

# AUFSÄTZE

---

## „Gesunde“ Unternehmen im Sinne des Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetzes (ULSG)

Das Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz (ULSG) wurde geschaffen, um in den Jahren 2009 und 2010 die Liquidität heimischer Unternehmen im Hinblick auf „[d]ie anhaltend angespannte Lage auf dem Finanzmarkt sowie die sich sukzessive verschlechternde Wirtschaftslage“<sup>1</sup> zu sichern. Die diesbezüglich seitens der Republik angebotenen Haftungsübernahmen sollten jedoch nicht der Sanierung bereits angeschlagener Unternehmen dienen, sondern nur Unternehmen mit einer „gesunden wirtschaftlichen Basis“ offen stehen (§ 2 Abs 1 Z 5 ULSG). Rund 50 Unternehmen haben in den Jahren 2009 und 2010 am ULSG-Programm teilgenommen. Zumal sich darunter auch mittlerweile in wirtschaftliche Notlage geratene Unternehmen wie der Büromöbelhersteller Bene, die Baumarktkette Baumax, die Blumendiscounterkette Holland Blumenmarkt oder der Baukonzern Alpine befanden, entbrannte eine öffentliche Diskussion und die juristische Auseinandersetzung darüber, ob diese Unternehmen tatsächlich im Jahr 2009 bzw 2010 die Voraussetzungen für eine ULSG-Haftungsübernahme aufgewiesen haben. Der gegenständliche Beitrag soll vor diesem Hintergrund aufzeigen, nach welchen Maßstäben die Anforderungen an eine solche ULSG-Haftungsübernahme zu beurteilen sind.

**Deskriptoren:** gesunde wirtschaftliche Basis, Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz, begünstigtes Unternehmen, Haftungsübernahme.

**Norm:** § 2 ULSG.

Von Dietmar Aigner/Georg Kofler/  
Harald Moshhammer/Michael Tumpel

---

### 1. Grundlagen des Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetzes

Durch das Bundesgesetz zur Stärkung der Liquidität von Unternehmen (Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz – ULSG)<sup>2</sup> wurde der Bundesminister für Finanzen – zeitlich bis 31.12.2010 befristet – ermächtigt, zur Erhaltung der Geschäftstätigkeit und Überbrückung eines vorübergehenden Liquiditätsengpasses Haftungen in Form von abstrakten<sup>3</sup> Garantien im Zusammenhang

mit der Finanzierung „begünstigter Unternehmen“ zu übernehmen, um die Liquidität bestimmter österreichischer Unternehmen zu sichern und zu stärken.<sup>4</sup>

Mit dem ULSG reagierte der Bund auf die im Jahr 2009 angespannte Situation auf dem Finanzmarkt.<sup>5</sup> Für Unternehmen hätte der erschwerte Zugang zu Finanzmärkten, insbesondere zu Kreditmitteln aufgrund der erschwerten Kreditvergabebedingungen, eine existenzbedrohende Schwächung sowohl der kurz- als auch der langfristigen Finanzkraft bedeutet. Unerwartete Kapitalknappheit hätte auch bei gesunden Unternehmen kurz- und mittelfristige wirtschaftliche Bedrängnis verursacht und die Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit gefährden können. Aufgrund der daraus resultierenden befürchteten negativen Auswirkungen auf die gesamte Realwirtschaft hatte die Europäische Kommission mit dem „vorübergehenden Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der Finanz- und Wirtschaftskrise“<sup>6</sup> die Grundlage für das ULSG geschaffen.<sup>7</sup>

1 ErlRV 229 BlgNR. XXIV. GP, 1.

2 BGBl I 2009/78.

3 Siehe dazu *Rabl*, Die Garantiehafung der Republik Österreich auf Grund des Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetzes, ÖBA 2015, 165)

4 § 1 Abs 1 ULSG iVm § 66 BHG, BGBl 1986/213 idF BGBl 1989/619.

5 Siehe zu diesem Hintergrund ErlRV 229 BlgNR. XXIV. GP.

6 Mitteilung der Kommission „Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Fi-

nanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise“, ABl C 16/1 (25. 2. 2009).

7 *Kovarova-Simecek*, Alles rund um das Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz, CFOaktuell 2009, 223; ErlRV 229 BlgNR. 24. XXIV. Siehe weiters dazu *Fellner*, Das Bundesgesetz zur Stärkung der Liquidität von Unternehmen, RWZ 2010, 101 ff; *Divok/Schramm*, Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz (2010) § 1 Tz 1 ff.

Die Zielsetzung des ULSG bestand nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage<sup>8</sup> in der Liquiditätsbeschaffung der begünstigten Unternehmen und nicht in der Verbesserung der Risikosituation der Kreditwirtschaft. Im Interesse der gesamthaften österreichischen Volkswirtschaft sollte die Möglichkeit einer Haftungsübernahme durch den Bund für Kredite von Unternehmen vorgesehen werden, die vorübergehend in Liquiditätsprobleme geraten sind und nur aus diesem Grund einer Finanzierung bedürfen. Insbesondere mittelständische bis große Unternehmen sollen so über eine ausreichende Finanzkraft verfügen, um eine tief greifende wirtschaftliche Krise überbrücken zu können und so weiterhin als Wachstumsmotoren für die heimische Wirtschaft erhalten zu bleiben. Eine Haftung gem dem ULSG durfte nur zu Gunsten von Unternehmen übernommen werden, bei denen nachstehende Voraussetzungen des § 2 Abs 1 ULSG erfüllt waren:

- „1. Das begünstigte Unternehmen muss seinen Sitz oder eine Betriebsstätte in Österreich haben,
2. das begünstigte Unternehmen muss seine wesentliche operative Tätigkeit in Österreich ausüben,
3. gesamte Geschäftstätigkeit des begünstigten Unternehmens liegt außerhalb des Finanzsektors,
4. das begünstigte Unternehmen darf kein Kleinstunternehmen, kleines oder mittleres Unternehmen (KMU) gemäß der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. Nr. L 124 vom 20.5.2003, S. 36, sein,
5. das begünstigte Unternehmen wies vor dem 1. Juli 2008 eine gesunde wirtschaftliche Basis auf und aufgrund von Vorschauen ist zu erwarten, dass dieses Unternehmen die garantierten Verbindlichkeiten während der Laufzeit der Haftung vereinbarungsgemäß erfüllen kann,
6. das mit der Übernahme der Haftung verbundene Risiko des Bundes ist angemessen, wobei auf eine ausgewogene Risikostreuung im Portfolio Bedacht zu nehmen ist.“

Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage<sup>9</sup> müssen sämtliche Voraussetzungen nach § 2 Abs 1 Z 1 bis 6

ULSG möglichst zeitnah zur Haftungsübernahme nachweislich kumulativ erfüllt sein; die Voraussetzungen nach § 2 Abs 1 Z 1 bis 3 ULSG müssen überdies für die Dauer der aufrechten Haftung erfüllt sein.<sup>10</sup> Dieser Beitrag fokussiert im Folgenden das Kriterium der „gesunden wirtschaftliche Basis“ iSd § 2 Abs 1 Z 5 ULSG.

## 2. Maßgeblichkeit der Konzernbetrachtung

Nach § 2 Abs 1 Z 5 ULSG war ua Voraussetzung für den Erhalt einer ULSG-Garantie, ob ein „begünstigtes Unternehmen“ vor dem 1. Juli 2008<sup>11</sup> eine gesunde wirtschaftliche Basis aufgewiesen hat. Noch bevor die Kriterien für das Vorliegen einer gesunden wirtschaftlichen Basis analysiert werden, ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob im Falle von antragstellenden Konzernen für die gegenständliche Beurteilung eine Konzernbetrachtung (der gesunden wirtschaftlichen Basis) oder eine Betrachtung auf Basis des einzelnen, kreditbeantragenden Unternehmens angestellt werden muss.

Dafür ist der Begriff des „begünstigten Unternehmens“ maßgebend, der in § 2 Abs 2 ULSG definiert wird. Nach dieser Bestimmung ist „[d]er Begriff des begünstigten Unternehmens in Abs 1 Z 1, 3 und 5 [...] gemäß der Definition des ‚eigenständigen Unternehmens‘ gemäß der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. Nr. L 124 vom 20.5.2003, S. 36, zu verstehen; im Übrigen sind ‚Partnerunternehmen‘ und ‚verbundene Unternehmen‘ mitzuberücksichtigen.“

Gem Art 3 Abs 1 der Empfehlung der EU-Kommission vom 6. Mai 2003 ist ein „eigenständiges Unternehmen“ jedes Unternehmen,<sup>12</sup> das nicht als „Partnerunternehmen“ oder als „verbundenes Unternehmen“ im Sinne dieser Empfehlung gilt.

„Verbundene Unternehmen“ im Sinne der Empfehlung der EU-Kommission sind insbesondere Unternehmen, die zueinander in einer der folgenden Beziehungen stehen:<sup>13</sup>

- a. Ein Unternehmen hält die Mehrheit der Stimmrechte der Aktionäre oder Gesellschafter eines anderen Unternehmens;

8 ErlRV 229 BlgNrR XXIV GP.

9 ErlRV 229 BlgNR. XXIV. GP.

10 Die genannten Antragsvoraussetzungen wurden von der Republik Österreich selbständig geprüft. Eine ex-post zu Tage getretene Nichterfüllung der Antragsvoraussetzungen musste dabei von der Risikoeinschätzung des Bundes umfasst sein.

11 Maßgeblich ist das Vorliegen einer gesunden wirtschaftlichen Basis vor dem 1. Juli 2008, nicht aber auch das Vorliegen zum Zeitpunkt der Antragstellung. Dies erscheint insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass das ULSG als Reaktionsmaßnahme für die Wirtschaftskrise ab Herbst 2008 konzipiert war, plausibel.

12 Gem Art 1 der Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen

und mittleren Unternehmen, ABl L 124/36 (20. 5. 2003) gilt als Unternehmen jede Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Dazu gehören insbesondere auch jene Einheiten, die eine handwerkliche Tätigkeit oder andere Tätigkeiten als Einpersonen- oder Familienbetriebe ausüben, sowie Personengesellschaften oder Vereinigungen, die regelmäßig einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen.

13 Gem Art 3 Abs 3 der Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl L 124/36 (20. 5. 2003).

- b. ein Unternehmen ist berechtigt, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums eines anderen Unternehmens zu bestellen oder abuberufen;
- c. ein Unternehmen ist gemäß einem mit einem anderen Unternehmen abgeschlossenen Vertrag oder aufgrund einer Klausel in dessen Satzung berechtigt, einen beherrschenden Einfluss auf dieses Unternehmen auszuüben;
- d. ein Unternehmen, das Aktionär oder Gesellschafter eines anderen Unternehmens ist, übt gemäß einer mit anderen Aktionären oder Gesellschaftern dieses anderen Unternehmens getroffenen Vereinbarung die alleinige Kontrolle über die Mehrheit der Stimmrechte von dessen Aktionären oder Gesellschaftern aus.

Im Schrifttum<sup>14</sup> wird die in § 2 Abs 2 ULSG enthaltene Formulierung: „im Übrigen“ so interpretiert, dass der Begriff „begünstigte Unternehmen“ für Zwecke des § 2 Abs 1 Z 1 bis 5 ULSG einheitlich auszulegen und keine Differenzierung zwischen den einzelnen Ziffern vorzunehmen ist. Die Wendung in § 2 Abs 2 ULSG „im Übrigen“ ist danach dahingehend auszulegen, dass Partnerunternehmen und verbundene Unternehmen bei Beurteilung der Förderungswürdigkeit des antragstellenden begünstigten Unternehmens mit zu berücksichtigen sind. Für die Frage der Bewertung der gesunden wirtschaftlichen Basis gem § 2 Abs 1 Z 5 ULSG ist nach *Diwok/Schramm*<sup>15</sup> im Ergebnis eine Betrachtung des Konzerns (eigenständiges Unternehmen unter Einbeziehung von Partnerunternehmen und verbundenen Unternehmen) erforderlich. Diese Auffassung ist uE insoweit schlüssig, als etwa bei einem ULSG-kreditantragstellenden Unternehmen, welches über Beteiligungen an Tochtergesellschaften verfügt und somit als Holding fungiert, eine Beurteilung der wirtschaftlichen Lage dieser Gesellschaft bloß anhand ihrer eigenständigen Unternehmensdaten (insbesondere: Einzeljahresabschlussdaten) kaum die wirtschaftliche Realität zu repräsentieren vermag. In einem nach dem österreichischen UGB erstellten Einzeljahresabschluss würde das tatsächliche Vermögen dieser Gesellschaft verzerrt dargestellt werden, zumal vor allem vorhandene Beteiligungen nach § 203 UGB höchstens

mit deren historischen Anschaffungskosten in der Bilanz ausgewiesen werden können. Darin enthaltene stille Reserven werden nicht abgebildet und würden dadurch bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Lage unberücksichtigt bleiben.

Weiters stellt sich auch die im Einzeljahresabschluss dargestellte Ertragslage zur Beurteilung der gesunden wirtschaftlichen Basis verzerrt dar, zumal nicht nur Transaktionen mit Dritten in die Gewinn- und Verlustrechnung Eingang finden, sondern auch Transaktionen der ULSG-kreditbeantragenden Gesellschaft mit verbundenen Unternehmen. Im Gegensatz dazu würden jedoch Informationen der verbundenen Unternehmen, die mittelbar auch auf die wirtschaftliche Lage der ULSG-kreditbeantragenden Gesellschaft Einfluss haben, unberücksichtigt bleiben.<sup>16</sup> Allgemein kann festgestellt werden, dass Konzernabschlüsse, denen ursprünglich eine bloß ergänzende Funktion zu den veröffentlichten Jahresabschlüssen zukommen sollte, mittlerweile Einzelabschlüsse in der Praxis im Hinblick auf die Relevanz für die Abschlussadressaten weitgehend verdrängt haben. Sie kompensieren jene Verzerrungen, die sich bei komplexen Verflechtungen zwischen einem konzernverbundenen Unternehmen materialisieren.<sup>17</sup> Darüber hinaus entspricht das Abstellen auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des gesamten Konzerns der üblichen bankkaufmännischen Sorgfalt bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Lage eines Kreditnehmers im Rahmen der Bonitätsprüfung.

Die Berücksichtigung von Konzernjahresabschlüssen widerspricht uE auch nicht der gebotenen Betrachtung eines „eigenständigen Unternehmens“ gem §§ 2 Abs 2 iVm Abs 1 Z 5 ULSG: Hintergrund dieser Bestimmungen dürfte ua sein, dass zur Beurteilung der gesunden wirtschaftlichen Basis keine Unternehmen einbezogen werden sollen, die nicht auch als „Haftungsmasse“ für einen Kredit iSd ULSG in Betracht kommen können; dies scheint auch mit der historischen Zielsetzung der Bestimmung des § 2 Abs 1 Z 5 ULSG zu harmonisieren, wonach die Übernahme von Haftungen nach dem ULSG nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage nicht der Sanierung bereits „angeschlagener Unternehmen“ dienen sollte.<sup>18</sup> Wird zur Beurteilung der gesunden

14 *Diwok/Schramm*, Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz (2010) § 2 Tz 26.

15 *Diwok/Schramm*, Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz (2010) § 2 Tz 26.

16 Nicht zuletzt verweist auch die ULSG-Richtlinie (Richtlinien des Bundesministers für Finanzen für Haftungen gemäß § 4 Abs 8 des Bundesgesetzes zur Stärkung der Liquidität von Unternehmen [Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz – ULSG], BGBl. I Nr. 78/2009) selbst in Punkt 5.2. ausdrücklich darauf, dass maßgebliche Auswahl- und Beurteilungskriterien im Sinne des § 4 Abs 8 Z 2 ULSG insbesondere „Marktentwicklung und Marktstellung, Auftragseingang und Auftragsstand, Jahresabschlüsse und eventuell Konzernjahresabschlüsse, Beteiligungsverhältnisse, Unterneh-

menskonzept und Unternehmensplanung inkl. Planannahmen (...) sind“, bezieht also explizit eventuelle „Konzernjahresabschlüsse“ in die Betrachtung ein.

17 Dazu *Baumüller*, Anmerkungen zur Kapitalkonsolidierung nach der Buchwertmethode im Lichte nationaler und internationaler Reform(überlegungen), RWZ 2013, 78; siehe weiters zur Aussagekraft und Relevanz von Konzernjahresabschlüssen *Egger/Samer/Bertl*, Der Jahresabschluss nach dem Handelsgesetzbuch, Band 27 (2013) 35; *Kütting/Weber*, Der Konzernabschluss<sup>11</sup> (2008) 77; *Wagenhofer*, Bilanzierung und Bilanzanalyse<sup>11</sup> (2013) 146; *Wysockil Wohlgemuth*, Konzernrechnungslegung<sup>5</sup> (2014) 3.

18 ErlRV 229 BlgNR XXIV. GP zu § 2 ULSG.

wirtschaftlichen Basis eines ULSG-kreditbeantragenden Unternehmens – das als Konzernspitze fungiert – jedoch auf wirtschaftliche Verhältnisse aus dem Konzernabschluss Bezug genommen, werden dadurch nur solche Unternehmen berücksichtigt, die dem antragstellenden Unternehmen untergeordnet sind und dementsprechend zumindest mittelbar Teil der Kredithaftungsmasse sind. Liegt auf Ebene einer ULSG-kreditbeantragenden Gesellschaft ein Konzernabschluss vor, so sprechen uE die besseren Argumente dafür, diesen für die weitere betriebswirtschaftliche Untersuchung der gesunden wirtschaftlichen Basis der kreditnehmenden Gesellschaft zu berücksichtigen.<sup>19</sup>

### 3. Vorliegen einer „gesunden wirtschaftlichen Basis“

#### 3.1 Beurteilungsmaßstab

Die Kriterien für das Vorliegen einer gesunden wirtschaftlichen Basis iSd § 2 Abs 1 Z 5 ULSG werden im ULSG selbst nicht definiert. Anhaltspunkte für die maßgeblichen Beurteilungskriterien finden sich aber in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum ULSG.<sup>20</sup> Darin wird im Sinne einer negativen Abgrenzung dargelegt, dass eine Haftungsübernahme auf Basis der genannten Bestimmung „*dennach insbesondere ausgeschlossen [ist], wenn beim Antrag stellenden Unternehmen die Voraussetzungen nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz – URG, BGBl. I Nr. 114/1997, vorliegen oder es sich um ein Unternehmen handelt, das sich in finanziellen Schwierigkeiten gemäß der Mitteilung der Europäischen Kommission betreffend Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, ABl. Nr. C 244 vom 1.10.2004, S. 2. [befindet]*“ Diese Auslegung ist auch mit der dem ULSG zugrunde liegenden Mitteilung der Kommission über den vorübergehenden Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise<sup>21</sup> in Einklang zu

bringen: Danach kommt dem Begriff „Unternehmen in Schwierigkeiten“ im Sinne dieser Mitteilung für große Unternehmen jene Bedeutung zu, die in Abschnitt 2.1 der Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten<sup>22</sup> bestimmt wird.<sup>23</sup>

Nach den letztgenannten EU-Leitlinien wird zum Begriff des „Unternehmens in Schwierigkeiten“ ausgeführt, dass keine unionsrechtliche Definition dieses Begriffs existiert. Gleichwohl geht die Kommission in den Leitlinien davon aus, dass sich ein Unternehmen in Schwierigkeiten befindet, wenn es nicht in der Lage ist, mit eigenen finanziellen Mitteln oder Fremdmitteln, die ihm von seinen Eigentümern/Anteilseignern oder Gläubigern zur Verfügung gestellt werden, Verluste aufzufangen, die das Unternehmen auf kurze oder mittlere Sicht so gut wie sicher in den wirtschaftlichen Untergang treiben werden, wenn der Staat nicht eingreift.

Unabhängig von der Größe eines Unternehmens befindet sich ein solches nach Ansicht der EU-Kommission insbesondere in folgenden Fällen in Schwierigkeiten:<sup>24</sup>

- wenn bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung mehr als die Hälfte des gezeichneten Kapitals verschwunden und mehr als ein Viertel dieses Kapitals während der letzten zwölf Monate verloren gegangen ist;
- wenn bei Gesellschaften, in denen mindestens einige Gesellschafter unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft haften, mehr als die Hälfte der in den Geschäftsbüchern ausgewiesenen Eigenmittel verschwunden und mehr als ein Viertel dieser Mittel während der letzten zwölf Monate verloren gegangen ist;
- wenn unabhängig von der Unternehmensform die im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erfüllt sind.

Selbst wenn keine der vorgenannten Voraussetzungen erfüllt ist, kann ein Unternehmen nach Ansicht der EU-Kommission als in Schwierigkeiten befindlich angesehen

19 Im Ergebnis *Diwok/Schramm*, Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz (2010) § 2 Tz 27, nach denen für die Erfüllung der in § 2 ULSG angeführten Voraussetzungen der gesamte Konzern betrachtet werden muss.

20 ErlRV 229 BlgNR XXIV. GP. Ergänzend könnte ein Hinweis auf das Vorliegen einer gesunden wirtschaftlichen Basis auch aus Anhang A der ULSG-Richtlinie (Richtlinien des Bundesministers für Finanzen für Haftungen gemäß § 4 Abs 8 des Bundesgesetzes zur Stärkung der Liquidität von Unternehmen [Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz – ULSG], BGBl. I Nr.78/2009) abgeleitet werden. Dort werden iZm der Entgeltstaffel für ULSG-Haftungen „gesunde“ Unternehmen nach Ratings sortiert. Dabei werden auch Unternehmen im CCC-Bereich erwähnt, was den Schluss zulässt, dass das Bundesministerium für Finanzen auch dann eine gesunde wirtschaftliche Basis angenommen hat, wenn das Unternehmen ein CCC-Rating aufgewiesen hat.

21 Mitteilung der Kommission „Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise“, ABl C 16/1 (25. 2. 2009).

22 Mitteilung der Kommission „Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten“, ABl C 244/2 (1. 10. 2004).

23 Siehe FN 17 zu Pkt 4.2.2. der Mitteilung der Kommission „Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise“, ABl C 16/1 (25. 2. 2009).

24 Siehe Tz 10 lit a bis c der Mitteilung der Kommission „Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten“, ABl C 244/2 (1. 10. 2004).



werden, wenn die hierfür „typischen Symptome“ auftreten. Schlimmstenfalls ist das Unternehmen bereits zahlungsunfähig oder es wurde bereits ein Insolvenzverfahren nach innerstaatlichem Recht eingeleitet.<sup>25</sup>

Im Einzelnen können die für die Beurteilung der „gesunden wirtschaftlichen Basis“ relevanten Faktoren – abgeleitet aus dem ULSG, den Gesetzesmaterialien und den unionsrechtlichen Grundlagen – wie folgt geprüft werden:

### 3.2 Prüfung des Verschwindens des gezeichneten Kapitals

Der Begriff „Gezeichnetes Kapital“ ist im UGB nicht gebräuchlich; die Formulierung legt aber die Vermutung nahe, dass damit das Nennkapital (= Grund- bzw Stammkapital) gemeint ist; dieser Auffassung wird auch im Schrifttum gefolgt.<sup>26</sup> Ein Verschwinden von mehr als der Hälfte des Nennkapitals wäre dann der Fall, wenn etwa durch Verluste das gesamte Eigenkapital soweit aufgezehrt wird, dass dieses in Summe einen geringeren Wert als das halbe Nennkapital aufweist.

### 3.3 Prüfung der Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens

Nach der oben bereits dargelegten Ansicht der EU-Kommission<sup>27</sup> befindet sich ein Unternehmen unabhängig von der Größe ua dann in Schwierigkeiten, wenn die im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erfüllt sind. Im österreichischen Recht sind insofern die Insolvenzeröffnungstatbestände der Zahlungsunfähigkeit nach § 66 IO und der Überschuldung nach § 67 IO maßgeblich.

Mangels gesetzlicher Definition der Zahlungsunfähigkeit gem § 66 IO liegt nach ständiger Rechtsprechung und der hL Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, (alle) seine fälligen Schulden zu bezahlen, und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann.<sup>28</sup>

Gem § 67 IO bildet für Kapitalgesellschaften (sowie für kapitalistische Personengesellschaften) nicht nur die

Zahlungsunfähigkeit gem § 66 IO, sondern auch die Überschuldung einen Insolvenzeröffnungsgrund.<sup>29</sup> Nach einer Grundsatzentscheidung des OGH<sup>30</sup> sowie den dazu ergangenen Folgeentscheidungen<sup>31</sup> wird die Überschuldung als Doppeltatbestand betrachtet: Zu einer Überschuldung im Sinn des Insolvenzrechtes kommt es demnach nur dann, wenn eine „rechnerische Überschuldung“ vorliegt und die sog „Fortbestehensprognose“ negativ ausfällt. Bei der „rechnerischen Überschuldung“ werden Vermögensgegenstände und Schulden zu Liquidationswerten einander gegenüber gestellt und geprüft, ob die Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Falle einer Liquidation im Vermögen Deckung finden.<sup>32</sup> Zweck der Fortbestehensprognose ist es dagegen, die Wahrscheinlichkeit einer künftigen Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens festzustellen, dh die Überprüfung, ob in dem der Prognose zugrunde gelegten Zeitraum damit zu rechnen ist, dass Zahlungsunfähigkeit eintritt.<sup>33</sup>

### 3.4 Prüfung der Kennzahlen gem § 22 URG

Nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum ULSG sind zur Beurteilung der gesunden wirtschaftlichen Basis eines ULSG-kreditbeantragenden Unternehmens ua auch bestimmte Kennzahlen des Unternehmensreorganisationsgesetzes (URG) maßgeblich.<sup>34</sup> In den Erläuterungen wird diesbezüglich ausgeführt, dass eine Haftungsübernahme auf Basis des ULSG „insbesondere ausgeschlossen [ist], wenn beim Antrag stellenden Unternehmen die Voraussetzungen nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz – URG, BGBl. I Nr. 114/1997, vorliegen.“

Das URG dient der Insolvenzvermeidung durch Reorganisation. Unter Reorganisation ist eine nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchgeführte Maßnahme zur Verbesserung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines im Bestand gefährdeten Unternehmens zu verstehen, die dessen nachhaltige Weiterführung ermöglicht (§ 1 Abs 2 URG). Eine gesetzliche Vermutung des Reorganisationsbedarfes findet sich in § 22 Abs 1 Z 1 URG im Rahmen des dort geregelten Haftungsbestandes: Beträgt die Eigenmittelquote weniger als 8 % und die fik-

25 Siehe Tz 11 der Mitteilung der Kommission „Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten“, ABl C 244/2 (1. 10. 2004). Ein Unternehmen in Schwierigkeiten kommt jedenfalls nach Auffassung der Kommission nur dann für eine Beihilfe in Betracht, wenn es nachweislich nicht in der Lage ist, sich aus eigener Kraft oder mit Mitteln seiner Eigentümer/Anteilseigner oder Fremdmitteln zu sanieren.

26 Siehe dazu etwa *Christian in Torggler*, UGB (2013) § 229 Tz 5.

27 Siehe Tz 10 lit c der Mitteilung der Kommission „Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten“, ABl C 244/2 (1. 10. 2004).

28 Für viele *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO (Stand: 2012) § 66 Rz 5 mwN.

29 Vgl dazu ua *Sigmund-Akhavan*, Insolvenzrecht in der Praxis<sup>2</sup> (2010) 24.

30 OGH 3.12.1986, 1 Ob 655/86.

31 OGH 23.9.1987, 1 Ob 608/87 bzw 9.2.1988, 6 Ob 508, 509/86.

32 *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO (Stand: 2012) § 67 Rz 42.

33 *Schubmacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II/2 (2004) § 67 KO Rz 36.

34 ErlRV 229 BlgNR XXIV. GP.

tive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre, wird ein Reorganisationsbedarf vermutet.<sup>35</sup> Neben der Nennung der zu ermittelnden Kennzahlen in § 22 URG wird in §§ 23 und 24 URG auch die *genaue Berechnungsweise* ausgeführt. Dadurch wird eine verbindliche, einheitliche Grundlage geschaffen.

Die genannten Kennzahlen können dabei grundsätzlich nur aus Jahresabschlüssen nach dem UGB abgeleitet werden. Eine Ableitung der URG Kennzahlen aus einem IFRS-(Konzern)Abschluss ist grundsätzlich nicht möglich, da die erforderlichen Posten aus Bilanz und GuV in dieser Form nicht vorliegen.<sup>36</sup>

### 3.5 Prüfung typischer Krisensymptome

Zuletzt ist zu beurteilen, anhand welcher Umstände das Vorliegen „typischer Krisensymptome“ festzustellen ist, nach denen ein Unternehmen nach Ansicht der EU-Kommission als „in Schwierigkeiten befindlich“ angesehen wird. Konkret werden dabei von Seiten der EU-Kommission<sup>37</sup> die folgenden Faktoren genannt:

- a) steigende Verluste,
- b) sinkende Umsätze,
- c) wachsende Lagerbestände,
- d) Überkapazitäten,
- e) verminderter Cashflow,
- f) zunehmende Verschuldung und Zinsbelastung, sowie
- g) Abnahme oder Verlust des Reinvermögenswerts.

Eine Beurteilung darüber, ob ein Unternehmen nach Maßgabe dieser Faktoren als „in Schwierigkeiten“ befindlich anzusehen ist, kann aufgrund der Vielzahl unterschiedlicher Kriterien, welche sich ableiten lassen, uE nur in einer Gesamtbetrachtung getroffen werden. Beispielsweise würden sinkende Umsätze allein noch nicht auf ein Unternehmen in Schwierigkeiten hindeuten, wenn gleichzeitig keine (wachsenden) Verluste oder sinkenden Cash-Flows ausgewiesen werden. Auch aus dem diesbezüglichen beihilfenrechtlichen Gemeinschaftsrahmen<sup>38</sup> lassen sich jedenfalls keine Indizien dafür ableiten, dass bereits bei einem einzelnen negativen Kriterium von einem Unternehmen in Schwierigkeiten auszugehen ist.

### 3.6 Zwischenergebnis

Ist im Ergebnis einer der vier vorstehend genannten Parameter erfüllt (wobei in Hinblick auf typische Krisensymptome auf die Gesamtheit der einzelnen Beurteilungsparameter abzustellen ist), wird daher von einem „Unternehmen in Schwierigkeiten“ auszugehen sein. Anders ausgedrückt, weist das geprüfte Unternehmen in diesem Fall keine gesunde wirtschaftliche Basis auf.

Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass sich die angeführten Prüfkriterien einerseits aus den historischen Gesetzesmaterialien zum ULSG und andererseits aus den unionsrechtlichen Grundlagen ableiten. Zwar mag es in der Unternehmerpraxis weitere Beurteilungsmöglichkeiten dafür geben, unter welchen Umständen ein Unternehmen in wirtschaftlicher Betrachtung als in Schwierigkeiten angesehen wird, doch ist aufgrund der Gesetzesystematik des ULSG kein Platz für eine Prüfung einer „gesunden wirtschaftlichen Basis“ iSd § 2 Abs 1 Z 5 ULSG anhand solcher anderen Kriterien.

### 4. Erfüllungswahrscheinlichkeit der garantierten Verbindlichkeit

Nach § 2 Abs 1 Z 5 ULSG war neben der Voraussetzung einer gesunden wirtschaftlichen Basis eine weitere Voraussetzung für den Erhalt einer ULSG-Garantie, dass aufgrund von „Vorschauen“ die vereinbarungsgemäße Erfüllung der garantierten Verbindlichkeiten während der Laufzeit der Haftung zu erwarten ist.

Abzustellen ist in diesem Zusammenhang daher – als Plausibilitätsprüfung aus ex-ante-Sicht – auf Planrechnungen – insbesondere Liquiditäts- bzw Cashflow-Planung – des Unternehmens, die sich auf den Zeitpunkt der Übernahme der Haftung beziehen. In diese Planrechnungen sind naturgemäß auch bereits die Zinsbelastungen aus der angestrebten ULSG-Finanzierung aufzunehmen, um feststellen zu können, ob neben der genannten Zinsbelastung auch die übrigen Verpflichtungen des Unternehmens erfüllt werden können. Trifft dies zu, ist dieses Kriterium des § 2 Abs 1 Z 5 ULSG als erfüllt anzusehen.<sup>39</sup>

35 Siehe dazu etwa Häußl/Leitinger in Gaedke/Winterbeller, *Controlling für die tägliche Praxis* (2009) 121 f.

36 Baumüller/Kreuzer, *Bilanzanalyse* (2014) 219.

37 Siehe Tz 11 der Mitteilung der Kommission „Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten“, ABl C 244/2 (1. 10. 2004).

38 Siehe FN 17 zu Pkt 4.2.2. der Mitteilung der Kommission „Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise“, ABl C 16/1 (25. 2. 2009).

39 Diwok/Schramm, *Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetz* (2010) § 2 Tz 20.

## Zusammenfassung

Im Rahmen aktueller Insolvenzen ULSG-unterstützter Unternehmen stellt sich gegenwärtig vor allem die Frage, ob die betroffenen Unternehmen tatsächlich eine für die Haftungsübernahme notwendige „gesunde wirtschaftliche Basis vor dem 1. Juli 2008“ aufgewiesen haben bzw ob zum Zeitpunkt der Haftungsübernahme die Kreditrückzahlung zu erwarten war. Wie der vorstehende Beitrag aufzeigt, ist ersteres – nach Maßgabe der Gesetzesmaterialien zum ULSG sowie den unionsrechtlichen Grundlagen – dann nicht anzunehmen, wenn eines der folgenden Kriterien erfüllt ist:

- Schwund der Hälfte des gezeichneten Kapitals;

- Erfüllung der Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gem §§ 66 und 67 IO;
- Reorganisationsbedarf gem § 22 URG;
- Vorliegen typischer Krisensymptome.

Andere Kriterien für die „gesunde wirtschaftliche Basis“ haben dagegen im Gesetz keine Stütze. Weiters war Voraussetzung, dass zum Zeitpunkt der Übernahme der Haftung auf Basis von Liquiditäts- bzw Cashflow-Planungen eine vereinbarungsgemäße Rückführung der einer potentiellen ULSG-Förderung zu Grunde liegenden Verbindlichkeit zu erwarten war.