

Zur Zahlungsunfähigkeit – Plädoyer für eine „statische“ bzw einheitliche Auslegung

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit (ZU) spielt in einer Vielzahl von Gesetzen und Verfahrensarten eine maßgebliche Rolle, er ist tatbestandliche Voraussetzung für die Ableitung mitunter gravierender Rechtsfolgen. Deshalb ist es im Sinne der Rechtsunterworfenen, eine eindeutige und möglichst einfache Bestimmung dieses Begriffs zu ermöglichen.

1. Einleitung

Der bedeutungsvolle Begriff der ZU findet sich in zahlreichen Gesetzen, von denen einige mitunter gravierende Rechtsfolgen – von Schadenersatz über Insolvenzeröffnung bis hin zu strafgerichtlicher Verfolgung – an dessen Vorliegen knüpfen. Allerdings existiert keine Legaldefinition dieses Begriffes, und die durch Rsp und Wissenschaft herausgebildeten Konturen divergieren zT schon innerhalb desselben Gesetzes und darüber hinaus auch zwischen den einzelnen Rechtsgebieten.

Als besonders problematisch erweist sich hier uE zum einen die stichtagsgenaue Berechnung des Eintritts der ZU, bei der entweder mittels „statischer“ oder „dynamischer“ Methode vorgegangen werden kann (s 3.). Obwohl erstere mittlerweile als herrschend gilt, vertreten manche Buchsachverständige, die (bzw deren Berufskollegen) in beinahe allen Fällen, in denen der Eintrittszeitpunkt der ZU nachträglich ermittelt werden muss, als Gutachter herangezogen werden, einen dynamischen Ansatz.¹⁾ Dies bedeutet in der Regel eine Vorverlegung des Eintrittszeitpunkts, was für die Betroffenen eine erhöhte Exposition in zivil- und strafrechtlicher Hinsicht bedeutet.

Zum anderen soll auf das Kriterium der „redlichen wirtschaftlichen Gebarung“ eingegangen werden, das im Strafrecht und zT auch im Zivilrecht zur Vermeidung der ZU verlangt wird (s 4.). Ob der an sich rein objektive Begriff der ZU zwingend mit diesem subjektiven Kriterium befrachtet werden sollte, ist uE kritisch zu hinterfragen.

2. Relevante Materien

2.1. IO

Der Rechtsbegriff²⁾ der ZU ist einer der Dreh- und Angelpunkte des Insolvenzrechts. In der IO ist er an verschiedenen Stellen anzutreffen; insb § 66 IO, der die ZU als „allgemeinen“ Insolvenzeröffnungsgrund für alle insolvenzfähigen natürlichen wie juristischen Personen normiert, ist einschlägig.³⁾ Als weitere

prominente Fundstellen, die ebenfalls weitreichende Rechtsfolgen vorsehen, fallen die Anfechtungstatbestände (§§ 30, 31 IO) ins Auge. Hier ist der Eintritt der ZU objektives Tatbestandsmerkmal.⁴⁾ War die ZU dem Vertragspartner des (später) Insolvenzverfangenen zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses bekannt oder fahrlässig unbekannt,⁵⁾ so ist das in diesem Lichte geschlossene Rechtsgeschäft durch den Insolvenzverwalter anfechtbar (§ 30 Abs 1 Z 2 und §§ 3, 31, 37 Abs 1 IO). Bei der „Inkongruenzanfechtung“ (§ 30 Abs 1 Z 1 IO) muss der Anfechtungsgegner überdies nicht einmal etwas über das Vorliegen von ZU gewusst haben.⁶⁾

2.2. StGB

Geradezu gravierende Rechtsfolgen, die vom Eintritt der ZU abhängen, sehen die §§ 158 (Begünstigung eines Gläubigers) und 159 (Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen) StGB vor. Nach Eintritt der ZU darf kein Gläubiger begünstigt und dadurch ein anderer benachteiligt werden, da ansonsten bis zu zwei Jahre Freiheitsstrafe drohen.⁷⁾ Wird ein Schuldner der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen überführt, sind ebenso empfindliche Haftstrafen möglich (bis zu einem Jahr bzw bei einem [zusätzlichen] Befriedigungsausfall von über 800.000 € bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe).⁸⁾

2.3. Andere

Gem § 2 EKEG befindet sich eine Gesellschaft in der Krise, wenn diese (a) zahlungsunfähig ist (Abs 1 Z 1), (b) überschuldet ist (Abs 1 Z 2) oder (c) eine Eigenmittelquote unter 8 % aufweist und die fiktive Schuldentilgungsdauer über 15 Jahre beträgt (Abs 1 Z 3).⁹⁾ Zu diesem speziellen Fall s unten, 5.

Daneben bestehen noch etliche weitere Gesetze, in denen die ZU Platz greift. Zu nennen sind bspw §§ 43 und 84 AktG, § 83 BWG, § 81 WAG etc. Diese bereiten in der Praxis aber nur selten Probleme bzw sind Sonderfälle der ZU iSd IO.¹⁰⁾ In der Folge wird die Beziehung der insolvenzrechtlichen und

1) *Siart*, Die Zahlungs(un)fähigkeit im Hinblick auf § 159 StGB „NEU“. Ein Plädoyer für die dynamische Interpretation, *taxlex* 2006, 459 (460); *ders* in *Siart*, Handbuch des Buchsachverständigen (2012) Rz 966 ff; aA *Seicht*, Der Inhalt der Begriffe „Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“, *GesRZ* 1990, 179 (183); *Braun*, Zahlungsunfähigkeit im Strafrecht – Auswirkungen der Kridareform, *ecolex* 2001, 381 (382 f). Auf diese Problematik hinweisend s *Dellinger*, Zahlungsunfähigkeit und Kridastrafrecht, *ecolex* 1998, 297 (299).
2) Zahlungsunfähigkeit als Rechtsbegriff; hM; für viele s *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (7. Lfg; 1999) § 66 KO Rz 6 mwN; *Schuhmacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ II/2 (2004) § 66 Rz 7 mwN; *Kirchbacher* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (25a. Lfg, 2011) § 159 Rz 60; aA *Rainer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (2012) § 159 Rz 47.
3) Für viele s *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 34; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 66 Rz 2; *Schuhmacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ II/2 § 66 Rz 1.

4) *Rebernig* in *Konecny/Schubert*, KO (23. Lfg; 2006) § 30 Rz 4 und § 31 Rz 7.
5) Leichte Fahrlässigkeit genügt; RIS-Justiz R50064672; zuletzt 3 Ob 99/10w EvBl 2011/105 (*Konecny*).
6) *Rebernig* in *Konecny/Schubert*, KO § 30 Rz 3; *König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ (2009) Rz 10/1.
7) Für viele s *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch³ (1992) § 158 Rz 3; *Kirchbacher* in *WKStGB*² § 158 Rz 1 ff, 14; *Rainer* in *SbgK StGB* § 158 Rz 10.
8) *Kirchbacher* in *WKStGB*² § 159 Rz 1 ff, 101 f; *Rainer* in *SbgK StGB* § 159 Rz 106 ff.
9) Abs 2 leg cit relativiert den Fall des Abs 1 Z 3 insoweit, als ein Gesellschafterdarlehen nur dann eigenkapitalersetzend ist, wenn diese Tatbestandsmerkmale bekannt oder vorwerfbar unbekannt waren.
10) Vgl zB *Laurer* in *Fremuth/Laurer/Linck/Pötzelberger/Strobl*, Bankwesengesetz – BWG³ (2007) § 83 Rz 1 mwN.

der strafrechtlichen Interpretation der ZU als Besonderheit näher betrachtet.

3. „Statische“ oder „dynamische“ Betrachtungsweise?

3.1. Definition(en) der ZU

UE entspringt der Rechtsbegriff der ZU genuin dem Insolvenzrecht. Die einschlägigen Strafnormen (§§ 158, 159 StGB) orientieren sich gewissermaßen an diesem bzw leiten sich davon ab.¹¹⁾ In der Praxis geht de facto (fast) immer ein Insolvenzverfahren einem Strafverfahren nach den §§ 158 f StGB voraus. Es ist daher sachgerecht und dogmatisch richtig, das Insolvenzrecht als Ausgangspunkt für eine Definition der ZU heranzuziehen.

Die nunmehr herrschende Definition im Zivilrecht lautet: Vermag ein Schuldner seine fälligen Verbindlichkeiten mangels bereiter Zahlungsmittel nicht zu zahlen und kann er sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald beschaffen, liegt ZU vor.¹²⁾ In einer jüngeren E¹³⁾ hat der OGH die Konturen der ZU weiter geschärft: Kann ein Schuldner mindestens 95 % seiner fälligen Schulden begleichen, dürfen seine Gläubiger von Zahlungsfähigkeit ausgehen. Wenn im Gegenzug eine Liquiditätslücke von mehr als 5 % vorliegt, ist grundsätzlich von ZU auszugehen, es sei denn, dass mit (ex ante) hoher Wahrscheinlichkeit binnen (im Durchschnittsfall) max 3 Monaten Geldmittel beschafft werden können. Ist dies der Fall, kann von einer bloßen Zahlungsstockung gesprochen werden.

Verbindlichkeiten des Schuldners, die erst später fällig werden, haben bei der Beurteilung der ZU außer Betracht zu bleiben.¹⁴⁾

Die im Strafrecht übliche Definition deckt sich weitgehend mit der zivilrechtlichen. Allerdings wird zusätzlich verlangt, dass der Schuldner seine fälligen Verbindlichkeiten „bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung“ in angemessener Frist begleichen können muss.¹⁵⁾ Dieses nicht unproblematische Kriterium – worauf unten (s 4.) noch näher eingegangen wird – findet sich in jüngerer Vergangenheit auch zunehmend in zivilgerichtlichen E.¹⁶⁾

3.2. Methoden zur Bestimmung der ZU

3.2.1. Statisch

In der Lit wird zwischen einer „statischen“ und einer „dynamischen“ Interpretation des Begriffes der ZU unterschieden.¹⁷⁾ Erstere Betrachtungsweise möchte ausschließlich bereits fällige

Schulden bei der Prüfung, ob ZU vorliegt, berücksichtigen. Dieser Ansatz ist heute sowohl in der straf-¹⁸⁾ wie auch der zivilrechtlichen¹⁹⁾ Rsp und Lehre herrschend. Der Gesetzgeber geht in den ErläutRV zum IRÄG 1997²⁰⁾ ebenfalls eindeutig von einer statischen Interpretation aus.²¹⁾

3.2.2. Dynamisch

Die dynamische Interpretation der ZU stellt neben den gegenwärtig fälligen auch auf solche Verbindlichkeiten des Schuldners ab, die erst künftig – also nach dem „Stichtag“ – fällig werden. Diese Betrachtungsweise findet sich teilweise in der betriebswirtschaftlichen²²⁾ und der älteren rechtswissenschaftlichen²³⁾ Lit, hat aber uE im juristischen Kontext keine Berechtigung (s sogleich).

3.3. Vorzug der einheitlichen „statischen“ Berechnung

3.3.1. Interpretation

Schon die grammatische Interpretation des Begriffes der ZU stützt die statische Betrachtungsweise: Die Unfähigkeit zu zahlen kann nämlich dem Wortlaut nach nur die Unfähigkeit zur Begleichung bereits fälliger Verbindlichkeiten bedeuten.²⁴⁾

Systematisch interpretiert ist zunächst auf den Begriff der „drohenden ZU“²⁵⁾ (§ 167 Abs 2 IO) Bedacht zu nehmen. Da sich dieser Begriff desselben Gesetzes augenscheinlich von dem der ZU unterscheidet, muss er auch zwangsläufig einen anderen Bedeutungsgehalt haben. Nachdem bei der drohenden ZU künftig fällige Verbindlichkeiten einzubeziehen sind,²⁶⁾ kann dies bei der ZU gerade nicht der Fall sein. Eine weitere Stütze findet die statische Interpretation im Gesetz selbst: Aus § 66 Abs 3 S 2 IO kann e contrario gefolgert werden, dass der Schuldner so lange zahlungsfähig ist, als er alle Gläubiger mit bereits fälligen Forderungen befriedigt.²⁷⁾

Historisch interpretiert gelangt man ebenfalls zu dem Ergebnis, dass bei der Ermittlung der ZU ausschließlich bereits fällige Verbindlichkeiten berücksichtigt werden sollen. Der Denkschrift²⁸⁾ ist zu entnehmen, dass das gemeinsame Befrie-

11) Ähnlich 1 Ob 134/07y SZ 2007/162; OLG Wien 13 R 5/83 GesRZ 1983, 96; s auch *Steininger*, Strafrechtliche Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit Insolvenzen, in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht (1987) 110 mwN; *Hammerschmidt*, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, *Koren-FS* (1993) 325 (336).
12) Zuletzt 3 Ob 99/10w EvBl 2011/105 (*Konecny*) = ZIK 2011/152, 109 (*Widhalm-Budak*, Nachforschungspflichten der GKK und Abgrenzung von Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit, ZIK 2011/124, 85) = ÖBA 2011/1747, 742 (*Bartlmä*); vgl für viele *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 30; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 66 Rz 5; *Schuhmacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ II/2 § 66 KO Rz 9.
13) 3 Ob 99/10w ARD 6158/8/2011 = EvBl 2011/105 (*Konecny*) = ZIK 2011/152, 109 (*Widhalm-Budak*, ZIK 2011/124, 85) = ÖBA 2011/1747, 742 (*Bartlmä*).
14) *Schulyok* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch Konkursabwicklung² (2003) 630.
15) Für viele s *Leukauff/Steininger*, Strafrechtbuch³ § 159 Rz 20; *Rainer* in *SbgK StGB* § 159 Rz 42; *Kirchbacher* in *WKStGB* § 159 Rz 60.
16) ZB 1 Ob 134/07y ZIK 2008/50, 30.
17) Überblick bei *Seicht*, GesRZ 1990, 183 f; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 66 Rz 16 ff; *Schuhmacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ II/2 § 66 KO Rz 18 ff.

18) Für viele s 11 Os 87/90 ÖBA 1991, 680; 15 Os 56/93; 11 Os 52/05i; s auch *RIS-Justiz* RS0094940; *Steininger* in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 110; *Leukauff/Steininger*, Strafrechtbuch³ § 159 Rz 20; *Bertel*, Die fahrlässige Krida, *Koren-FS* (1993) 419 (421); *Kienapfel*, Grundriß des österreichischen Strafrechts: Besonderer Teil II³ (1993) § 159 Rz 19; *Dellinger*, *ecolex* 1998, 298 mwN; *ders*, Zahlungsunfähigkeit und kridaträchtige Verhaltensweisen, in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 49 (50); *Tipold*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers, in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung (2008) Rz 4/22; *Kirchbacher* in *WKStGB* § 159 Rz 60.
19) Für viele 6 Ob 701/86 ÖBA 1988, 276 (zust *Kozio*); ausdrücklich 8 Ob 624/88 SZ 63/124 = wbl 1990, 348 (zust *Dellinger*); s auch *RIS-Justiz* RS0064528; *Seicht*, GesRZ 1990, 185; grds auch *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 32; *ders* in *Konecny/Schubert*, KO § 66 Rz 62; *Schuhmacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ II/2 § 66 KO Rz 18; s auch *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 36.
20) Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1997 – IRÄG 1997 BGBl I 1997/114.
21) ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 53: „Bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit sind nach der Rechtsprechung künftig fällige Verbindlichkeiten nicht zu berücksichtigen (SZ 63/124).“
22) Vgl FN 1.
23) *Sprung/Schumacher*, Die Zahlungsunfähigkeit als Konkurseröffnungsgrund (§ 68 KO) JBl 1978, 122 (129); *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 30; *Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel*, Handbuch des österreichischen Insolvenzrechts (1986) 11.
24) *Breiter*, Fahrlässige Krida nach Zahlungsunfähigkeit (1998) 62.
25) Eingeführt als Ausgleichsgrund (§ 1 AO alt) durch das IRÄG 1997.
26) Vgl ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 53.
27) 6 Ob 701/86 ÖBA 1988, 282 (*Kozio*); *Breiter*, Fahrlässige Krida 64; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 66 Rz 22.
28) Denkschrift zur Kaiserlichen Verordnung vom 10. 12. 1914 über die Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung, RGBl Nr 337, 63.

digungsverfahren nur dort stattfinden soll, „... wo der Erfüllungsanspruch der einzelnen Gläubiger verletzt wird ...“. Der Erfüllungsanspruch kann aber nur dann verletzt werden, wenn fällige Verbindlichkeiten nicht beglichen werden, zumal ein Erfüllungsanspruch ohne Fälligkeit gar nicht bestehen kann.²⁹⁾

Würde die ZU hingegen dynamisch ausgelegt, bedeutete dies eine Verwischung der Grenze zur Überschuldung (§ 67 IO), dem Gegenstück der ZU. Dieser ist bekanntlich ein dynamisches Element, die sog „Fortbestehensprognose“ immanent, die kumulativ mit der rechnerischen Überschuldung vorliegen muss.³⁰⁾ Verwendet das Gesetz nun beide Begriffe bewusst nebeneinander, ist eine derartig starke Annäherung nicht vertretbar und daher abzulehnen.³¹⁾

3.3.2. Rechtssicherheit

Wollte man erst künftig fällig werdende Verbindlichkeiten in die Prüfung mit einbeziehen, bedeutete das enorme Rechtsunsicherheit für die Normunterworfenen. Welche dieser künftig fälligen Verbindlichkeiten sind nun wirklich zu berücksichtigen bzw welcher Zeitraum ist hier maßgeblich? In heiklen Materien wie den hier in Rede stehenden, die für alle Betroffenen uU gravierende Auswirkungen, im schlimmsten Fall nämlich unbedingte Haftstrafen, haben können, sollte jedenfalls mit eindeutigen und klar interpretierbaren Begriffen operiert werden. Hier gilt, größtmögliche Rechtssicherheit zu schaffen und Unsicherheiten zu vermeiden.³²⁾

Besondere Bedeutung bekommt der Anspruch der Rechtssicherheit in den oftmals einer Insolvenz folgenden Strafverfahren. Zur Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens der Beschuldigten iSd §§ 158 f StGB ist es notwendig, den Eintritt der ZU zeitlich zu bestimmen. Es ist zu beobachten, dass in diesen Verfahren in aller Regel Buchsachverständige hinzugezogen werden, denen, wengleich vom Gesetz nicht gedeckt,³³⁾ diese Aufgabe übertragen wird. Abgesehen davon, dass der Eintritt der ZU eine Rechtsfrage ist und somit in einem Sachverständigengutachten grundsätzlich keinen Platz finden darf, wäre es mit den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Garantien des Art 6 EMRK nicht vereinbar, wenn eben diese Buchsachverständigen, so sie diese Frage dennoch würdigen, sich einer anderen Methode bedienen dürften, als es der Beschuldigte seinerzeit getan hat. Schließlich ist die Frage der ZU ex ante aus Sicht des Beschuldigten zu beurteilen.

Im Strafrecht, konzipiert als ultima ratio, ist eine derartige „doppelte“ Rechtsunsicherheit (einerseits statische vs dynamische Berechnung, andererseits immanente Unsicherheit der dynamischen Methode) nicht vertretbar. Darum ist uE jedenfalls an einer statischen Betrachtungsweise festzuhalten, die für jedermann erkennbar ist und meist eindeutig zutage tritt. Bildlich gesprochen muss bereits „Blut spritzen“.³⁴⁾

3.3.3. Einfachere Handhabung

Aus praktischer Sicht ist auch auf die Handhabung des Begriffes der ZU für die Betroffenen Bedacht zu nehmen. Zum

einen sind sich selbst Verfechter der dynamischen Interpretation keineswegs einig, in welchem Umfang „künftig fällig werdende Verbindlichkeiten“ zu berücksichtigen sind.³⁵⁾ Ein solch unsicheres Prognoseelement würde das Erkennen des (objektiven) Eintritts der ZU nahezu unmöglich machen. Der Vorzug des Anknüpfens an die ZU liegt gerade in ihrer Eindeutigkeit, raschen Erkennbarkeit und ihrer Manifestation. Gerade im Strafrecht muss an dieser klaren Grenzziehung zur nicht tatbildlichen Überschuldung³⁶⁾ festgehalten werden.³⁷⁾

3.3.4. Natürliche Personen, die keine Unternehmer sind, als Adressaten

Ein Hauptargument für die dynamische Interpretation lautet, dass die Frage nach dem Eintritt der ZU eine betriebswirtschaftliche ist. Von dieser Warte aus betrachtet sei es notwendig, von einem „redlichen Unternehmer“ auszugehen, der vorausschauend plant und „immer ausreichend finanzielle Mittel zur Verfügung hat“.³⁸⁾ Was dabei allerdings außer Acht gelassen wird, ist die Tatsache, dass sowohl die strafrechtlichen Normen, für die die ZU relevant ist, als auch der Insolvenzeröffnungstatbestand der ZU und die einschlägigen Anfechtungstatbestände selbstverständlich auch Rechtsunterworfenen betreffen, die keine Unternehmer sind. Von einem Schuldner ohne Unternehmereigenschaft kann nur schwerlich verlangt werden, er hätte planvoll nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen denken und so den (objektiven) Eintritt der ZU erkennen müssen. Dies selbst dann, wenn es ihm uU noch Monate möglich war, (alle) fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen, und so eine ZU bei statischer Betrachtung noch nicht erkennbar war.

4. Erfordernis der „redlichen wirtschaftlichen Gebarung“

Obwohl die statische Betrachtungsweise nunmehr als hA gelten kann, wird diese durch das Erfordernis der „redlichen wirtschaftlichen Gebarung“ in gewisser Weise wieder infrage gestellt.³⁹⁾ Seinen Ursprung hat dieses Kriterium in der strafrechtlichen stRsp,⁴⁰⁾ findet sich aber in den letzten Jahren vermehrt auch in zivilrechtlichen E:⁴¹⁾ Grundsätzlich müssen unredlich erlangte Mittel bei der Beurteilung der ZU des Schuldners außer Betracht bleiben. Keine Einigkeit besteht jedoch über den genauen Bedeutungsgehalt dieser unbestimmten Phrase. Für gewöhnlich soll schon Fahrlässigkeit die Redlichkeit ausschließen.⁴²⁾

*Kirchbacher*⁴³⁾ meint unter Berufung auf den OGH,⁴⁴⁾ dass ein Schuldner schon dann zahlungsunfähig ist, wenn er seinen laufenden Zahlungsverkehr bloß durch Kredite aufrechterhält, die ihm durch Täuschung (über die wahre wirtschaft-

29) *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 66 Rz 22.

30) Vgl *Schuhmacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ II/2 § 67 Rz 2, 21 f.

31) Siehe 6 Ob 701/86 ÖBA 1988, 282 (*Koziol*); *Breiter*, *Fahrlässige Krida* 64; *Dellinger*, *ecolex* 1998, 299; *ders* in *Konecny/Schubert*, KO § 66 Rz 22.

32) Vgl *Eberl*, *Fahrlässige Krida* durch Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit (1990) 130.

33) 14 Os 61/93; *Kirchbacher* in *WKStGB*² § 159 Rz 60; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 66 Rz 6.

34) *Isola/Toifl/Riedl*, Bilanzpolitik versus Bilanzdelikte, *Wirtschaftsprüfer Jahrbuch* 2011 (2011) 289 (310).

35) ZB *Sprung/Schumacher*, JBl 1978, 130; *Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel*, *Insolvenzrecht* 11.

36) *Leukauff/Steininger*, *Strafgesetzbuch*³ § 159 Rz 20; *Kirchbacher* in *WKStGB*² § 159 Rz 63.

37) *Dellinger*, *ecolex* 1998, 299 mwN.

38) Vgl *Siart*, *taxlex* 2006, 463; *ders* in *Siart*, *Handbuch* Rz 950 ff.

39) So schon *König*, § 2 KO und die „drohende Zahlungsunfähigkeit“, *RdW* 1997, 581; *Dellinger*, *ecolex* 1998, 300.

40) Für viele s 4 Os 33/22 StSt 2/20; 11 OS 52/05i; RIS-Justiz RS0094940.

41) ZB 4 Ob 547/81 EvBl 1982/164; 7 Ob 655/90; RIS-Justiz RS0065077.

42) HA; für viele *Spielbüchler* in *Rummel*, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*³ I (2000) § 326 Rz 2 mN; *Eccher* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, *Kommentar zum ABGB*³ (2010) § 236 Rz 1; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (2010) § 326 Rz 2 mwN.

43) In *WKStGB*² § 159 Rz 61 mN.

44) 11 Os 75, 76/89 JBl 1991, 465.

liche Situation) gewährt werden und die er „unter normalen wirtschaftlichen Verhältnissen“ nicht zurückzahlen könnte. Dh, dass Kreditmöglichkeiten, die ein „redlicher Kaufmann“ nicht ausschöpfen würde, die Zahlungsfähigkeit nicht perpetuieren. Auch *Rainer*⁴⁵⁾ schlägt in diese Kerbe und ergänzt, dass „Kredite, die dem *betrügerischen* Auftreten des Schuldners, seiner Skrupellosigkeit oder realitätsfremden Beurteilung seiner Rückzahlungsmöglichkeiten oder der Leichtgläubigkeit der Kreditnehmer zu verdanken sind“, außer Betracht zu bleiben haben.⁴⁶⁾

*Dellinger*⁴⁷⁾ möchte, um die an sich klaren Umrisse des Begriffes der ZU zu behalten, nur Vorsatztaten vom normativen Korrektiv der „redlichen wirtschaftlichen Gebarung“ erfasst wissen. So soll einem Schuldner, der seine Überschuldung fahrlässig nicht erkennt und weiterwirtschaftet, nicht das Erfordernis der „redlichen wirtschaftlichen Gebarung“ zum Verhängnis werden. Wollte man nämlich bereits bei Fahrlässigkeit Unredlichkeit annehmen, bedeutete dies im Ergebnis, dass ZU bereits bei (objektiver) Erkennbarkeit einer Überschuldung vorliegen würde und der Schuldner sich nur dann sorgfaltskonform verhielte, wenn er augenblicklich seine Zahlungen einstellen und die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragen würde. Dieses völlige Gleichsetzen von Überschuldung und ZU ist abzulehnen und somit auch zunächst einmal jedwedes fahrlässige Verhalten aus der in diesem Zusammenhang verwendeten „Unredlichkeit“ auszuschließen.

*Dellinger*⁴⁸⁾ plädiert also dafür, Geldmittel, die aus vorsätzlichen Vermögensdelikten stammen, bei der Prüfung, ob ZU vorliegt, nicht zu berücksichtigen. Zum einen sei der Schadenersatzanspruch des Getäuschten bereits fällig iWS⁴⁹⁾ und somit die Liquidität nicht positiv beeinflusst, da dem neu erlangten flüssigen Mittel in Wahrheit schon eine fällige Verbindlichkeit gegenübersteht. Dieser Ansicht steht allerdings die oben angeführte hM entgegen, die nur „bereits fällige“ und nicht schon „jederzeit fällig stellbare“ Forderungen in die Prüfung miteinbeziehen will.⁵⁰⁾ Zum anderen wird befürchtet, dass ein Anreiz geschaffen werden könnte, unbeteiligte Dritte zu schädigen, um die eigene ZU „hinauszuschieben“.

*Schumacher*⁵¹⁾ hingegen lehnt – zumindest für das Insolvenzöffnungs- und Anfechtungsverfahren – die Befrachtung des objektiven Begriffes der ZU mit dem rein subjektiven Element der Redlichkeit kategorisch ab. Das Eröffnungsverfahren muss rasch abgewickelt werden können – für eine eingehende Prüfung der Kreditunterlagen etc ist schlicht keine Zeit. Ebenso ist eine Berücksichtigung der „redlichen wirtschaftlichen Gebarung“ im Anfechtungsprozess kritisch zu betrachten: Wenn nämlich durch die Nicht-Berücksichtigung unredlich erlangter Mittel der Eintrittszeitpunkt der ZU vorverlagert wird, sind – im Falle der Inkongruenzanfechtung nach § 30 Abs 1 IO – auch diejenigen Vertragspartner schlechtergestellt, die von der ZU nichts wissen mussten. Die „kritische Frist“ für die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wird zulasten der Vertragspartner

vorverlegt, weil nur aufseiten des Schuldners (rein) subjektive Elemente (!) vorlagen. Dies erscheint gegenüber den gutgläubigen Vertragspartnern des später zahlungsunfähigen Schuldners im Ergebnis unbillig.

Die oben angeführten Konstellationen betrafen weitgehend den klassischen „Kreditbetrug“ (§ 146 StGB).⁵²⁾ Allerdings muss aber offenbar gar kein strafbarer Betrug vorliegen, wenn *Dellinger* schon das Vorliegen von Täuschungsvorsatz genügen lassen will – es kann nämlich am für den Betrug essenziellen Bereicherungsvorsatz mangeln.⁵³⁾ Ungeklärt sind bislang jene Fälle, in denen ein Schuldner seine Zahlungsfähigkeit anderweitig „unredlich“ (zB Abgabenhinterziehung, Förderungsmisbrauch oder schlicht Diebstahl) aufrechterhält. UE kann man aber auch in diesen Konstellationen nicht davon sprechen, dass der betreffende Schuldner zahlungsunfähig ist – Zahlungsfähigkeit kann so lange angenommen werden, als die Geschädigten ihre Forderungen nicht fällig stellen und der Schuldner seine „tatsächlich fälligen“ Forderungen begleicht.

Schließlich ist es auch im Bereich des EKEG abzulehnen, für das Verneinen der Krise aufgrund ZU gem § 2 Abs 1 Z 1 EKEG das ausschließlich subjektive Element der Redlichkeit vorauszusetzen. In diesem Fall wäre nämlich dem Gesellschafter, der seiner Gesellschaft ein Darlehen gewährt, die Rückzahlung zu verweigern, wenn der Geschäftsführer/Vorstand die Zahlungsfähigkeit durch unredliche Kredite aufrecht hält. Eine Pflicht des Gesellschafters, sich der Redlichkeit des vertretungsbefugten Organs bei der Kreditaufnahme zu versichern, kennt aber weder das Gesetz noch die Judikatur und wäre im Übrigen völlig lebensfremd.

5. Praktische Erfahrungen

Es ist zu beobachten, dass Buchsachverständige in Gerichtsverfahren mitunter den Zeitpunkt des Eintritts der ZU unter Zuhilfenahme der von den Autoren abgelehnten dynamischen Ermittlungsmethode und unter Einbeziehung des Erfordernisses der redlichen wirtschaftlichen Gebarung auf Zeitpunkte verlegen, die mehrere Jahre vor dem Eintritt der tatsächlichen (= statischen) ZU liegen.⁵⁴⁾ Dass derartige lebensfremde Konstrukte abzulehnen sind und nicht im Sinne einer glaubwürdigen Rechtspflege sein können, liegt auf der Hand.

6. Ein einheitlicher Rechtsbegriff?

Die Autoren sind der festen Überzeugung, dass innerhalb einer Rechtsordnung denselben (Rechts-)Begriffen – wenn möglich – auch dieselbe Bedeutung zukommen sollte. Für die Rechtsunterworfenen ist dies im Hinblick auf die gebotene Rechtssicherheit essenziell. Regelkonformes Verhalten gelingt um vieles einfacher, wenn gleiche Begriffe, an die nicht unerhebliche Rechtsfolgen anknüpfen, möglichst gleiche Bedeutungsgehalte haben. Es sollte uE verhindert werden, denselben Begriff je nach in Betracht kommender Materie unterschiedlich auszu-

45) In SbgK StGB § 159 Rz 44.

46) Diese Ausführungen zum Bedeutungsgehalt der „redlichen wirtschaftlichen Gebarung“ entsprechen der stRsp des OGH in Strafsachen; vgl RIS-Justiz RS0065077.

47) Vorstandshaftung 31 f; *ders*, *ecolex* 1998, 300.

48) *ecolex* 1998, 300 f.

49) Vgl *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht³ I (1997) Rz 15/4: Fälligkeit iWS bedeutet, dass der Verletzte seinen Ersatzanspruch jederzeit geltend machen kann.

50) Vgl *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht⁴ II/2* § 66 KO Rz 51.

51) In *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht⁴ II/2* § 66 KO Rz 50 ff mwN.

52) Nach hA tritt der Schaden in diesen Fällen bereits mit Auszahlung der Kreditsumme ein; für viele s *Kienapfel/Schmoller*, *Strafrecht Besonderer Teil II* (2003) § 146 Rz 197; *Kirchbacher* in *WKStGB²* § 146 Rz 100; *Kert* in *SbgK StGB* § 146 Rz 301.

53) Vgl 11 Os 75, 76/89 JBl 1991, 465; 14 Os 160/03; *Dellinger*, *ecolex* 1998, 300.

54) Die Methode eines Buchsachverständigen in einem von den Autoren beobachteten Strafverfahren hat bspw in der uE für den durchschnittlichen, objektiven Betrachter absurd anmutenden Feststellung gegipfelt, ein Schuldner sei über 6 (!) Jahre hinweg zahlungsunfähig gewesen, obwohl dieser seine laufenden Rechnungen stets bezahlte.

legen. Der Begriff der ZU wird im Zivilrecht und im Strafrecht begrüßenswerterweise schon jetzt sehr ähnlich aufgefasst. Der Unterschied liegt hauptsächlich in der Bedeutung der „redlichen wirtschaftlichen Gebarung“, wobei auch im Zivilrecht ein Trend zur Einbeziehung derselben zu beobachten ist. Allerdings erscheint dieses Kriterium aus den oben angeführten Gründen sowohl für das Zivil- als auch das Strafrecht als verzichtbar – vor diesem Hintergrund decken sich die Begriffe der ZU in den besprochenen Materien und es kann von einem einheitlichen Begriffsverständnis ausgegangen werden.

7. Conclusio

UE ist jedenfalls an einer statischen Betrachtungsweise bei der Ermittlung des Eintrittes der ZU festzuhalten. Eine betriebswirtschaftliche Interpretation dieses (Straf-)Rechtsbegriffes im Sinne einer Ermittlung der ZU unter dynamischen Gesichtspunkten ist abzulehnen, schon allein deshalb, weil nicht

nur Unternehmer zu den Normadressaten zählen. Ebenso täten Buchsachverständige gut daran, sich an dieser rechtsgebietsübergreifenden hA zu orientieren – nur so werden sie rechtlich verwertbare Ergebnisse liefern und dem Gericht die Entscheidungsgrundlage für sein späteres Urteil bieten können.⁵⁵⁾

Es ist uE fragwürdig, den an sich (rein) objektiven Begriff der ZU mit dem subjektiven Element der Redlichkeit zu befrachten, da die Rechtssicherheit enorm darunter leidet. Es herrscht nämlich keineswegs Einigkeit darüber, was genau unter „redlicher wirtschaftlicher Gebarung“ zu verstehen ist; die Meinungen reichen von gänzlicher Ablehnung bis hin zur bloßen Berücksichtigung von Vorsatztaten. Bei konsequenter Anwendung einer rein statischen Betrachtung kann auch eine Einbeziehung von „jederzeit fällig stellbaren Verbindlichkeiten“ uE kaum gerechtfertigt werden.

55) Siehe auch *Dellinger*, *ecolex* 1998, 299.



Foto Franz Helmreich

Der Autor:

Dr. Alexander Isola M.C.J. (NYU) ist Rechtsanwalt, Partner der Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH mit Büros in Wien und Graz; Schwerpunkte der Tätigkeit sind neben dem Wirtschaftsrecht die Insolvenz- und Sanierungsverwaltung, die Schuldner- und Gläubigerververtretung in Insolvenz- und Sanierungsfällen sowie die Beratung in einschlägigen Haftungsangelegenheiten.

Auswahl von Publikationen:

Isola/Toifl/Riedl, Bilanzpolitik versus Bilanzdelikte, *Wirtschaftsprüfer Jahrbuch* 2011, Wien 2011; Isola, Kommentierung §§ 75-89 in Brandl/Saria, WAG, Wien 2010; Isola/Weileder, Reform des Unternehmensinsolvenzrechts, *SWK* Nr 18 aus 2009.



Foto Christian Jungwirth

Der Autor:

Dr. David Seidl ist Rechtsanwaltsanwärter bei Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH mit Büros in Wien und Graz. Schwerpunkte der Tätigkeit sind das allgemeine Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht, das Insolvenzrecht, sowie insbesondere die Beratung in Wirtschaftsstrafsachen. Zuvor war er Stipendiat am Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht.

Publikation:

Seidl, Die Gemeinschaftsmarke abseits der autonomen Regelungen, München 2011.



Foto privat

Der Autor:

Mag. Florian Sprajc ist Universitätsassistent am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Karl-Franzens-Universität Graz. Seine Forschungsschwerpunkte liegen insbesondere im Bereich des Insolvenzstrafrechts.

KODEX Zivilgerichtliches Verfahren

34. Auflage | Stand 1. 9. 2012
Preis im Abo € 26,- | Einzelpreis € 32,50

Best.-Nr. 19.72.34
ISBN 978-3-7007-5324-7

Bestellen Sie jetzt Ihren KODEX:
Tel. +43-1-534 52-5555 | E-Mail: bestellung@lexisnexus.at



Jetzt abonnieren und 20 % sparen!

LexisNexis