



MAG. HELMUT DEUßNER
BEEIDETER WIRTSCHAFTSPRÜFER / STEUERBERATER



MAG. HELMUT LERCHER
BEEIDETER WIRTSCHAFTSPRÜFER / STEUERBERATER

A-5020 Salzburg | Fritschgasse 1

Telefon Telefon
+ 43 / 662 / 64 31 12 + 43 / 662 / 64 31 10

Telefax Telefax
+ 43 / 662 / 64 31 12-29 + 43 / 662 / 64 31 10-9

Email: info@deussner.at Email: hlercher@lercher.cc

MANAGEMENTINFO

EIN SERVICE FÜR KLIENTEN UND INTERESSENTEN



DER KONKURS – EIN ÜBERBLICK

Laut Insolvenzstatistik des Kreditschutzverbandes von 1870 gab es im Jahr 2007 in Österreich 8.619 Privatkonkurse sowie über 6.200 Unternehmensinsolvenzen, wobei von der Gesamtzahl der Unternehmenskonkurse mehr als die Hälfte mangels Masse abgewiesen wurde. Dieser Artikel soll einen Überblick über die Voraussetzungen und wesentlichsten Folgen einer Konkursöffnung sowie die Haftung für Konkursverschleppung geben. Hingewiesen sei außerdem auf die Insolvenzdatei.

DIE KONKURSANTRAGSPFLICHT

Ein Konkursantrag kann entweder vom **Schuldner** oder von einem Gläubiger gestellt werden. Der Schuldner ist zur Stellung des Konkursantrags ohne schuldhaftes Zögern verpflichtet, längstens jedoch binnen **60 Tagen** ab **Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. ab Kenntnis der (erkennbaren) Überschuldung**. Bei sorgfältiger

Betreibung eines Ausgleichs oder von Sanierungsbemühungen gilt der Konkursantrag als nicht schuldhaft verzögert; die 60-Tage-Frist ist jedenfalls einzuhalten. Auch jeder **Konkursgläubiger** ist antragslegitimiert. Er hat zu bescheinigen, dass ihm eine Forderung gegen den Schuldner zusteht, die aber noch nicht fällig sein muss. Der Gläubiger hat zudem die Insolvenz des Schuldners zu bescheinigen. Stellt der Schuldner seine Zahlungen ein, so ist gemäß § 66 Abs 2 Konkursordnung (KO) seine Zahlungsunfähigkeit widerleglich zu vermuten. Das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit muss in diesem Fall vom Gläubiger nicht glaubhaft gemacht werden.

WEN TRIFFT DIE KONKURSANTRAGSPFLICHT?

Ist der Schuldner eine natürliche Person, so trifft diese Person die Konkursantragspflicht; bei der OHG und der KG sind es

INHALT

- Der Konkurs – ein Überblick
- Die Beschäftigung von Bürgern aus den neuen EU-Mitgliedstaaten
- BAO - Praxis: Wiederaufnahme des Verfahrens

DER KONKURS – EIN ÜBERBLICK

Fortsetzung von Seite 1

die **unbeschränkt haftenden Gesellschafter** und Liquidatoren. Bei allen anderen **juristischen Personen** trifft die Konkursantragspflicht jeden einzelnen, zur Außenvertretung befugten **Organwaller**. Ein gesamtvertretungsbefugter Geschäftsführer muss einen Konkursantrag auch dann stellen, wenn die anderen Geschäftsführer die Antragstellung ablehnen. In diesem Fall muss die Insolvenz bescheinigt werden, die übrigen Antragspflichtigen sind dazu einzuvernehmen. Da die Konkursantragspflicht dem Schutz der Gläubiger dient, ist eine **Weisung** der Generalversammlung einer GmbH, mit welcher einem Geschäftsführer die Antragstellung verboten wird, nicht rechtswirksam.

DIE KONKURSVORAUSSETZUNG DER ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT

§ 66 Abs 2 KO bestimmt, dass Zahlungsunfähigkeit insbesondere dann anzunehmen ist, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt. Zahlungsunfähigkeit setze außerdem nicht voraus, dass Gläubiger andrängen. Dass der Schuldner noch einzelne seiner Gläubiger befriedigen kann, ist kein Grund für die Annahme der Zahlungsunfähigkeit. Werden einzelne Gläubiger **nach** Eintritt der Zahlungsunfähigkeit weiterhin befriedigt, kann dies – für den Schuldner – eine strafrechtlich relevante Gläubigerbegünstigung darstellen. Da das Gesetz keine Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit enthält, haben Lehre und Rechtsprechung Kriterien für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit entwickelt: Ein Schuldner ist nach der Definition des Obersten Gerichtshofes zahlungsunfähig, wenn er nicht mehr imstande ist, bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung seine Schulden binnen angemessener Frist nach Fälligkeit vollkommen zu begleichen. Erst in Zukunft zu erwartende Einnahmen werden nicht berücksichtigt. Ist der Schuldner bloß zahlungsunwillig, kann mit den Mitteln der Exekution vorgegangen werden. Es ist kein Konkursantrag zu stellen. Die Zahlungsunfähigkeit bezieht sich nur auf Geldschulden, und zwar **alle fälligen Geldschulden**. Das heißt, eine nur drohende Zahlungsunfähigkeit bildet keinen Konkursgrund, wohl aber einen Grund für einen Ausgleich. Liegt nur eine bloß vorübergehende Zahlungsstockung vor, so ist dies kein Grund für einen Konkursantrag. Diese ist nach der Rechtsprechung des Ober-

sten Gerichtshofes gegeben, wenn der Schuldner zwar über die entsprechenden Aktiven zur Abdeckung sämtlicher Verbindlichkeiten verfüge, sie aber bloß im Moment nicht flüssig machen könne. Die Beweislast für das Vorliegen einer bloßen **Zahlungsstockung** trifft den Schuldner. Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung ist ihre Dauer: Während sich das Oberlandesgericht Wien für eine Höchstfrist von 60 Tagen ausspricht, stellt der Oberste Gerichtshof auf die im Einzelfall jeweils relevante Verkehrsauffassung ab.

DIE KONKURSVORAUSSETZUNG DER ÜBERSCHULDUNG

Gemäß § 67 KO stellt Überschuldung nur bei **juristischen Personen**, solchen Personen, für deren Verbindlichkeiten **keine natürliche Person unbeschränkt haftet** (GmbH & Co KG) und bei Verlassenschaften einen Konkursgrund dar. Die Überschuldung setzt sich aus zwei Komponenten zusammen, die kumulativ vorliegen müssen: Erstens muss **rechnerische Überschuldung** vorliegen, zweitens muss die **Fortbestehensprognose** negativ ausfallen. Beide Tatbestandsmerkmale werden getrennt voneinander geprüft. Rechnerische Überschuldung ist gegeben, wenn die Schulden insgesamt die Aktiva des Vermögens übersteigen. Zur Feststellung der rechnerischen Überschuldung ist ein **Überschuldungsstatus** zu erstellen, das ist eine Sonderbilanz zu Liquidationswerten unter Einbeziehung der stillen Reserven. Eine positive Fortbestehensprognose setzt voraus, dass der Fortbestand des Unternehmens mit zumindest „**überwiegender Wahrscheinlichkeit**“ gesichert ist. Die Fortbestehensprognose setzt eine Analyse der Verlustursachen sowie einen Finanzierungsplan voraus. Entscheidend ist, dass die Unterbilanz durch eine zukünftige positive Entwicklung ausgeglichen werden kann. In einer zweistufigen Prognose sollte die Zahlungsunfähigkeit für einen Zeitraum von zumindest sechs Monaten nachgewiesen und in weiterer Zukunft – mehrjährig – aufrechterhalten werden können.

KOSTENDECKENDES VERMÖGEN ALS VORAUSSETZUNG FÜR EIN KONKURSVERFAHREN

Voraussetzung jeder Konkursöffnung ist

das Vorliegen kostendeckenden Vermögens. Fehlt es an diesem, kann durch Erlag eines **Kostenvorschusses** ein Konkursverfahren eröffnet werden. Bei **juristischen Personen** besteht eine Kostenvorschusspflicht der organschaftlichen Vertreter: Sie sind gemäß § 72a KO verpflichtet, einen Kostenvorschuss in Höhe von maximal EUR 4.000 zu leisten, um zumindest die Anlaufkosten des Verfahrens decken zu können. Diese Regelung soll verhindern, dass ein Konkurs mangels Masse abgewiesen wird. Im Falle eines Privatkonkurses gelten Sonderregelungen, die es dem Schuldner erleichtern sollen, eine Konkursöffnung zu erreichen.

DIE WIRKUNGEN DER KONKURSERÖFFNUNG

Mit Konkursöffnung verliert der Schuldner seine Dispositionsfähigkeit über das massezugehörige Vermögen. In der Folge wird ein **Masseverwalter** bestellt, der die Konkursmasse zur Befriedigung der Gläubiger verwertet. Die Konkursgläubiger haben ihre Forderungen beim Konkursgericht anzumelden. Unter Umständen kann es zu einem **Zwangsausgleich** kommen, das heißt zu einem Ausgleich im Konkurs. Bei Nichtunternehmern findet ein Schuldenregulierungsverfahren statt, ein Masseverwalter ist nur in Ausnahmefällen zu bestellen.

DIE INSOLVENZDATEI

Jede Konkursöffnung und jede Konkursabweisung mangels Masse ist durch Edikt in der Insolvenzdatei **öffentlich bekannt zu machen**. Die Insolvenzdatei ist eine kostenlose, öffentlich zugängliche Datenbank beim Bundesminister für Justiz (www.edikte.justiz.gv.at). Mit Beginn der öffentlichen Bekanntmachung folgenden Tages treten die Rechtswirkungen der Konkursöffnung ein. Zahlungen an den Gemeinschuldner nach Konkursöffnung haben grundsätzlich keine **schuld-befreiende Wirkung**. Gemäß § 3 Abs 2 KO ist dies jedoch ua dann nicht der Fall, wenn die Konkursöffnung dem Gläubiger weder bekannt war noch bekannt sein musste. Der Sorgfaltsmaßstab ist dabei jedoch streng: Von Großunternehmen wird verlangt, dass sie regelmäßig Einsicht in die Insolvenzdatei nehmen. Diese Sorgfaltspflicht kann grundsätzlich auch kleineren Unternehmen obliegen. Allein von Konsu-

DER KONKURS – EIN ÜBERBLICK

Fortsetzung von Seite 2

menten wird nicht verlangt, dass sie regelmäßig die Einträge in der Insolvenzdatei verfolgen. Ferner ist die Konkursöffnung im Grund- und Firmenbuch anzumerken bzw. einzutragen.

ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG BEI KONKURSVERSCHLEPPUNG

Konkursverschleppung liegt vor, wenn der Konkursantrag trotz erkennbarer Insolvenz schuldhaft nicht oder nicht rechtzeitig gestellt wird. Die bloße Konkursverschleppung ist nicht gerichtlich strafbar, löst jedoch eine Reihe von zivilrechtlichen Haftungen aus:

- GmbH-**Geschäftsführer haften ihrer Gesellschaft gegenüber** zur ungeteilten Hand, wenn sie nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. erkennbarer Überschuldung Zahlungen geleistet haben. Ähnliches gilt für die

- Vorstandsmitglieder einer AG.
- Bei schuldhafter Verletzung der Konkursantragspflicht haftet der Geschäftsführer gegenüber den **Altgläubigern** für deren **Quotenschaden**, das ist die Differenz zwischen tatsächlicher und hypothetischer Konkursquote. **Neugläubigern**, das sind jene Gläubiger, die dem Schuldner nach erkennbarer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Kredit gewährt haben, ist der **Vertrauensschaden** zu ersetzen. Sie sind in der Regel so zu stellen als hätten sie mit der Gesellschaft nicht kontrahiert. Dies gilt auch für **Neugesellschafter**. Die Haftung trifft auch den faktischen Geschäftsführer.
- Für einen allfällig erlegten **Kostenvorschuss** eines Gläubigers zur Eröffnung des Konkursverfahrens kann von den für die Konkursverschleppung verantwortlichen Personen Ersatz

verlangt werden.

Das Nichtabführen von **Dienstnehmerbeiträgen** zur Sozialversicherung ist nach § 153c Strafgesetzbuch gerichtlich strafbar.

SONSTIGE FOLGEN EINER INSOLVENZ

Eine Konkursabweisung oder -aufhebung mangels Masse stellt nach dem neuen § 13 Gewerbeordnung einen Gewerbeausschluss bzw. -entziehungsgrund dar, sofern der Zeitraum, in dem in der Insolvenzdatei Einsicht in den Insolvenzfall gewährt wird, noch nicht abgelaufen ist. Weiters sind Unternehmen, gegen die ein Konkurs- oder Ausgleichsverfahren eingeleitet wurde oder ein Konkurs mangels Masse abgewiesen wurde, grundsätzlich von Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge ausgeschlossen.

DIE BESCHÄFTIGUNG VON BÜRGERN AUS DEN NEUEN EU-MITGLIEDSTAATEN

Für EWR-Bürger neu, das sind Staatsangehörige aus Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn, Rumänien und Bulgarien kommt das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) zur Anwendung. Sie dürfen nur mit Bewilligung in Österreich beschäftigt werden.

Die Unionsbürgerschaft gewährt das Recht auf Freizügigkeit im gesamten EU-Raum, das heißt, EU-Bürger haben das Recht, im gesamten EU-Raum einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Für die oben genannten Mitgliedstaaten besteht jedoch eine Übergangsfrist von höchstens sieben Jahren (ab 1.5.2004): Innerhalb dieses Zeitraumes unterliegen EU-Bürger aus den genannten neuen Mitgliedstaaten den strengen Bestimmungen des AuslBG (s. Ausgabe 17). Ab 1.5.2011 gilt für sie jedenfalls die volle Freizügigkeit, mit 1.1.2014 gilt die volle Freizügigkeit auch für Bürger aus Rumänien und Bulgarien.



DIE FREIZÜGIGKEITSBESTÄTIGUNG GEMÄSS § 32A ABS 2 AUSLBG

§ 32a AuslBG normiert Sonderbestimmungen für EU-Bürger aus den neuen Mitgliedstaaten, die sich bereits in Österreich aufhalten: Das AMS stellt auf Antrag für diese neuen EU-Bürger eine schriftliche Ausfertigung aus, mit der das Recht auf

Zugang zum Arbeitsmarkt bestätigt wird, wenn sie

- am Tag des Beitritts (1.5.2004 bzw. 1.1.2007) oder nach dem Beitritt bereits in Österreich beschäftigt sind und ununterbrochen mindestens 12 Monate zum Arbeitsmarkt zugelassen waren

oder

- seit fünf Jahren in Österreich dauernd niedergelassen sind und über ein regelmäßiges Einkommen aus erlaubter Erwerbstätigkeit verfügen oder
- die Voraussetzungen für einen Befreiungsschein (s. Ausgabe 17) erfüllen.

FAMILIENANGEHÖRIGE (§ 32A ABS 3 AUSLBG)

Ehegatten und Kindern von EU-Bürgern nach § 32a Abs 2 AuslBG ist das Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt vom AMS schriftlich zu bestätigen, und zwar unabhängig von der Dauer ihres Aufenthalts in Österreich.

Die Freizügigkeitsbestätigungen nach § 32a Abs 2 und Abs 3 AuslBG sind vor Aufnahme der **unselbständigen** Beschäftigung einzuholen. Es sind keine weiteren Bewilligungen für den Beginn der Beschäftigung notwendig. Der Arbeitgeber hat eine Ausfertigung der Bestätigung zur Einsichtnahme im Betrieb bereitzuhalten. Reist der Ausländer nicht nur vorübergehend aus Österreich aus, so erlischt die Freizügigkeitsbestätigung.

Die nächste Ausgabe widmet sich der Beschäftigung türkischer Staatsangehöriger.

BAO - PRAXIS: WIEDERAUFNAHME DES VERFAHRENS

DIE BEDEUTUNG DER BAO IM ALLTAG

Ein alltäglicher in Bescheidbegründungen gelesener Satz lautet: „Im Rahmen der Gesamtabwägung war der Rechtsrichtigkeit Vorrang vor der Rechtssicherheit einzuräumen“. Wengleich es natürlich bereits als positiv festgehalten werden kann, überhaupt eine (notwendige) Begründung zu entdecken, so erfüllt uns der erwähnte Satz letztendlich meistens (doch) nicht mit voller Freude. Warum dies so ist, worauf man bei den zugrunde liegenden Fällen achten sollte und wie man am besten doch noch zur eigenen Freude bzw jener des Mandanten das Blatt wendet sei in Folge kurz erörtert.

DIE WIEDERAUFNAHME DES VERFAHRENS AUFGRUND NEU HERVORGEKOMMENER TATSACHEN UND/ODER BEWEISMITTEL

Eine Wiederaufnahme des Verfahrens ist aufgrund dreier Tatbestände möglich: dem Erschleichungstatbestand (lit a), dem Neuerungstatbestand (lit b) und dem Vorfragstatbestand gem (§ 303 Abs 4 iVm) § 303 Abs 1 lit b BAO kommt hievon sicherlich am häufigsten zur Anwendung. Bevor sich nun den einzelnen Tatbestandselementen gewidmet werden kann, sei noch festgehalten, dass eine Wiederaufnahme **auf Antrag** (§ 303 Abs 1 BAO) – sodann in **gebundener Verwaltung** – oder aber **von Amts wegen** (§ 303 Abs 4 BAO) – diesfalls als **Ermessensentscheidung** – durchgeführt werden kann.

„NEU HERVORGEKOMMEN“

Ein **Parteienantrag** auf Wiederaufnahme ist nur dann erfolgsversprechend, wenn die neuen Tatsachen **„ohne grobes Verschulden“** der Partei im abgeschlossen Verfahren nicht geltend gemacht wurden. Hingegen genügt für eine **amtswegige Wiederaufnahme** der objektive Umstand, **dass** die entsprechenden Tatsachen oder Beweismittel im abgeschlossen Verfahren nicht geltend gemacht wurden. Eine subjektive Komponente, warum dies (nicht) geschah, spielt diesfalls indessen keine Rolle. Insbesondere im **Zusammenhang mit Außenprüfungen gem § 147 BAO**, welche – wenn aus Sicht der Finanz positiv – regelmäßig eine amtswegige Wiederaufnahme des Verfahrens nach sich ziehen, wird die **Frage des „Neu Hervorkommens“ von Tatsachen** den Kern der anschließenden Diskussion mit dem Betriebsprüfer darstellen, samt dem beharrlichen Hinweis des Prüfers, dass es bei der Finanz nicht darauf ankomme, warum die nun „entdeckten“ Tatsachen nicht schon früher berücksichtigt wurden. Durch eine **Wiederaufnahme des Ver-**

fahrens soll die Möglichkeit geschaffen werden, **bisher unbekanntem, aber entscheidungswesentlichen** Sachverhaltselementen Rechnung zu tragen, **nicht aber**, bloß die Folgen einer **unzutreffenden rechtlichen Würdigung** offener gelegter Sachverhalte **zu beseitigen** (zB VwGH 13.09.1988, 87/14/159).

In diesem Zusammenhang ist auch die Feststellung des VwGH zu sehen, dass die **amtswegige Ermittlungspflicht nicht erst im Rahmen einer abgabenbehördlichen Überprüfung** zum Tragen kommt. Vielmehr wird durch die §§ 161 ff BAO – unter der Überschrift „Prüfung der Abgabenerklärungen“ und explizitem Verweis auf § 115 BAO – zweifelsfrei angeordnet, dass die Abgabenbehörde eben **bereits die Abgabenerklärungen zu prüfen** und, soweit nötig, durch schriftliche Aufforderung zu veranlassen hat, dass die Abgabepflichtigen unvollständige **Angaben ergänzen** bzw **Zweifel beseitigen**. Wenn die Abgabenbehörde Bedenken gegen die Richtigkeit der Abgabenerklärung hegt, hat sie die Ermittlungen vorzunehmen, die sie zur Erforschung des Sachverhalts für nötig hält (zB VwGH 17.09.1999, 93/13/0059).

Es kommt nach ständiger VwGH-Judikatur somit einzig darauf an, ob der Abgabenbehörde im wiederaufzunehmenden Verfahren der **Sachverhalt so vollständig bekannt** gewesen ist, dass sie schon in diesem Verfahren **bei richtiger rechtlicher Subsumption** zu der nunmehr im wieder aufgenommenen Verfahren erlassenen Entscheidung hätte gelangen können. War dies der Fall, so sind – unabhängig von einer Verschuldensfrage – die **Tatsachen nicht als „neu hervorgekommen“ iSd § 303 Abs 1 lit b BAO zu qualifizieren, weshalb auch eine rechtmäßige Wiederaufnahme von Amts wegen nicht erfolgen kann.**

Man ist also gut beraten, dem Finanzamt in Steuererklärungen, Jahresabschlüssen, Beilagen etc möglichst umfassend die zugrunde liegenden Überlegungen, Qualifikationen uä offen zu legen und somit **bereits im Veranlagungsstadium die Abgabenbehörden bestmöglichst und proaktiv zu servicieren**. Dies ist die einzige Möglichkeit, die „Chance“ einer amtswegigen Wiederaufnahme des Verfahrens möglichst gering zu halten.

Ein **Nachweis der vollständigen Offenlegung** im Rechtsmittelverfahren samt der kritischen Überprüfung der Begründung des Wiederaufnahmebescheides insbesondere hinsichtlich **der Ermessenserwägungen**, vermag hier oft „Wunder“ zu wirken. Wenn auch uU nicht sogleich in erster Instanz (per BVE) so regelmäßig doch in zweiter Instanz vor dem UFS. Auch von



dieser Rechtsprechungsinstanz existieren mittlerweile unterstützende Argumentationshilfen in Form von bereits ergangenen UFS-Entscheidungen.

ZUSAMMENFASSUNG

Wengleich es nicht auf ein etwaiges Verschulden der Behörde betreffend die Frage, warum bestimmte Tatsachen im abgeschlossenen Verfahren nicht berücksichtigt wurden, ankommt, so bedeutet dies nicht, dass der Abgabepflichtige zu jeder Zeit mit einer amtswegigen Wiederaufnahme gem § 303 Abs 4 iVm § 303 Abs 1 lit b BAO konfrontiert werden kann. Bei **vollständiger Offenlegung** aller entscheidungsrelevanten Umstände bereits **im Veranlagungsstadium** wird aufgrund dessen regelmäßig nicht von einem Vorliegen **„neu hervorgekommener Tatsachen“** auszugehen sein und somit eine etwaige Verfügung einer Wiederaufnahme erfolgsversprechend bekämpft werden können.

Medieninhaber, Herausgeber und Verleger: „Klienten-Info.at“, Klier, Krenn & Partner KEG, Redaktion: F. Klier, H. Krenn, alle 1090 Wien, Rotentloewengasse 19/12-14. Richtung: unpolitisch & unabhängig – Die Management-Info widmet sich Themen aus der Welt der Unternehmensberatung und aus dem Wirtschaftsrecht und ist speziell für Klienten von Steuer- u. Unternehmensberatungskanzleien bestimmt.

Die veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt und ohne Gewähr. Kontakt: Klienten-Info: Tel. 01/929 15 91-0; E-Mail: office@klienten-info.at, Internet: www.management-info.at