

**Das erwartet Sie in der aktuellen Ausgabe:**

Der Countdown läuft: In zwei Jahren gilt die EU-Datenschutz-Grundverordnung.....	1
Unternehmenskrise – Auswege und Lösungen .....	3
P) Inside .....	4

## Der Countdown läuft: In zwei Jahren gilt die EU-Datenschutz-Grundverordnung

Ab 25. Mai 2018 ist die EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) anwendbar. Sie bringt ein neues, direkt anwendbares Datenschutzrecht in ganz Europa. Unternehmen – wie auch die von der DSGVO genauso adressierten öffentlichen Auftraggeber – treffen künftig zahlreiche neue Pflichten, die sie selbständig in ihren Organisationen umsetzen müssen. Sollte dies nicht geschehen, drohen hohe Strafen: Der Strafraum beträgt bis zu EUR 20 Mio oder bis zu 4 % des globalen Umsatzes.

### 1. Verfahrensverzeichnis

Auftraggeber und Dienstleister müssen künftig eine Übersicht über ihre Datenanwendungen führen, ein sogenanntes „Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten“, wobei dieses Verfahrensverzeichnis die eigenen Kontaktdaten, die Zwecke der Datenanwendungen, eine Beschreibung der in der jeweiligen Datenanwendung enthaltenen Datenkategorien, die Empfängerkategorien, weiters (separat ausgewiesen) Datentransfers in Drittstaaten und, soweit möglich, die geplante Speicherdauer sowie eine allgemeine Beschreibung der technischen und organisatorischen Datensicherheitsmaßnahmen enthalten muss.

Die **Verpflichtung zur Führung** des Verfahrenszeichnisses trifft **Unternehmen mit weniger als 250 Angestellten nur dann**,

- wenn die Datenverarbeitung ein **hohes Risiko**

für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen bedeutet und die Datenverarbeitung **nicht nur gelegentlich erfolgt**

- oder wenn **sensible Daten** oder Daten über **strafrechtlich relevantes Verhalten** verarbeitet werden.

### 2. Verpflichtender Datenschutzbeauftragter

Künftig ist ein **Datenschutzbeauftragter verpflichtend zu bestellen**, wenn

- die Datenverarbeitung durch eine **öffentliche Einrichtung** erfolgt oder
- die **Kerntätigkeit des Auftraggebers oder Dienstleisters** in Datenverarbeitung besteht, die aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs oder Zwecks eine **umfangreiche regelmäßige und**

**JUNI  
2016**

**systematische Beobachtung von Betroffenen** erfordert

- oder die **Kerntätigkeit des Auftraggebers oder Dienstleisters** eine **umfangreiche Verarbeitung von sensiblen Daten oder strafrechtlichen Verurteilungen** in großem Umfang erfordert.

Der Datenschutzbeauftragte muss auf Basis seiner beruflichen Qualität und insbesondere seines Fachwissens im Datenschutzrecht und der Datenschutzpraxis bestellt werden.

### 3. Neue Informationspflichten und neue Betroffenenrechte

Die Betroffenenrechte werden durch die DSGVO deutlich erweitert. So gibt es **deutlich aufwendigere Informationspflichten** bei der Datenerhebung, beim Erhalt oder Weiterleiten von Daten gegenüber den Betroffenen. Ebenso werden die bekannten **Betroffenenrechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung erweitert**. So ist z.B. die Speicherdauer künftig zu beauskunften und den Betroffenenrechten wird binnen eines Monats zu entsprechen sein. Aufwendig wird auch das sogenannte **„Recht auf Vergessen“**, ebenso die neue Verpflichtung, all jene, **denen Daten weiterübermittelt wurden**, über eine Richtigstellung, Löschung oder Einschränkung der Datenverarbeitung **zu informieren**. Das neue **Recht auf „Datenportabilität“** verpflichtet Auftraggeber, Daten in einer strukturierten Form und in einem üblichen, maschinenlesbaren Format zur Verfügung zu stellen; der Betroffene kann sogar verlangen, dass der Auftraggeber diese **Daten direkt (!) von einem Auftraggeber an einen anderen Auftraggeber überträgt**.

### 4. Internationaler Datenverkehr – komplex wie bisher

Das Grundprinzip, dass ein **Datentransfer in Drittstaaten** außerhalb der Europäischen Union **grundsätzlich verboten** ist, soweit nicht eines der Datentransferinstrumente greift, bleibt bestehen. Als Instrument bleiben die **Standardvertragsklauseln**, ebenso die **„verbindlichen Unternehmensvorschriften“** (Binding Corporate Rules). Neu sind **Verhaltensregeln (Code of Conduct)** und einmal genehmigte **Zertifizierungsmechanismen**.

Die DSGVO hält ausdrücklich fest, dass **bereits von nationalen Datenschutzbehörden erteilte Genehmigungen für den Datentransfer gültig bleiben**. Es besteht daher die **Möglichkeit, auch hier bereits aktiv Vorarbeit für 2018 zu leisten**.

### 5. Technisch-organisatorische Verpflichtungen

Völlig neu sind die Verpflichtungen zu **„Datenschutz durch Technik“** und zu **datenschutzfreundlichen Voreinstellungen**. Die DSGVO führt weiters eine völlig neue Verpflichtung zur Abschätzung der möglichen Folgen einer Datenverarbeitung ein, die **„Datenschutz-Folgeabschätzung“**: Bei Datenverarbeitungen, insbesondere wenn sie mit neuen Technologien arbeiten und im Hinblick auf Art, Anwendungsbereich, Kontext und Zwecke möglicherweise ein hohes Risiko für die Privatsphäre der Betroffenen beinhalten, ist eine Abschätzung der Folgen durchzuführen (DPIA).

### 6. Dienstleister-Vertragsmanagement notwendig

Auch künftig muss zwischen dem Auftraggeber und seinem Dienstleister ein **Dienstleistervertrag** abgeschlossen werden mit einem Mindestinhalt, den die DSGVO vorgibt. Unternehmen sollten daher ein **Dienstleister-Vertragsmanagement** betreiben, da die **Nichteinhaltung der Dienstleisterregeln mit bis zu EUR 10 Mio. oder 2 % des konzernweiten Jahresumsatzes sanktioniert** ist.

### 7. Datenmissbrauch: Meldung binnen 72 Stunden

Mit der DSGVO wird die bereits im DSG 2000 bekannte Verpflichtung zur **Informationspflicht bei Datenmissbrauch** europaweit eingeführt. Tritt ein Datenmissbrauchsfall ein, dann muss der Auftraggeber nicht nur **unverzüglich die Betroffenen informieren**, wenn für diese ein hohes Missbrauchsrisiko besteht, sondern auch - soweit möglich **innerhalb von 72 Stunden** nach Kenntnis - die zuständige **Datenschutzbehörde darüber informieren**.

### 8. Fazit: Straffer Zeitplan nötig

Die vielen Pflichten zeigen, dass bis Mai 2018 ein **straffer Zeitplan für öffentliche und private Auftraggeber sowie Dienstleister notwendig** ist, um fit für die DSGVO zu werden, denn es ist **keine „Gnadenfrist“** über 2018 hinaus vorgesehen!

#### DER AUTOR:



*Dr. Rainer Knyrim ist Rechtsanwalt und Partner bei Preslmayr Rechtsanwälte und schwerpunktmäßig im Datenschutzrecht tätig. Er ist Chefredakteur der Zeitschrift „Datenschutz konkret“ (Verlag Manz).*

E knyrim@preslmayr.at

## Unternehmenskrise – Auswege und Lösungen

Ist bei einer Kapitalgesellschaft das Eigenkapital durch Verluste aufgebraucht und daher negativ, hat die Geschäftsführung gemäß § 225 Abs 1 Unternehmensgesetzbuch (UGB) im Anhang zum Jahresabschluss zu erläutern, ob auch eine insolvenzrechtlich relevante Überschuldung vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn zur buchmäßigen Überschuldung eine negative Fortbestehensprognose hinzukommt.

Gegebenenfalls ist – wie bei Zahlungsunfähigkeit – ein Insolvenzverfahren anzumelden, ansonsten die Geschäftsleitung nach den einschlägigen Vorschriften des Zivil- und Gesellschaftsrechts zur Haftung herangezogen werden könnte und auch strafrechtliche Konsequenzen zu befürchten sind.

Es gibt allerdings Instrumente, um einer Krise im Vorfeld und ohne die Notwendigkeit einer Insolvenzantragstellung zu begegnen. Das wird im Folgenden erläutert.

### **Beseitigung der rechnerischen Überschuldung durch Nachrangabrede**

Wird kein frisches (Eigen)Kapital eingeschossen, wählt die Sanierungspraxis als Ausweg häufig die Nachrangigstellung von Verbindlichkeiten durch Nachrangabrede (oft auch als Rangrücktritts- bzw. Nachrangigkeitserklärung bezeichnet), um die buchmäßige Überschuldung zu beseitigen.

Es muss sich um eine sogenannte qualifizierte Nachrangabrede handeln, die den Anforderungen des § 67 Abs 3 Insolvenzordnung (IO) entspricht. Nach der genannten Gesetzesbestimmung kann der Ansatz einer Verbindlichkeit in der Überschuldungsbilanz dann unterbleiben, wenn der betreffende Gläubiger erklärt, dass er eine Befriedigung erst nach Beseitigung des (allenfalls) negativen Eigenkapitals (§ 225 Abs 1 UGB) oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt, und dass wegen dieser Verbindlichkeit kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht. Alle drei Tatbestandsmerkmale (Befriedigung nach Beseitigung des negativen Eigenkapitals, im Fall der Liquidation nach allen anderen Gläubigern, sowie kein Erfordernis einer Insolvenzeröffnung wegen dieser Verbindlichkeit) müssen kumulativ in der Erklärung vorliegen. Nur dann entfällt die Passivierungspflicht im Überschuldungsstatus.

Kann die Geschäftsleitung auf diese Weise die buchmäßige (rechnerische) Überschuldung beseitigen, ist der Ausweg aus der Krise gefunden. In einer

insolvenzrechtlichen Betrachtungsweise bleiben die betreffenden Schulden dann nämlich unberücksichtigt. Übersteigen also die durch qualifizierte Erklärung nachrangig gestellten Schulden das negative Eigenkapital, liegt keine insolvenzrechtliche Überschuldung vor und die Krise ist (fürs Erste) beseitigt.

Dieser Lösungsansatz mit einer Nachrangigkeitserklärung gilt nicht nur für Darlehensforderungen von Gesellschaftern, sondern auch für (Fremd-)Kapitalforderungen von Banken, womit dieses Fremdkapital funktionell in die Nähe von Eigenkapital gerückt wird. Eine gängige Bezeichnung dafür ist „Mezzaninkapital“. Mit einer solchen Nachrangigstellung hat die Gesellschaft unter Umständen auch wieder Spielraum, wenn sie am Markt Kredit aufnehmen möchte.

In einem Konzern kann die Überwindung einer Krise auch durch sogenannte „harte Patronatserklärungen“ von Konzerngesellschaften, meist der Muttergesellschaft, erreicht werden. Das allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die erklärende Gesellschaft selbst ausreichend finanzielle Mittel hat, um die Schulden der in der Krise befindlichen Gesellschaft auch tatsächlich befriedigen zu können.

### **Positive Fortbestehensprognose**

Wenn der Weg aus der Krise nicht über Rangrücktritts- bzw. Nachrangigkeitserklärungen gefunden werden kann, ist die Geschäftsführung angehalten eine Fortbestandsprognose zu erstellen, um darzulegen, dass die buchmäßig ausgewiesene Überschuldung keine Insolvenzantragstellungspflicht auslöst. Nur wenn die Fortbestandsprognose positiv ist, ist dem genüge getan; andernfalls ist Insolvenz anzumelden. Im Ergebnis geht es bei der Prognose darum, eine begründete Aussage darüber zu treffen, ob das Unternehmen künftig mit überwiegender Wahrscheinlichkeit seine Geschäftsaktivitäten bei gleichzeitiger Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen fortführen kann. Dazu wird im Zuge der sogenannten Primärprognose die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens für einen Zeitraum von sechs bis zwölf Monaten auf Basis eines

Finanzplans dargestellt. In der sogenannten Sekundärprognose, die für einen längeren Zeitraum von etwa drei Jahren zu erstellen ist, sind Plan-Gewinn-/Plan-Verlustrechnungen und Planbilanzen aufzustellen sowie Cashflows vorzulegen. Aus dem gesamten Zahlenwerk muss sich – damit eine positive Fortbestehensprognose vorliegt – eine nachhaltige Trendumkehr für das Unternehmen ergeben.

Die Fortbestandsprognose und deren Erstellung obliegen der Geschäftsleitung. Die praktische Erfahrung zeigt, dass im Hinblick auf die eingangs angesprochenen Haftungsrisiken dabei besondere Sorgfalt angezeigt ist.

### Anwaltliche Begleitung

In der Krise empfiehlt es sich, rechtzeitig die Beratung von Insolvenz- und Sanierungsexperten in Anspruch zu nehmen, damit die Instrumente zu ihrer Bewältigung zielgerichtet und vor allem rechtzeitig eingesetzt werden.

### Résumé

Ist die Krise einmal eingetreten und das Eigenkapital durch Verluste aufgebraucht, kann eine qualifizierte Nachrangabrede helfen, die buchmäßige Überschuldung zu beseitigen. Sie muss die strengen Erfordernisse des § 67 Abs 3 IO erfüllen.

Gelingt dies nicht, ist eine Fortbestandsprognose zu erstellen, die eine Insolvenzantragspflicht nur dann beseitigt, wenn sie positiv ist, dem Unternehmen also einen überwiegend wahrscheinlichen Weiterbestand bescheinigt.

### DER AUTOR:



**Dr. Matthias Schmidt** ist Rechtsanwalt und Partner bei Preslmayr Rechtsanwälte. Er ist auf Insolvenzrecht und Unternehmenssanierungen, Vertragsrecht sowie Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsverfahren spezialisiert.

E schmidt@preslmayr.at

## P) Inside

Am 11.5.2016 folgten rund 80 interessierte Gäste unserer Einladung in die Bel-Etage des Café Landtmann zum Mandantenseminar. Unsere Datenschutzrechtsexperten Dr. Rainer Knyrim und Dr. Gerald Trieb referierten zum Thema „Compliance mit der EU-Datenschutzgrundverordnung“. Das Publikum aus Wirtschaft und Wissenschaft wurde über die zahlreichen Veränderungen und Anforderungen der neuen Verordnung informiert, die 2018 in Kraft treten wird und auf die sich Unternehmen jetzt intensiv vorbereiten müssen. Beim anschließenden Kaffeehaus-Brunch fanden angeregte Diskussionen und Einzelgespräche statt. Aufgrund des hohen Interesses – die Veranstaltung war binnen 6 Stunden ausgebucht – wird das Seminar am 21.6.2016 nochmal stattfinden. Auch diese Veranstaltung ist mittlerweile schon voll besetzt.

Für unser Mandantenseminar aus dem Gebiet Insolvenzrecht & Restrukturierung am 15.6.2016 sind noch Plätze frei. Melden Sie sich an!



Preslmayr Rechtsanwälte OG  
Universitätsring 12, A-1010 Wien  
Tel: (+431) 533 16 95  
office@preslmayr.at www.preslmayr.at  
FN 9795f, HG Wien  
DVR: 07077411 UID: ATU10504104