

Handlungsbedarf bei Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung

Parameter zur Erstellung der Fortbestehensprognose

VON MAG. KLAUS GAEDKE UND DR. CLEMENS JAUFER*

Unternehmenskrisen können zum Eintritt der materiellen Insolvenz führen. Die Insolvenzeröffnungsgründe im Sinne der Bestimmungen der Konkursordnung (KO) und der Ausgleichsordnung (AO),

- *Zahlungsunfähigkeit,*
- *Überschuldung,*
- *drohende Zahlungsunfähigkeit,*

bilden dazu den gesetzlichen Rahmen.

1. Rahmenbedingungen

Gemäß § 69 Abs 2 KO hat der Schuldner "ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 60 Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit" - gemeint ist auch Überschuldung - die Konkurseröffnung zu beantragen, sofern nicht "die Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens sorgfältig betrieben worden ist".

Zahlungsunfähigkeit (§ 66 KO) und Überschuldung (§ 67 KO) sind die Auslöser für die Eröffnung des Konkurs-, aber auch des Ausgleichsverfahrens. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit kann der Schuldner - jedoch nur dieser! - ein Ausgleichsverfahren nach der AO, aber nicht ein Konkursverfahren beantragen. Unter dem Begriff "Insolvenzverfahren" werden sowohl das Konkurs- als auch das Ausgleichsverfahren nach der KO bzw. der AO verstanden.

2. Zur Zahlungsunfähigkeit

2.1. Der Begriff

Zahlungsunfähigkeit ist der allgemeine Konkursgrund, der für alle konkursfähigen Schuldner gilt. Der Begriff selbst ist jedoch im Gesetz nicht definiert (§ 66 KO). Die Elemente des Zahlungsunfähigkeitsbegriffs ergeben sich aus der von Rechtsprechung und Lehre entwickelten "Standardformel", wonach Zahlungsunfähigkeit vorliegt, "wenn der Schuldner mangels parater Mittel nicht in der Lage ist, (alle) seine fälligen Schulden zu bezahlen, und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann".¹

2.2. Besonderheiten

Im Einzelnen stellen sich bei der Beurteilung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit zahlreiche Fragen; an dieser Stelle sei nur auf einige dieser Fragestellungen hingewiesen:

Zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit wird auf die (vorhandenen) liquiden Mittel abgestellt. Darunter fällt auch kurzfristig und ohne Beeinträchtigung der Fortführung des Unternehmens verwertbares (Anlage-)Vermögen.²

*Seite 030 Nach einer Judikaturlinie sind unbelastete Liegenschaften des schuldnerischen

Unternehmens nicht als bereite (parate) Zahlungsmittel zu beachten, da diese zu den Vermögensgegenständen zählen, deren Verwertung längere Zeit benötigt.³ Dazu ist jedoch festzustellen, dass neben einem Verkauf (Verwertung) der Liegenschaft insbesondere die Verpfändung der Liegenschaft als Sicherstellung für die Kreditaufnahme der erforderlichen Zahlungsmittel der heute - auch nach Basel II - üblichen Kreditvergabepraxis entspricht, wodurch die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt werden kann. Das Bestehen einer konkreten Kreditzusage beseitigt die Zahlungsunfähigkeit.⁴ Daher wird vorhandenes Liegenschaftsvermögen bei rascher Verwertbarkeit bzw. Verpfändbarkeit zur Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit führen.

Zu beachten ist weiters, dass Rangrücktrittserklärungen (Rückstehungserklärungen) von Gläubigern die Zahlungsfähigkeit wiederherstellen, weil eine bisher fällige Forderung durch Abgabe dieser Erklärung ihre Fälligkeit verliert und gerade die Fälligkeit der Verbindlichkeiten wesentliches Element der Zahlungsunfähigkeitsbeurteilung ist. Voraussetzung hierfür ist, dass die Rückstehungserklärung die Nichtfälligkeit bzw. Nichtdurchsetzbarkeit der Forderung im Beurteilungszeitpunkt zum Inhalt hat.⁵

Umstritten ist weiters, in welchem Zeitraum eine insolvenzrechtlich irrelevante Zahlungsstockung anzunehmen ist.⁶ In Anlehnung an die gemäß § 69 Abs 2 KO vorgesehene 60-Tage-Sanierungsfrist ist davon auszugehen, dass innerhalb eines Zeitraums von längstens 60 Tagen die Zahlungsstockung zu beseitigen ist; sonst liegt Zahlungsunfähigkeit vor, und es kann nicht mehr von einem Verschaffen der erforderlichen Zahlungsmittel "*alsbald*" gesprochen werden.

2.3. Indizien der Zahlungsunfähigkeit

Hinweise für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit können sich aufgrund folgender Indizien ergeben:

- Zahlungseinstellung (§ 66 Abs 2 KO);
- zahlreiche anhängige Exekutionsverfahren;⁷
- weitere Symptome der Zahlungsunfähigkeit sind:⁸
 - Nichtleistung nach Verurteilung in mehreren Verfahren, nach fruchtlosen Mahnungen, ergebnislosen Exekutionen;
 - Tilgung immer nur der dringlichsten Verbindlichkeiten;
 - Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern;
 - Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, Finanzamtsverbindlichkeiten und Entgelten für Dauerschuldverhältnisse (wie etwa Mieten bzw. Energielieferungen);
 - unbekämpfte Zahlungsbefehle;
 - Fälligestellung der Kreditlinien durch die Hausbank;
 - anhängige Konkurs- oder Ausgleichsanträge;
 - Nichteinhaltung von Ratenzahlungsvereinbarungen;
 - Schließung des Unternehmens;
 - Flucht des Schuldners;
 - dauernde Unerreichbarkeit der Geschäftsführung;
 - Vorlage eines Rückstandsausweises.

Eine Häufung einzelner dieser Indikatoren bildet insgesamt ein starkes Indiz für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit.

2.4. Zahlungsunfähigkeitsprognose

Der Schuldner hat zu prüfen, ob die am relevanten Stichtag fälligen Forderungen in den vorhandenen liquiden Mitteln Deckung finden.⁹

Als Instrument zur Erkennung und laufenden Kontrolle der Zahlungs(un)fähigkeit ist vor allem die auf einen Liquiditätsstatus aufbauende Finanz- bzw. Liquiditätsplanung zu nennen, in der künftige Zahlungen und die Fähigkeit zur Schuldentilgung aufgezeigt werden. Es ist ratsam, diese Instrumentarien bereits von vornherein und nicht erst in der akuten Krise einzusetzen, was zur Selbstkontrolle der Geschäftsführungorgane beiträgt und - abgesehen davon - nicht nur bei Kapitalgesellschaften zur Pflicht der Unternehmensleitung gehört, bei deren Missachtung Haftungsfolgen drohen.¹⁰

Die Erstellung einer integrierten Planungsrechnung (Planerfolgsrechnung, Finanzplan, Planbilanz) zu Beginn des Wirtschaftsjahres ermöglicht die Früherkennung und Kontrolle von Liquiditätsengpässen. Mithilfe von Soll-Ist-Vergleichen können Abweichungen von Planergebnissen schnell erkannt und entsprechend notwendige Maßnahmen gesetzt werden.

Liegt keine derartige Planungsrechnung vor, werden in einem ersten Schritt mithilfe eines Finanzstatus die verfügbaren Finanzmittel des Unternehmens sowie dessen Verbindlichkeiten nach deren Grad der Liquidität bzw. Fälligkeit gegenübergestellt. Die aus dem Rechnungswesen stammenden Daten sind um weitere Informationen zu ergänzen, die zu zusätzlichen Finanzierungsreserven führen (z. B. Kapitalaufnahme, Veräußerung von Anlage- bzw. Umlaufvermögen, Umschichtung von kurzfristigen in langfristige Verbindlichkeiten).

In einem zweiten Schritt ist aus dem erstellten Finanzstatus ein hinreichend detaillierter kurzfristiger Finanzplan (Liquiditätsbedarf) für das Unternehmen zu entwickeln.¹¹

<i>Liquiditätsbedarf</i>				
		Oktober	November	Dezember
<i>FORDERUNGEN Anfangsbestand</i>		35.000	53.500	59.500
+ Aufbau Kundenforderungen		25.000	15.000	10.000
+ Aufbau Sonstige Forderungen		10.000	5.000	0
<i>VERBINDLICHKEITEN Anfangsbestand</i>		38.500	50.800	78.300
+ Aufbau Lieferverbindlichkeiten		20.000	15.000	17.000
+ Aufbau Sonstige Verbindlichkeiten (FA, GKK, SVA etc.)		18.500	22.500	13.000
EINZAHLUNGEN = Abbau Forderungen		16.500	14.000	8.500
AUSZAHLUNGEN = Abbau Verbindlichkeiten		-26.200	-10.000	-5.000
<i>FORDERUNGEN Endbestand</i>	1	53.500	59.500	61.000
<i>VERBINDLICHKEITEN Endbestand</i>	2	50.800	78.300	103.300
Girokonto Anfangsbestand		-250.000	-269.700	-275.700
<i>Girokonto Endbestand</i>	3	-269.700	-275.700	-282.200
Rahmen Girokonto		-250.000	-250.000	-250.000
<i>Rahmenüberschreitung</i>		19.700	25.700	32.200
Abstattungskredit Anfangsbestand (über Girokonto)		-370.000	-360.000	-350.000
<i>Abstattungskredit Endbestand</i>	4	-360.000	-350.000	-340.000
<i>Liquiditätsbedarf</i>		-269.700	-275.700	-282.200
<i>Liquiditätsbedarf inkl. kurzfristiger Ford./Verb. (1 -2 +3)</i>	5	-267.000	-294.500	-324.500
<i>Liquiditätsbedarf inkl. Fälligestellung Abstattungskredit (+ 5)</i>		-627.000	-644.500	-664.500

Abbildung 1: Kurzfristiger Finanzplan (Liquiditätsbedarf)

Der Liquiditätsbedarf wird auf Basis laufender Ein- bzw. Auszahlungen und Veränderungen der Forderungs- und Verbindlichkeitenstände dargestellt. Diese Form der Darstellung des Liquiditätsbedarfs schafft einen Überblick über die offenen Forderungen bzw. Verbindlichkeiten, die monatlichen Einzahlungen und Auszahlungen und die Entwicklung des Girokontos unter Berücksichtigung des bestehenden Kontorahmens und gegebenenfalls der Rahmenüberschreitung. Bei Fälligestellung der langfristigen Bankverbindlichkeiten (z. B.

Abstattungskredit) ist ein zusätzlicher Liquiditätsbedarf, wie in der letzten Zeile in Abbildung 1 dargestellt, notwendig.

3. Zur insolvenzrechtlichen Überschuldung

3.1. Der Begriff

Die insolvenzrechtlich relevante Überschuldung darf nicht mit der buchmäßigen Überschuldung oder der rechnerischen Überschuldung verwechselt werden. Von der buchmäßigen Überschuldung spricht man, wenn das Eigenkapital einer Gesellschaft durch Verluste aufgebraucht ist - man spricht in diesem Zusammenhang auch vom negativen Eigenkapital im Sinne von § 225 Abs 1 UGB. Demgegenüber stellt die rechnerische Überschuldung das Ergebnis aus einem Vermögensstatus zu Liquidationswerten im Rahmen der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung dar, der sich also losgelöst von den Buchwerten der Jahresbilanz ermittelt.¹²

Die insolvenzrechtliche Überschuldung, welche ebenso keine Legaldefinition kennt und nur als Insolvenzeröffnungsgrund für juristische Personen, Verlassenschaften und eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, gilt (§ 67 Abs 1 KO), bestimmt sich nach zwei Tatbestandsmerkmalen:

- negativer *Vermögensstatus zu Liquidationswerten* (rechnerische Überschuldung) und
- negative Fortbestehensprognose.

Beide Prüfschritte müssen *kumulativ* vorliegen (also negativ ausfallen), damit insolvenzrechtliche Überschuldung vorliegt.¹³ Eine Prüfungsreihenfolge hinsichtlich der beiden Tatbestandsmerkmale besteht nicht, es kann also mit dem einen oder anderen begonnen werden; in der Praxis richtet sich das nach den jeweils vorhandenen Daten, es wird aber zumeist mit der Erstellung der Fortbestehensprognose begonnen.

3.2. Zum Überschuldungsstatus

3.2.1. Bewertung im Überschuldungsstatus

Im Überschuldungsstatus sind alle Vermögensgegenstände der Aktivseite der Bilanz (z. B. anhand einer zeitnahen UGB-Bilanz) anzusetzen, die im Rahmen einer Zerschlagung wahrscheinlich verwertbar wären.

Die Gegenstände des Anlage- und Umlaufvermögens sind mit dem wahrscheinlichsten Veräußerungswert anzusetzen, selbst wenn dieser höher ist als der dem Jahresabschluss zu entnehmende Buchwert. Unternehmensrechtliche Ansatz- und Bewertungsgrundsätze, wie z. B. Anschaffungskosten-, Imparitäts-, Realisations- und Vorsichtsprinzip, sind daher nicht maßgeblich. Dadurch werden im Überschuldungsstatus möglicherweise vorhandene stille Reserven aufgedeckt, bzw. Abwertungen im Anlage- und Umlaufvermögen werden vorzunehmen sein.

Bei der Bewertung des Anlagevermögens wird es maßgeblich darauf ankommen, ob die Einzelpositionen noch werthaltig sind bzw. ob eine Einzel- oder Gesamtveräußerung zu einem höheren Verkaufserlös führt. Sind Grundstücke im Anlagevermögen enthalten, sind auf Grundlage von Vergleichsmarktwerten bzw. Bewertungsgutachten und unter Berücksichtigung vorliegender pfandrechtlicher Besicherungen Veräußerungserlöse bzw. ein Übererlös im Vermögensstatus darzustellen.

Die Bewertung des Umlaufvermögens hängt wesentlich mit der Werthaltigkeit der Vorräte und Forderungen aus Lieferungen und Leistungen zusammen. Eine eingehende Prüfung des Lagerbestandes, schon länger ausstehender Kundenforderungen (> 12 Monate) sowie der Auslandsforderungen ist für die Wertfindung eines möglichen erzielbaren Veräußerungserlöses durchzuführen.

Im Jahresabschluss sind nicht bilanzierungsfähige (originärer Firmenwert) oder einem Bilanzierungsverbot (z. B. selbst hergestellte Software) unterworfenen selbständig verwertbare Vermögenswerte in den Vermögensstatus aufzunehmen.

Generell ist bei der Ermittlung der Veräußerungswerte von einem realistischen Szenario auszugehen, d. h. es sind die voraussichtlich zu erwartenden Veräußerungserlöse anzusetzen, und im Hinblick auf den Gläubigerschutz ist eine vorsichtige Bewertung zugrunde zu legen. Bei den Aktiva sind die wahrscheinlichen Veräußerungserlöse vor dem Hintergrund der konkreten Verwertungsaussichten, worüber eine Prognose als Grundlage der Bewertung erforderlich ist, zu ermitteln.¹⁴

Die Passivseite des Jahresabschlusses ist auf jene Schulden zu analysieren, die zu einer Verpflichtung des Unternehmens führen und mit deren Begleichung tatsächlich zu rechnen ist. Das Eigenkapital (Nennkapital, Kapitalrücklagen, Gewinn-/Verlustvortrag, Bilanzgewinn/-verlust) wird nicht in den Überschuldungsstatus übernommen, da es nicht zu den Verpflichtungen der Passivseite zählt. Das Fremdkapital ist auf mögliche lang- und kurzfristige Verbindlichkeiten mit Rangrücktritt (Gesellschafterdarlehen, Gewinnwertpapiere etc.) zu überprüfen und gegebenenfalls aus dem Überschuldungsstatus auszuscheiden. Grundsätzlich sind die im Vermögensstatus enthaltenen Verbindlichkeiten mit den Nennbeträgen anzusetzen. Rückstellungen sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie zu einer Verpflichtung führen. Weiters sind Verbindlichkeiten einer möglichen Schließung (Veräußerungskosten, Schließungskosten) des Unternehmens und Verbindlichkeiten aufgrund gesetzlicher und behördlicher Auflagen zu berücksichtigen.¹⁵

Gegebenenfalls sind auch nicht in der (Unternehmens-)Bilanz erfasste Vermögenswerte und Schulden (z. B. Auswirkungen aus der Abwicklung des Auftragsbestands sowie aus der Vermarktung der unfertigen und fertigen Erzeugnisse) aufzunehmen, für die am Stichtag der Überschuldungsprüfung eine vertragliche oder tatsächliche Basis vorliegt.¹⁶

3.2.2. Zusammenfassendes Beispiel - Überschuldungsstatus

In der nachfolgenden Übersicht (Abbildung 2) werden die Buchwerte aus der vorliegenden (Zwischen-)Bilanz zum 30. 9. 2007 einer Bewertungskorrektur unterworfen. Die Einzelpositionen werden auf stille Reserven (Lasten) bzw. Werthaltigkeit geprüft und mit entsprechenden Zu- bzw. Abschlägen versehen.

	Status zu Buchwerten	Bewertungskorrekturen		Status zu Liquidationswerten
		%	absolut	
Aktiva in Tausend Euro	30. 9. 2007			
Immaterielle Vermögensgegenstände	12	-100 %	-12	0
Sachanlagen	58	-60 %	-35	23
Finanzanlagen	8	0 %	0	8
Summe langfristiges Vermögen				
Vorräte				
Forderungen aus Lieferungen und Leistungen	78		-47	31
Sonstige Ford. u. Vermögensgegenstände	520	-70 %	-364	156
Liquide Mittel	852	-3 %	-23	829
ARA	12	-50 %	-6	6
	803	0 %	0	803
	0	0 %	0	0
Summe kurzfristiges Vermögen				
	2.188		-393	1.795
Summe Vermögen	2.266		-440	1.826

	Status zu Buchwerten	Bewertungskorrekturen		Status zu Liquidationswerten
		%	absolut	
Passiva in Tausend Euro	30. 9. 2007			
Stammkapital	130			
Kapitalrücklagen	1.454			
Gewinnrücklagen	5			
Bilanzverlust	-2.031			

Summe Eigenkapital				
Gewinnwertpapiere im Nachrang				
Rückstellungen für Abfertigungen	-442			0
Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstitute	700	-100 %	-700	0
Sonstige Verbindlichkeiten	54	51 %	28	82
	1.450	0 %	0	1.450
	436	0 %	0	436
Summe langfristiges Fremdkapital				
Sonstige Rückstellungen				
Verbindlichkeiten aus Lieferungen/Leistungen	2.640		-672	1.968
Sonstige Verbindlichkeiten	34	0 %	0	34
	1	0 %	0	1
	33	0 %	0	33
Summe kurzfristiges Fremdkapital	68		0	68
Summe Kapital	2.266		-672	2.036
Überschuldungsstatus zu Liquidationswerten				-210

Abbildung 2: Bewertungskorrektur der Buchwerte - Überschuldungsstatus

3.2.3. Rangrücktritt und eigenkapitalersetzende Verbindlichkeiten

In § 67 Abs 3 KO wird die Behandlung des Rangrücktritts und die der eigenkapitalersetzenden Verbindlichkeiten im Vermögensstatus geregelt. Bei der Erstellung des Überschuldungsstatus werden Verbindlichkeiten und eigenkapitalersetzende Leistungen nicht angesetzt, wenn Erklärungen der Gläubiger vorliegen, dass die Befriedigung erst nach Beseitigung des negativen Eigenkapitals zu erfolgen hat und dass wegen dieser Verbindlichkeit kein Insolvenzverfahren eröffnet werden muss.¹⁷

3.3. Die Fortbestehensprognose

Die Fortbestehensprognose bildet den dynamischen Teil der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung. Ziel einer solchen Fortbestehensprognose sind

- die Erhaltung der Zahlungsfähigkeit¹⁸ sowie
- die Wiederherstellung eines ausgeglichenen Vermögensstandes bzw. eine nachhaltige Trendwende der wirtschaftlichen Gesamtsituation.¹⁹

Unter der Wiederherstellung eines positiven Vermögensstandes wird nach neuerer Meinung verstanden, dass eine nachhaltige Sanierung in Form einer positiven Unternehmensentwicklung (*Turnaround*) und der Gesundung des Vermögensstandes, die über das Aufrechterhalten der Zahlungsfähigkeit hinausgeht, zu verlangen ist, wobei nach der neueren Lehrmeinung eine so genannte "Sekundärprognose" über die längerfristige Überlebensfähigkeit des Unternehmens bzw. zur Feststellung des Eintritts einer Trendwende verlangt wird. Nach herrschender Meinung²⁰ ist die Fortbestehensprognose insgesamt auf einen Zeitraum von etwa zwei bis drei Jahren auszurichten, wobei das laufende Geschäftsjahr sowie die zwei darauffolgenden Geschäftsjahre wohl generell gemeint sind. Die jüngere Literatur verlangt zusätzlich ein Abstellen auf einen kürzeren Zeitraum, da Prognosen ganz generell eine gewisse Unsicherheit in sich haben. Danach ist der Sekundärprognose vorgelagert ein kurzfristiger Finanzplan über einen Zeitraum von sechs bis zwölf Monaten zu erstellen (sog. Primärprognose),²¹ dies zur Feststellung der kurzfristigen Zahlungsfähigkeit. In der Literatur ist damit generell eine Tendenz zur Auflockerung der Kriterien der Fortbestehensprognose zu erblicken; bisher wurde die Wiederherstellung eines positiven Vermögensstandes gefordert,²² wenngleich die Meinungen über den vermögensrechtlichen Ansatz für diese Beurteilung (teilweise) weit auseinandergehen.

3.3.1. Erstellung der Fortbestehensprognose

An die Erstellung der Fortbestehensprognose sind gewisse Sorgfaltsanforderungen zu stellen.

Sie ist aus einer Ex-ante-Betrachtung, also historisch betrachtet rückbezogen auf den Zeitpunkt, in dem die Überschuldung vermutet wird,²³ aufzustellen. Dabei sind nur die Informationen und Daten, die zum damaligen Zeitpunkt vorlagen, zu berücksichtigen. Dazu ist festzustellen, dass - soweit ersichtlich - insbesondere hinsichtlich des Detaillierungs- und Ausgestaltungsgrades der Fortbestehensprognose wenige Ansatzpunkte aus der bestehenden Judikatur zu gewinnen sind.

Für die Erstellung der Fortbestehensprognose sind die Mitglieder der Geschäftsleitung, bei einer AG deren Vorstände, bei der GmbH die Geschäftsführer, verantwortlich. Das Beiziehen von externen Beratern wie Wirtschaftstreuändern und Unternehmensberatern erscheint i. Z. m. der Sorgfaltspflicht und Haftung der Organmitglieder zweckmäßig,²⁴ wobei deren Analyse und Plausibilisierung auf dem vom Krisenunternehmer vorgelegten Datenmaterial beruht.

Am Beginn der Erstellung einer Fortbestehensprognose, die grundsätzlich die Unternehmensfortführung vorsieht, steht die Analyse der Krisenursachen. Um die positive zukünftige Entwicklung des Unternehmens zu ermöglichen, müssen die krisenverursachenden Fehlentwicklungen freigelegt und Maßnahmen zur Beseitigung gesetzt werden. Mithilfe einer Schwachstellenanalyse sowohl im leistungs- als auch im ertragswirtschaftlichen Bereich kann dieser Vorgehensweise Rechnung getragen werden.

Die Analyse sollte von externen Beratern wie Wirtschaftstreuändern oder Unternehmensberatern erfolgen, um eine unabhängige Beurteilung der Krisenursachen zu ermöglichen und Vorschläge für wesentliche Restrukturierungsmaßnahmen erwarten zu können. Auch ein Heranziehen von Branchenexperten zur Plausibilisierung dieser Erkenntnisse scheint in diesem Zusammenhang zielführend.²⁵

Um der geforderten Dokumentationspflicht der Fortbestehensprognose nachzukommen, fällt vor allem der Erstellung der Planungsrechnungen, einschließlich einer sorgfältigen Dokumentation und Begründung der Annahmen, ein besonderes Augenmerk zu. Es sind jene Rahmenbedingungen und Gestaltungselemente in der Fortbestehensprognose darzulegen, die einerseits aus Erfahrungswerten aus der Vergangenheit (Auftragsbestände, Dauerschuldverhältnisse etc.) stammen und andererseits zukünftige Handlungsabläufe, Zielvorstellungen und Strategien in Form eines Unternehmenskonzepts beinhalten. Beabsichtigte Maßnahmen zur Sanierung sind mit ihren Auswirkungen auf die Ertrags- und Finanzlage in die Betrachtung mit einzubeziehen, sofern die gesetzten Maßnahmen die beabsichtigten Effekte mit hoher Wahrscheinlichkeit erzielen. Unsicherheiten in der Planung sind mit geschätzten, subjektiven Eintrittswahrscheinlichkeiten oder mit Abschlägen von den erwarteten Ergebnissen zu bewerten.

Die Erstellung von detaillierten Planerfolgsrechnungen sowohl für die Primär- als auch für die Sekundärprognose erscheint unerlässlich. In engem Zusammenhang mit der Erstellung der Planerfolgsrechnung steht die Erstellung eines Finanzplans über den Prognosezeitraum. Daraus lässt sich beurteilen, ob das Unternehmen seinen Zahlungsverpflichtungen im Beobachtungszeitraum nachkommen kann. Neben der Planerfolgsrechnung, die die Lebensfähigkeit des Unternehmens darstellt, ist der Finanzplan das zentrale Instrument, das auf Basis der getroffenen Annahmen und gesetzten Maßnahmen die Tragfähigkeit des Fortführungskonzepts anhand der erwarteten Zahlungsströme darstellt. Der erforderliche Detaillierungsgrad wird vom Ausmaß der Unternehmenskrise abhängen. Je detaillierter (auf Monats- bzw. Quartalsbasis) die Planerfolgsrechnung erstellt wird, umso genauer können unterjährige Liquiditätseingänge erkannt werden.

Die Erstellung der Planbilanz vervollständigt das Gesamtbild der Fortbestehensprognose und gibt Auskunft über Vermögens- und Kapitalsituation über den Beobachtungszeitraum. Eine Wiederauffüllung des Vermögensstandes ist in der Fortbestehensprognose hingegen nicht mehr notwendig.²⁶

Die Fortbestehensprognose soll ein qualitatives Gesamturteil über die Lebensfähigkeit des Unternehmens im Beobachtungszeitraum geben. Die Fortbestehensprognose resultiert Seite 037 aus den zugrunde liegenden Überlegungen zu Unternehmenskonzept, Planerfolgsrechnungen und Finanzplanung.

Eine positive Fortbestehensprognose setzt die Lebensfähigkeit des Unternehmens voraus. Diese kann angenommen werden, wenn das finanzielle Gleichgewicht im Beobachtungszeitraum gewahrt bleibt und die mittelfristige Ertragsfähigkeit des Unternehmens wiedererlangt wird und eine Gesundung des Vermögensstandes zu erwarten ist.

3.3.2. Sanierungsmaßnahmen

Bei der Erstellung einer Fortbestehensprognose ist jedenfalls zu beachten, dass die Berücksichtigung von Sanierungsmaßnahmen grundsätzlich anerkannt ist.²⁷ Im Einzelnen bestehen jedoch Einschränkungen. Die dazu ergangene Judikatur ist allerdings sehr spärlich, weshalb auch in diesem Bereich eine strengere Sichtweise im Hinblick auf zukünftige -

möglicherweise strengere - Rechtsprechung anzuraten ist:

3.3.2.1. Innerbetriebliche Sanierungsmaßnahmen

Für die Einbeziehung solcher Sanierungsmaßnahmen wird verlangt, dass die Organe der Gesellschaft überzeugt sein durften (dies aus Sicht ex ante), dass das Sanierungskonzept aussichtsreich und dass seine Verwirklichung ernsthaft möglich war.²⁸

3.3.2.2. Einbeziehung von Finanzhilfen (Eigenkapitalzufuhr)

Auch in diesem Fall wird ein bestimmter Grad der Ernsthaftigkeit hinsichtlich der Absicht eines Investors bzw. des Kapitalgebers vorausgesetzt. Der OGH verlangt vereinzelt eine rechtsverbindliche Zusage für die Eigenkapitalzufuhr.²⁹ In der Literatur wird jedoch eine etwas lockerere Sichtweise vertreten; dies in Anlehnung an eine vor allem in Deutschland vorherrschende Judikatur, wonach aus dem bisherigen Finanzierungsverhalten der Gesellschafter die Sicherheit von weiteren Finanzierungen abgeleitet werden kann.³⁰

3.3.2.3. Einbeziehung von Finanzhilfen der Gläubiger

In diesem Fall wird vorher eine konkrete Wahrscheinlichkeit zur Gewährung derartiger Hilfen nicht ausreichen; es wird wohl eine verbindliche Zusage erforderlich sein, damit derartige Finanzhilfen in der Fortbestehensprognose Berücksichtigung finden können.

3.3.2.4. Einbeziehung von Fremdkapital

Diesbezüglich sind rechtsverbindliche Finanzierungszusagen zu verlangen.³¹

4. Erkennbarkeit bzw. Erkennenmüssen der materiellen Insolvenz

Ein Insolvenzantrag ist spätestens 60 Tage nach Eintritt der materiellen Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit *oder* Überschuldung) zu stellen (§ 69 Abs 2 KO). Das Gesetz nennt als Fristauslöser den objektiv eingetretenen Insolvenzgrund. Dieser aus dem Gesetz zu entnehmende Fristbeginn ist in seiner Definition jedoch strittig.

Eine ausschließliche Anknüpfung an den objektiven Eintritt der materiellen Insolvenz wird - konsequenterweise - weitgehend abgelehnt, und die h. M. sieht eine subjektive **Seite 038** Anknüpfung des Fristenbeginns vor. Präzisiert wird diese Meinung durch den Begriff der "objektiven Erkennbarkeit" der materiellen Insolvenz; dabei wird auf die Judikatur im Anfechtungsrecht Bezug genommen, wonach auf die Erkennbarkeit für eine "Maßstabsfigur" abgestellt wird.³² Sofern daher Insolvenzindizien vorliegen, die bei Anwendung des für einen Schuldner dieser Art heranzuziehenden Sorgfaltsmaßstabs auf den Insolvenzgrund schließen lassen, löst dies für den antragspflichtigen Schuldner die Insolvenzantragspflicht bzw. die 60-Tage-Sanierungsfrist aus. In diesem Zusammenhang ist auch bedeutend, dass eine *mangelhafte Buchführung als die objektive Erkennbarkeit des Insolvenzgrundes indizierend* betrachtet wird.³³ Die manifeste Insolvenz ist daher jedenfalls ein Fall der objektiven Erkennbarkeit der Insolvenz. Die positive Kenntnis vom Konkursöffnungsgrund lässt den Fristenlauf jedenfalls beginnen. Dies trifft die antragspflichtigen Personen, die Geschäftsleitung bzw. etwaige faktische Geschäftsführer.³⁴

5. Resümee

Kapitalgesellschaften haben sowohl bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit als auch bei Eintritt der insolvenzrechtlichen Überschuldung, wobei jeder Grund für sich ausreicht, dringenden Handlungsbedarf. Für eine außergerichtliche Sanierung bleibt danach nur noch wenig Zeit, längstens 60 Tage.

Der Fortbestehensprognose als dynamischem Teil der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung kommt eine wesentliche Funktion in der Beurteilung des Insolvenztatbestandes "Überschuldung" zu. Auch bei einem negativen Vermögensstatus kann der Tatbestand insolvenzrechtlicher Überschuldung durch eine positive Fortbestehensprognose abgewendet werden. In diesem Zusammenhang erscheint der Anspruch auf eine höchstmögliche Planungsgenauigkeit und einen hohen Dokumentationsgrad bei der Erstellung einer Fortbestehensprognose unerlässlich, dies nicht zuletzt im Hinblick auf die - haftungsrelevante - Krisenverantwortung der Unternehmensleitung.

*

Mag. Klaus Gaedke ist Steuerberater und Partner einer Steuerberatungskanzlei in Graz. Dr. Clemens Jauffer ist Partner einer Rechtsanwaltskanzlei in Graz mit den Tätigkeitsschwerpunkten

Gesellschafts-, Insolvenz- und Unternehmenssteuerrecht.

- 1 Stellvertretend [OGH 7. 11. 2002, 8 Ob 87/02 f.](#); *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*,
Insolvenzrecht II⁴, § 66 KO Rz 9.
- 2 Stellvertretend [OGH 29. 3. 1990, 6 Ob 532/90](#), *ecolex* 1990, 476 = *ÖBA* 1990, 942 [*Karollus*].
- 3 So etwa [OGH 4. 11. 1975, 4 Ob 624/75](#), *JB1* 1977, 208 [*Schumacher*].
- 4 Vgl. *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II⁴, § 66 KO Rz 45.
- 5 *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II⁴, § 66 KO Rz 39.
- 6 Vgl. *Schluyok* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, *Praxishandbuch Konkursabwicklung*², 631.
- 7 Vgl. [OGH 13. 6. 2001, 7 Ob 58/01 g](#), *ZIK* 2002/33.
- 8 Vgl. *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 KO Rz 65; *Schumacher* in
Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht II⁴, § 66 KO Rz 66, 70; *OLG Wien* 19. 5. 2005, *ZIK*
2006/27; 19. 4. 2006, *ZIK* 2006/273.
- 9 Vgl. [OGH 17. 11. 1981, 4 Ob 547/81](#), *EvBl* 1982/164.
- 10 Vgl. *Karollus/Huemer*, *Fortbestehensprognose*², 24; *Jaufer/Payer*, *Krisenfrüherkennung und*
Rechnungswesen, *RWZ* 2006, 47.
- 11 Vgl. *IDW PS 800*, *Empfehlungen zur Prüfung eingetretener oder drohender*
Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen, *RWZ* 2000/124.
- 12 Vgl. *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 67 KO Rz 20 und 25.
- 13 Stellvertretend Grundsatzentscheidung [OGH 3. 12. 1986, 1 Ob 655/86](#), *SZ* 59/216.
- 14 Vgl. *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 67 KO Rz 44 f.
- 15 Vgl. *Karollus/Huemer*, *Fortbestehensprognose*², 69.
- 16 *IDW*, *Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen*, *RWZ* 1997, 397.
- 17 Vgl. *Karollus/Huemer*, *Fortbestehensprognose*², 71.
- 18 [OGH 3. 12. 1986, 1 Ob 655/86](#), *SZ* 59/216.
- 19 Vgl. *Karollus/Huemer*, *Fortbestehensprognose*², 81.
- 20 Vgl. *Karollus/Huemer*, *Fortbestehensprognose*², 96.
- 21 Vgl. *Karollus/Huemer*, *Fortbestehensprognose*², 96.
- 22 Vgl. *Doralt/Nowotny*, *Abschied von der Überschuldungsbilanz?* *RdW* 1987, 146 (149).
- 23 Vgl. *Karollus/Huemer*, *Fortbestehensprognose*², 98.
- 24 Vgl. *Karollus/Huemer*, *Fortbestehensprognose*², 127 ff.
- 25 Vgl. *Karollus/Huemer*, *Fortbestehensprognose*², 100 ff.; *RWZ* 1997, 397.
- 26 Vgl. *Karollus*, *Zwei Jahrzehnte moderner Überschuldungsbegriff in Österreich - Eckpunkte*
einer Fortbestehensprognose, *RWZ* 2007, 2.
- 27 Vgl. [OGH 3. 12. 1986, 1 Ob 655/86](#), *SZ* 59/216; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenz-
gesetze, § 67 KO Rz 95.
- 28 Vgl. [OGH 9. 2. 1988, 6 Ob 509/86](#), *SZ* 61/26, *Eumig II*.
- 29 Stellvertretend [OGH 3. 12. 1986, 1 Ob 655/86](#), *SZ* 59/216.
- 30 Vgl. *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 67 KO Rz 100; dazu auch [OGH 26.](#)
[2. 2002, 1 Ob 144/01k](#), *ecolex* 2003, 34.
- 31 Vgl. *Karollus/Huemer*, *Fortbestehensprognose*², 124.
- 32 Vgl. *König*, *Anfechtung*³, Rz 11/76; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht
II⁴, § 69 KO Rz 72.
- 33 Vgl. [OGH 22. 10. 1997, 7 Ob 2339/96 p](#), *SZ* 70/215.
- 34 Vgl. *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 65 KO Rz 18; *Schumacher* in
Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht II⁴, § 69 KO Rz 72.

Gaedke/Jaufer