11. Jahrgang / August 2015 / Nr. 4

Aufsichtsrat aktuell

Fachinformation für die verantwortungsvolle Kontrolle und Beratung von Unternehmen und Stiftungen

Das aktuelle Interview

- Benedikt Kommenda spricht mit Dr. Wolfgang Leitner

Rechtsfragen für den Aufsichtsrat

- Die zustimmungspflichtigen Maßnahmen des § 95 Abs 5 AktG
- Steuerreformgesetz 2015/2016 und Immobilien
- Bedeutung der Fortbestandsprognose für Krisenunternehmen

Praxisfragen rund um den Aufsichtsrat

- Machtwechsel in der Vorstandsetage
- Verdienen Aufsichtsräte und Vorstände, was sie verdienen?

Aktuelles für den Stiftungsvorstand

- Die Stiftungserklärung als Reglement für die Vermögensverwaltung
- Der „ewige“ Stiftungsprüfer

Literaturrundschau

AUCH online www.lindeonline.at

Linde

Andreas Zederbauer/Martin Riedl

Praktische Bedeutung der Fortbestandsprognose für die Organe von Krisenunternehmen

Das Insolvenzrecht und die einschlägige Rechtsprechung haben in den letzten Jahren die rechtliche Problemstellung, wann ein Krisenunternehmen weitergeführt werden darf, neu definiert. Dabei wurde dem Begriff der Fortbestandsprognose (gelegentlich auch „Fortbestehensprognose" bezeichnet) eine immens große Bedeutung zuerkannt. Vor einem Insolvenzantrag wegen Überschuldung (nicht bei Zahlungsunfähigkeit!) ist eine Einschätzung über die Überlebensfähigkeit eines Unternehmens zu treffen. Diese Einschätzung wird in einer Fortbestandsprognose getroffen.

Mag. Andreas Zederbauer und Martin Riedl sind Geschäftsführer einer auf die Beratung von Kunden in Krisensituationen spezialisierten Unternehmensberatung und haben jüngst eine Tochtergesellschaft gegründet, die sich ausschließlich mit der Erstellung von Fortbestandsprognosen beschäftigt.

1. PRÜFUNG VON INSOLVENZGRÜNDEN

Die Insolvenzordnung (IO) sieht grundsätzlich zwei Insolvenztatbestände vor, die eine Anmeldung eines Insolvenzverfahrens notwendig machen: die Zahlungsunfähigkeit und – für juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften, deren unbeschränkt haftender Gesellschafter keine natürliche Person ist (zB GmbH & Co KG oder AG & Co KG) – die (insolvenzrechtliche) Überschuldung (vgl §§ 66 und 67 IO).

Die Frage nach einer eventuellen Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens muss man sich stellen, wenn die verfügbaren liquiden Mittel nicht ausreichen, um alle fälligen Verbindlichkeiten vollständig zu bedienen. Eine Liquiditätsprognose kann Aufschluss darüber geben, ob ein Unternehmen künftig wieder in der Lage sein wird, alle fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen und zu einer fristgerechten Zahlungsweise zurückzukehren.*(1)* Sind die dafür notwendigen Mittel überwiegend wahrscheinlich*(2)* und wird die bestehende Illiquidität binnen 60 Tagen beseitigt,*(3)* kann von einer bloß vorübergehenden Zahlungsstockung*(4)* ausgegangen werden.

Als Sonderfall gilt die drohende Zahlungsunfähigkeit: Sind zwar noch alle fälligen Verbindlichkeiten durch die momentan verfügbaren liquiden Mittel gedeckt, können aber nicht alle künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten beglichen werden, kann der Schuldner ein Sanierungsverfahren beantragen (vgl § 167 IO).

Dagegen wird das Vorliegen einer insolvenzrechtlichen Überschuldung bei anhaltenden Krisenanzeichen zu prüfen sein. Werden über einen längeren Zeitraum Absatz- bzw Umsatzrückgänge verzeichnet und Verluste erwirtschaftet, kann man dies als konkrete Anhaltspunkte verstehen, die den Fortbestand eines Unternehmens als zweifelhaft erscheinen lassen.*(5)* Dies trifft speziell dann zu, wenn

- durch negatives Eigenkapital in der Bilanz eine Erläuterungspflicht im Anhang des Jahresabschlusses besteht (§ 225 Abs 1 UGB),
- die Bilanz den Verlust des halben Grund- oder Stammkapitals im Jahresabschluss aufweist oder
- Reorganisationsbedarf im Sinne des § 22 Abs 1 Unternehmensreorganisationsgesetz (URG) vorliegt.*(6)*

2. DIE INSOLVENZRECHTLICHE ÜBERSCHULDUNG

Es gibt keine Begriffsdefinition der Überschuldung im österreichischen Recht. Seit der Grundsatzentscheidung vom 3. 12. 1986, 1 Ob 655/86, vertritt der OGH in ständiger Rechtsprechung den zweiseitigen Überschuldungsbegriff.

Demnach hat man sich der Frage nach der insolvenzrechtlichen Überschuldung zunächst mit der Ermittlung eines Vermögensstatus zu widmen, in dem Aktiva und Passiva zu Liquidationswerten gegenübergestellt werden. Dadurch werden stille Reserven ebenso aufgedeckt wie stille Lasten und eventuelle Überbewertungen der Aktiva. Auf der Passivseite werden Eventualverbindlichkeiten, latente Schulden und Verbindlichkeiten, die bei Liquidation des Un-

(1) Vgl *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung[2] (2006) 23.
(2) Vgl *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht[2] (2004) § 22 URG Rz 62.
(3) Vgl *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG (2004) § 2 Rz 5; *Fritz/Schauer*, Sanierung einer GmbH (SWK-Spezial, September 2009) 95.
(4) Vgl *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG, § 2 Rz 5.
(5) Vgl *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose[2], 131.
(6) Vgl *Karollus/Huemer*, Fortbestehensprognose[2], 131 f.

ternehmens entstehen würden, in die Gegenüberstellung aufgenommen. Zur Dokumentation der Wertansätze im Vermögensstatus wird es zu empfehlen sein, aktuelle Bewertungsgutachten zu Zeit- und Liquidationswerten beizubringen.

3. DIE FORTBESTANDSPROGNOSE

Wird bei der Erstellung des Vermögensstatus eine rechnerische Überschuldung festgestellt, ist die Einschätzung der zukünftigen Zahlungs- und Überlebensfähigkeit durch eine Fortbestandsprognose zu treffen.

Die wesentlichen Inhalte einer Fortbestandsprognose wurden von der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, der Wirtschaftskammer Österreich und der KMU Forschung Austria gemeinsam im „Leitfaden Fortbestehensprognose" aus dem Jahre 2006 zusammengefasst. Wenngleich dieser Leitfaden noch Querverweise zu der vor dem IRÄG 2010*(7)* liegenden gesetzlichen Norm – der Konkursordnung (KO) – enthält, stellt dieser die herrschende Meinung über Aufbau und Inhalt einer Fortbestandsprognose dar. Eine neu überarbeitete Fassung soll Ende des Jahres fertiggestellt werden, wodurch die formalen und inhaltlichen Ansprüche an eine Fortbestandsprognose voraussichtlich weitgehend unberührt bleiben werden.

Die wichtigste Erkenntnis bei der Entwicklung einer Fortbestandsprognose sollte darin liegen, dass diese für niemanden wichtiger ist als für das betroffene Unternehmen und dessen Organe. Schließlich soll der Fortbestand des Unternehmens gewährleistet werden und im Ernstfall eine Schutzfunktion vor Haftungen wegen schuldhafter Verzögerung eines Insolvenzantrags für die Organe des Unternehmens vorhanden sein. Deshalb ist es in einer solchen Situation auch unumgänglich, der Erstellung der Fortbestandsprognose die entsprechende Priorität einzuräumen.

Ein nachhaltiges Sanierungskonzept ist das tragende Element einer Fortbestandsprognose. Für dessen Entwicklung ist es zuerst erforderlich, das Krisenstadium und die Krisenursachen zu analysieren. Das Sanierungskonzept muss letztendlich die Behebung der Krisenursachen aufzeigen können. Dazu ist es notwendig, sich mit unangenehmen Fragen zur Vergangenheit des Unternehmens zu beschäftigen und einen Maßnahmenplan zur Behebung der Krisenursachen vorlegen zu können. Dabei ist zwischen ertrags- und finanzwirtschaftlichen sowie strategischen und organisatorischen Maßnahmen zu unterscheiden.

1. Analyse des Unternehmensstatus und seines Umfeldes
1.1. Lagebeurteilung
- Unternehmenssituation (Ertrags-, Finanz- und Vermögenslage)
- Gesamtwirtschaftliche Rahmensituation und Branchenentwicklung

1.2. Feststellen des Krisenstadiums und Krisenursachenanalyse
- Stakeholderkrise, strategische Krise, Erfolgskrise, Liquiditätskrise

2. Darstellung der Primärprognose
- Finanzplan samt Erläuterungen

3. Darstellung der Sekundärprognose
- Sanierungs- oder Unternehmenskonzept
- darauf basierende integrierte Planung für den Prognosezeitraum
- Finanzierungsmaßnahmen und allfällige externe Sicherstellungen für Gläubiger
- Angaben zur Umsetzung und Kontrolle des Sanierungs- oder Unternehmenskonzeptes

4. Prognoseergebnis

Abbildung 1: Wesentliche Inhalte einer Fortbestandsprognose*(8)*

Die Erstellung einer Fortbestandsprognose für die Weiterführung eines Unternehmens ist komplex und die Anforderungen an eine Fortbestandsprognose sind in den vergangenen Jahren aufgrund der einschlägigen Judikatur stark gestiegen.

Aus dem Sanierungskonzept werden Planrechnungen erstellt. Diese gliedern sich in Primär- und Sekundärprognose. Die Primärprognose, basierend auf einer kurz- bzw mittelfristigen, detaillierten Liquiditätsplanung, muss – eventuell mittels ergänzender Finanzierungsmaßnahmen – ergeben, dass die Zahlungsfähigkeit jederzeit aufrechterhalten werden kann. Die Sekundärprognose basiert auf einer Bilanz- und Gewinn-und-Verlust-Rechungs-Planung für einen Zeitraum von zwei bis drei Jahren. Sie soll zeigen, dass durch ertragswirtschaftliche, strategische und organisatorische Maßnahmen die Ertragskraft wiederhergestellt werden kann.

4. FINANZIERUNG IN DER KRISE

Mittlerweilen sind es oftmals Banken, die eine positive Fortbestandsprognose für eine weitere Finanzierung eines Unternehmens in der Krisensituation verlangen. Gerade jene Institute, die Krisenunternehmen mit Kontokorrentrahmen finanzieren, kommen im Insolvenzfall ihrer Kunden eventuell in starke Bedrängnis. Neben dem Ausfallsrisiko gehen sie auch noch zusätzlich das Risiko einer Anfechtungsklage ein. Hier geht es im Ernstfall zwischen Bank und Masseverwalter vor allem um die Streitfrage: Wann wurde ein Unternehmen tatsächlich insolvent und wann hätte die Bank

(7) Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, BGBl I 2010/29.

(8) Vgl Leitfaden Fortbestehensprognose (2006) 6, online abrufbar unter http://www.uibk.ac.at/unternehmensrecht/finanzrecht/lv/unterlagen-walder/fortbestehensprognose.pdf.

davon wissen müssen? Daher werden Banken bei der Finanzierung in Unternehmenskrisen vorsichtiger und werden im Zweifelsfall eine Fortbestandsprognose verlangen. Zusätzlich werden aufgrund des hohen Ausfallsrisikos zusätzliche Sicherheiten eingefordert werden.

Dabei ist auch zu beachten, dass Ausweitungen bestehender oder neu aufgenommene Kredite in der Krise – egal, ob sie von den Eigentümern oder durch andere Kreditgeber unter Abgabe von Sicherheiten durch die Eigentümer gewährt werden – dem Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) unterliegen können. Für Kredite, die gemäß EKEG Eigenkapitalersatz darstellen, gilt ein Rückzahlungsverbot, solange sich das Unternehmen noch innerhalb der Krisendefinition (bestehende Zahlungsunfähigkeit, bestehende insolvenzrechtliche Überschuldung oder bestehender Reorganisationsbedarf; vgl § 2 EKEG) befindet. Ausgenommen sind lediglich Kredite, die als Überbrückung für maximal 60 Tage gewährt werden,*(9)* um die Zahlungsfähigkeit zu erhalten, und Kredite von während der Krise neu hinzugekommenen Gesellschaftern (vgl § 13 EKEG).

Die Einhaltung der Anforderungen an eine Fortbestandsprognose ist der Schutz vor rechtlichen Risiken für die Organe und beteiligten Kapitalgeber eines Krisenunternehmens.

5. POSITIVE FORTBESTANDSPROGNOSE UND TAUGLICHKEIT

Eine Fortbestandsprognose ist dann positiv, wenn die Planrechnungen ergeben, dass zu jeder Zeit während der Sanierung die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens erhalten werden und die Ertragskraft wiederhergestellt werden kann und von überwiegender Eintrittswahrscheinlichkeit (über 50 %) ausgegangen werden darf. Andernfalls würde die Fortbestandsprognose ungünstig und es wäre ein Insolvenzverfahren zu beantragen.

Sind im Sanierungskonzept Maßnahmen definiert, die zur Sanierung des Unternehmens nicht geeignet sind, stehen bestimmten Maßnahmen subjektive Interessen von Eigentümern, Kreditgebern, sonstigen Gläubigern entgegen oder wurden bei den unterstellten Prämissen und den Planrechnungen Kalkulationsfehler begangen, würde das Sanierungskonzept als offenkundig untauglich betrachtet. Dies führt für alle Beteiligten, die auf Basis dieser Fortbestandsprognose die Unternehmensfortführung betrieben oder unterstützt haben, zu den gleichen rechtlichen Konsequenzen, als hätte es von vornherein nie eine positive Fortbestandsprognose gegeben. Gerade hinsichtlich der Haftungen für entstandene Quotenschäden für die Organe einer Gesellschaft eine unangenehme Folgewirkung.

6. BESTÄNDIGKEIT DER FORTBESTANDSPROGNOSE

Ein Unternehmen, das einmal eine positive Fortbestandsprognose erstellt hat, hat die Krise noch nicht überstanden. Die geplanten Maßnahmen des Sanierungskonzepts müssen umgesetzt und die tatsächlichen Effekte daraus überwacht werden. Gegebenenfalls sind ergänzende Maßnahmen neu zu planen und umzusetzen.

Dies muss durch laufende Soll-Ist-Vergleiche und Abweichungsanalysen gewährleistet werden, um eine einmal erstellte positive Fortbestandsprognose und die damit verbundene rechtliche Schutzfunktion sicher aufrechterhalten zu können. Daher ist auch bei jeder Prüfung die Eintrittswahrscheinlichkeit neu zu ermitteln. Dabei kann auch aus einer ursprünglich positiven Fortbestandsprognose eine ungünstige Fortbestandsprognose werden. In dieser Situation bleibt die Schutzfunktion der ursprünglich positiven Fortbestandsprognose für jenen Zeitraum aufrecht, in dem die Eintrittswahrscheinlichkeit noch überwiegend angenommen werden konnte. Daher ist nach Erkennen der Tatsache, dass die Fortbestandsprognose nicht gehalten werden kann, ein Insolvenzantrag zu stellen.

Erst wenn für das Unternehmen nach Wiedererlangung der Ertragskraft durch die wieder erwirtschafteten Gewinne die Voraussetzungen für die Notwendigkeit einer Fortbestandsprognose wegfallen (keine rechnerische Überschuldung im Vermögensstatus bzw kompletter Wegfall der Notwendigkeit der Überschuldungsprüfung), ist das Ziel erreicht und das Unternehmen hat die Krise überwunden.

7. ZUSAMMENFASSUNG

Die Erstellung einer Fortbestandsprognose für die Weiterführung eines Unternehmens ist komplex und die Anforderungen an eine Fortbestandsprognose sind in den vergangenen Jahren aufgrund der einschlägigen Judikatur stark gestiegen. Damit wird jedoch das Ziel verfolgt, die Fortbestandsprognose nicht lediglich zur einmaligen Pflichtaufgabe für Unternehmen werden zu lassen, um ein gesetzliches Erfordernis zu decken. Sie soll tatsächlich die letzte Chance zur Aufarbeitung von Krisenursachen und zur Ergreifung von Gegenmaßnahmen darstellen. Scheitern ist erlaubt, solange man es sich rechtzeitig eingesteht und Maßnahmen setzt, um andere nicht auch zu schädigen. Die Einhaltung der Anforderungen an eine Fortbestandsprognose ist der Schutz vor rechtlichen Risiken für die Organe und beteiligten Kapitalgeber eines Krisenunternehmens.

(9) Vgl *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG, § 3 Rz 5 und 7.

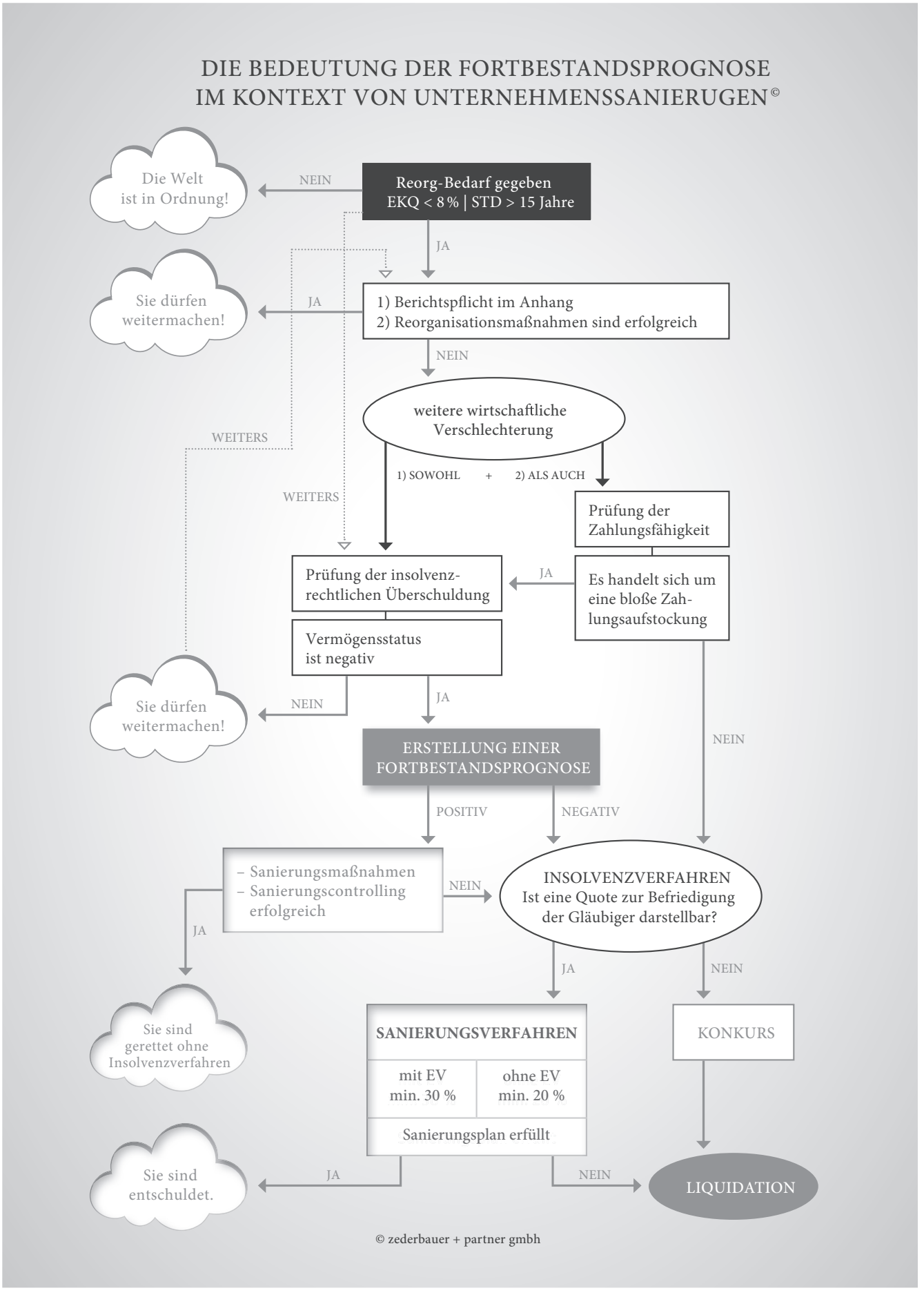

Abbildung 2: Zusammenfassende Darstellung

Aufsichtsrat aktuell-
QUARTALSABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG** UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD

BESTELLEN SIE JETZT IHR QUARTALSABO

Ja, ich bestelle ☐ Exemplare

Aufsichtsrat aktuell-Quartalsabo 2015 inkl. Online Zugang und App **EUR 30,20**
(11. Jahrgang 2015, Heft 5+6) Jahresabo 2015 EUR 151,–

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandspesen. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma _____ Kundennummer _____

Straße/Hausnummer _____

PLZ/Ort _____ E-Mail _____

Telefon (Fax) _____ Newsletter: ☐ ja ☐ nein

Datum/Unterschrift _____

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53

www.lindeverlag.at • office@lindeverlag.at • Fax: 01/24 630-53

Linde