynamischen Interpretation der Zahlungs(un)fähigkeit gehört zum redlichen Wirtschaften, um einen „Blindflug“ zu vermeiden. Deshalb ist der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit als Vorfrage für die juristische Beurteilung betriebswirtschaftlich „richtig“ – nämlich in einer dynamischen Betrachtungsweise der Zahlungs(un)fähigkeit – zu ermitteln.*

## GLOSSAR

Working Capital	Überhang der kurzfristig zur Verfügung stehenden Mittel über die kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten
Liquide Mittel ersten Grades	Summe aus Kassenbestand, Schecks, kurzfristig verfügbaren Guthaben bei Banken zuzüglich sonstiger flüssiger Mittel (ds kurzfristige Geldanlagen, zB Wertpapiere mit einer Gesamtlaufrzeit von nicht mehr als drei Monaten